

Ius migrandi

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

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



Open Access

FRANCOANGELI



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

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

Per saperne di più:

http://www.francoangeli.it/come_publicare/publicare_19.asp

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

Ius migrandi

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

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

FRANCOANGELI

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

Progetto grafico di copertina di Elena Pellegrini

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

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

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

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

Indice

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

Parte I

Immigrazione, politiche e legislazione in Europa e in Italia

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

Parte II

Il Diritto dell'immigrazione in Italia

Capitolo I. L'ingresso e il soggiorno

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

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

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

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

Capitolo III. Il diritto antidiscriminatorio

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

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

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

Parte III Le frontiere del diritto

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

Parte IV

Asilo e protezione internazionale

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

Parte V

Lo scenario futuro

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

Prefazione

di *Lorenzo Trucco e Riccardo De Vito**

La rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza» ha visto la sua origine nel 1999, quando ASGI e Magistratura democratica, rivolgendosi all'editore FrancoAngeli tramite il decisivo apporto di Livio Pepino, davano forma ad una difficile scommessa sul piano dei diritti fondamentali, unendo le forze con la finalità, non solo di approfondire conoscenze giuridiche nel campo del diritto dell'immigrazione ma anche di renderle fruibili ad un'utenza non limitata a specifici settori.

La necessità di una conoscenza non astratta, fortemente inserita nella pratica applicazione, si era resa evidente con lo sviluppo di una società sempre più multietnica.

La caratteristica fondante, l'aspetto innovativo, che continua a perpetrarsi tuttora, era quella di un incontro tra due associazioni che avrebbe potuto essere in contrapposizione per le angolazioni diverse derivanti dalle differenti professionalità. Ed invece sin da subito è apparso che proprio il dibattito, il confronto, le appassionate discussioni, costituivano grandi potenzialità volte a fornire uno sguardo nuovo su tematiche così decisive come quelle del diritto dell'immigrazione, che con lo scorrere del tempo sarebbero state sempre più al centro del dibattito nella società contemporanea. Una scommessa ardua ma che poneva la sua forza nella consapevolezza che l'obbiettivo comune di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, in un'ottica di inclusione e di uguaglianza, avrebbe costituito un terreno comune di dialogo, foriero di sviluppi positivi e nuovi stimoli.

Il diritto dell'immigrazione costituisce un incredibile mosaico per la interdisciplinarietà delle materie che attraversa, proprio perché si riferisce alla persona, nella sua totalità: il movimento, lo spostamento tra territori diversi,

* Lorenzo Trucco è presidente dell'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione e Riccardo De Vito presidente di Magistratura Democratica.

determinato da complesse e variegate ragioni, rappresenta un elemento imprescindibile nella storia degli esseri umani.

Il continuo cambiamento e succedersi delle norme, troppo spesso sottoposte a pressioni politiche, ne rendono complesso lo studio e l'applicazione ma ne costituiscono la cifra indiscutibile e di alto valore simbolico, che costringe ad interrogarsi sulle origini stesse del diritto e sulla sua funzione di tutela dei soggetti più deboli. Non a caso Luigi Di Liegro sosteneva che nessuna norma come quella che riguarda l'immigrazione evidenzia in modo eclatante quello che abbiamo dentro noi stessi, quali sono i valori fondamentali che attribuiamo alla convivenza in una società.

La sfida di unire il rigore scientifico alla comprensione e alla diffusione a soggetti diversi accompagna la rivista dall'inizio del suo percorso, in un equilibrio difficile ma decisivo e dovrà sempre più rafforzarsi, anche per la responsabilità che deriva dal cogliere nelle norme e nei loro continui cambiamenti i momenti più significativi riguardanti la tutela dei principi della Costituzione e delle grandi Convenzioni che hanno dato origine al sistema dei diritti umani, ponendo in rilievo laddove invece questi baluardi possono essere in pericolo.

I quattro filoni fondamentali di intervento che erano stati ipotizzati all'inizio di questo percorso, «l'approfondimento delle diverse questioni connesse con l'immigrazione, la presentazione ed analisi critica della giurisprudenza in materia, i testi normativi, la segnalazione di iniziative e apparati bibliografici, strumenti di ricerca», si sono ulteriormente sviluppati nel corso degli anni, in particolare allargando gli orizzonti ad una dimensione europea ed internazionale, ormai imprescindibile nell'attuale fase di globalizzazione, con la trasformazione della rivista da strumento cartaceo a strumento digitalizzato di libero accesso, in continuità con quanto iniziato ormai da più di vent'anni.

Il presente volume, con variegati interventi che attraversano quel mosaico di discipline rappresentato dal diritto dell'immigrazione, vuole pertanto essere non solo un contributo di conoscenza ma di riflessione, sul percorso effettuato da una rivista che intende confermare quanto già espresso nella presentazione del primo volume nel lontano 1999: «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza non sarà una rivista *neutrale*; sarà una rivista di *parte*: dalla parte dei diritti, della uguaglianza, della integrazione nel rispetto delle diversità».

Presentazione

di *Monia Giovannetti e Nazzena Zorzella*

«Per un mondo dove siamo socialmente uguali,
umanamente differenti e totalmente liberi».

Rosa Luxemburg

Lo *ius migrandi*, da secoli riconosciuto come diritto naturale universale e contemplato tra i più importanti principi del diritto internazionale¹, rivela la sua parziale compiutezza nell'asimmetria esistente tra il riconoscimento di un diritto di emigrare e i limiti imposti all'immigrazione². Questa discrasia, da tempo al centro del dibattito filosofico, giuridico e politico, discende in primo luogo dalla discrezionalità con la quale i singoli Stati gestiscono i flussi migratori e definiscono le politiche sull'immigrazione e l'asilo. Ma insieme alle sovranità statali sono diversi gli attori che contribuiscono alla definizione e all'implementazione delle politiche di "gestione" delle migrazioni, le quali "combinando diversi gradi di inclusione ed esclusione, danno luogo alla proliferazione e moltiplicazione di diversi *status* soggettivi"³ e inducono a ripensare il concetto stesso di cittadinanza.

1. Lo *ius migrandi* è sancito nell'articolo 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 ove si afferma che: «Ogni individuo ha il diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese» nonché dall'articolo 12 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e dall'articolo 8 della Convenzione Onu del 1990 sulla protezione dei lavoratori migranti. Il diritto alla migrazione è presente nelle costituzioni di vari paesi e per quanto riguarda il diritto italiano lo ritroviamo espressamente negli articoli 16 e 35 della Costituzione.

2. Si veda sul punto Ferrajoli L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 Voll., Laterza, Roma-Bari, 2007; Ferrajoli L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Vitale E., Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 5. Così come Pifferi, M., "La doppia negazione dello *ius migrandi* tra Otto e Novecento", in Giolo O., Pifferi M. (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, Torino, 2009 e ancora si veda Mazzaresse T., *Diritto di migrare e diritti dei migranti. Una sfida dal costituzionalismo (inter)nazionale ancora da superare*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2020.

3. Palumbo L., *Presentazione*, «Ragion pratica», 2, 2013, pp. 405-412. Si veda specificatamente sul punto Mezzadra S., *Moltiplicazione dei confini e pratiche di mobilità*, «Ragion pratica», 2, 2013, pp. 413-432.

La negazione dello *ius migrandi*, diritto costituito da due elementi ovvero l'attraversamento dei confini e la finalità di soggiorno, caratterizza la condizione giuridica del migrante sospesa tra il riconosciuto diritto di lasciare qualsiasi paese e il divieto di migrare nei paesi dell'Occidente e si svela quotidianamente nei processi che conducono all'adozione di meccanismi di differenziazione giuridica, nelle dinamiche che introducono regole ed interpretazioni discriminatorie e legittimano il diffondersi di atteggiamenti di diffidenza e paura rafforzando gli stereotipi e i pregiudizi.

Se le migrazioni rappresentano un perfetto esempio di quello che gli antropologi e i sociologi definiscono un «fatto sociale totale» tale da investire e condizionare molteplici aspetti di ogni società (di «partenza», di «passaggio» e di «arrivo»), le politiche migratorie e i diritti dei migranti svelano, come sostiene Abdelmalek Sayad, ai *naturali cittadini* il funzionamento nascosto delle loro società⁴. Questo processo di “smascheramento” risulta in maniera ancor più evidente di fronte alla normativa sugli stranieri, la quale ci rivela in maniera profonda che cosa siamo e che cosa stiamo diventando.

L'analisi diacronica svolta in questo poderoso volume, al quale hanno contribuito una cinquantina di autori appartenenti a diverse discipline, giuridiche e non solo, ci permette, da un lato, di riconoscere le costanti insite negli strumenti tecnico-giuridici adottati per governare il fenomeno dell'immigrazione e dall'altra di soffermarsi a riflettere su come garantire oggi il «diritto di avere diritti»⁵.

L'idea di raccogliere in un'unica pubblicazione l'analisi di 30 anni di politica e di diritto dell'immigrazione e dell'asilo, in Italia ed in Europa, è nata per celebrare i 20 anni di vita della rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», nata nel 1999 per iniziativa di ASGI (Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione) e Magistratura democratica, con l'obiettivo di seguire l'evolversi del fenomeno migratorio e gli interventi legislativi intorno ad esso, nella consapevolezza che «i fenomeni migratori in atto in Europa non sono semplici spostamenti di individui o di gruppi» e che «la società multietnica, prima e più che una scelta, è una tappa della storia», come scrivevano Livio Pepino e Lorenzo Trucco nella presentazione del primo numero.

L'anniversario coincide, quest'anno, anche con i 30 anni di vita dell'ASGI, nata nel febbraio 1990, e dunque ci è sembrato interessante celebrare entrambe le ricorrenze proponendo le riflessioni e le analisi di quanto accaduto in questi decenni, da molteplici punti di vista, da quello strettamente giuridico a quello storico, sociologico e politologico.

Ripercorrere quanto avvenuto, sia sul fronte dell'evoluzione ed interconnessione tra il diritto europeo e il diritto nazionale, significa non perdere la me-

4. Sayad A., *La doppia assenza. Dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato*, Raffaello Cortina, Milano, 2002.

5. Arendt H., *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 2004.

moria storica e non ignorare che le tanto proclamate emergenze attuali tali non sono, ma hanno origine proprio nell'inadeguatezza mostrata dagli Stati – italiani, europei e della stessa Unione europea nel suo complesso – nell'affrontare la questione migratoria e dunque nel sostanziale fallimento di un razionale ed efficiente governo della stessa. Le società attuali sono permeate da evidenti squilibri, economici e sociali, che trovano nelle persone immigrate un facile capro espiatorio, incentivate da discorsi pubblici d'odio o da una voluta differenziazione giuridica delle persone che condividono un medesimo territorio, in cui la nazionalità continua ad essere un potente fattore di discriminazione.

In questo volume, nel quale le politiche di immigrazione sono state guardate retrospettivamente da angoli visuali differenti, è stato possibile mettere in luce le criticità derivanti dal considerare l'immigrazione un fenomeno transitorio (e non strutturale come invece è da anni) oggetto di un'agenda politica pubblica intrisa dalla logica emergenziale. Al contempo, attraverso il tema dello *ius migrandi* sviluppato lungo le cinque dorsali tematiche in cui si articola l'intera pubblicazione, sono stati analizzati, da un lato, gli effetti sulla condizione dei migranti conseguenti all'esponentiale politicizzazione del fenomeno immigrazione che ha alimentato la retorica pubblica traducendosi in politiche di esclusione e "disprezzo per il diritto", e dall'altro lato, la necessità di rivendicare la forza stessa dei diritti universali e indivisibili, in difesa non solo dei migranti ma dell'identità civile e democratica dei nostri ordinamenti (Ferrajoli).

Nella Parte I viene dunque descritto il quadro generale della questione migratoria, dal punto di vista storico e legislativo (Colucci), nazionale ed europeo (Favilli e Di Pascale), ripercorrendone l'approccio sviluppatosi in Italia nel corso degli anni (Pastore e Zorzella), il suo impatto sulla società italiana (Naletto e Miraglia), le politiche securitarie messe in atto (Caputo), fino all'attuale sostanziale chiusura delle frontiere e alla esternalizzazione del loro controllo (Gennari, Cecchini e Crescini). Non da ultimo, viene data attenzione all'insufficienza di uno sguardo di genere alla migrazione (Rigo).

La Parte II è ampia e suddivisa in 4 Capitoli. Il primo analizza lo specifico contesto italiano, a partire dalla irrazionalità del sistema di decretazione dei flussi previsto per l'ingresso regolare per lavoro (Chiaromonte, Paggi), per poi esaminare la condizione dei soggiornanti di lungo periodo, che rappresentano più della metà degli stranieri regolarmente presenti, unica categoria di migranti tendenzialmente stabilizzata (Di Pietro). Viene, poi, considerato il diritto all'unità familiare delle persone straniere che vivono sul territorio nazionale (Cattaruzzi e Charetto), anche in una prospettiva internazionale secondo i parametri della Convenzione europea dei diritti umani (Favilli e Ferri) ed infine, è oggetto di esame la condizione dei minori stranieri non accompagnati (Cottatellucci).

Il secondo Capitolo è dedicato alle politiche di integrazione (Dal Monte), spesso insufficienti e/o inadeguate ad affrontare le nuove società che si sono

delineate nel corso dei decenni (Carbone, Gargiulo e Russo Spina) ed uno sguardo viene rivolto ai diritti sociali ed in particolare alle misure di welfare (Belluccio) e al diritto all'istruzione dei minori (Farinelli). La panoramica prosegue rivolgendo l'attenzione ai diritti "mancati", quale il diritto di voto (Algotino) e la legge sulla cittadinanza dei minori stranieri, anch'essa divenuta terreno di contesa e timore politico (Ciervo). Ulteriori scritti trattano il diritto alla tutela giurisdizionale degli stranieri (Minniti) e gli spazi ove essa è, di fatto, negata soprattutto con riguardo a categorie sociali socialmente emarginate (Pailli).

Il terzo Capitolo affronta il diritto antidiscriminatorio, analizzandone le potenzialità così come i limiti ancora esistenti per un pieno egualitario trattamento di tutte le persone (Guariso, Flamigni).

Nel quarto Capitolo, infine, sono trattate le questioni relative alla fase "patologica" della condizione giuridica del cittadino straniero, cioè i respingimenti, le espulsioni ed il trattenimento nei centri di detenzione amministrativa, analizzati partendo dal quadro normativo europeo (Veglio) e descrivendo l'intervento su questi istituti della Corte costituzionale (Savio), trattando anche la progressiva criminalizzazione del cittadino straniero irregolare (Matera).

La Parte III della pubblicazione riguarda quelle che abbiamo definito le frontiere del diritto, ovvero sia gli ambiti giuridici nei quali la particolare condizione della persona straniera, in ragione dello sfruttamento sessuale o criminale o lavorativo, gode di peculiari diritti che dovrebbero proteggerla rispetto a palesi violazioni dei diritti umani fondamentali, in un quadro normativo che presenta, tuttavia, delle criticità che rischiano di limitarne l'impatto positivo (Trucco, Boiano e Cecchini, Borraccetti, Nicodemi). Completa la parte una riflessione sulla questione rom, mai risolta ma forse nemmeno realmente mai affrontata (Simoni).

La Parte IV riguarda scritti sulla questione diventata più di attualità negli ultimi anni: l'asilo politico e la protezione internazionale. Impostasi in maniera sempre più imponente dal 2011, grazie anche alla chiusura di canali d'ingresso "altri", la protezione internazionale è stata oggetto di varie riforme, trasversali al mondo politico e certamente con differenti impatti, ma che tuttavia hanno determinato, in ogni caso, una contrazione del diritto, a fronte, per converso, di un'intensa elaborazione giurisprudenziale dell'istituto. Di tutto questo ne trattano vari autori, affrontando sia l'evoluzione della normativa (Bonetti), che la peculiare tutela della protezione umanitaria (Acierno), il sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e l'impatto delle recenti riforme (Giovannetti) e, non ultima, la condizione dei minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo (Rizzi).

La Parte finale della pubblicazione, la V, raccoglie le riflessioni di due protagonisti delle due associazioni che hanno promosso la rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», nonché della rivista stessa, di cui sono stati a lungo direttori (Nascimbene, Pepino). Contributi importanti perché rappresentano un

filo conduttore di questa incredibile esperienza che ha visto lavorare insieme persone appartenenti a mondi diversi ma con un unico condiviso obiettivo, che oggi come ieri, riguarda il garantire alle persone straniere pari diritti e rendere lo *ius migrandi* un diritto effettivamente simmetrico e compiuto.

Questa è la sfida che la rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza» continuerà ad affrontare anche in futuro per rendere la nostra società più equa e democratica.

Ad oltre vent'anni dal numero zero della rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», che ci ha viste coinvolte insieme a Pierluigi Di Bari, Massimo Pastore e a tanti di coloro che ancora oggi animano e presidiano il dibattito sul tema del diritto dei migranti, vorremmo ringraziare ASGI, MD e tutto il Comitato di redazione della rivista per avere creduto e sostenuto il progetto editoriale.

A tutti gli Autori va la nostra profonda gratitudine per avere contribuito con convinzione alla realizzazione di questa opera magna dedicata al ventennale della rivista e aver condiviso riflessioni, prospettive, esperienze e proposte per rendere compiuto lo *ius migrandi*.

Infine un ringraziamento particolare va ad Alice Martella, senza la quale non saremmo riuscite a compiere l'impresa.

Introduzione

Le politiche contro i migranti tra disumanità e illegalità

di *Luigi Ferrajoli**

Sommario: 1. Il neo-populismo securitario, i danni provocati e i “pieni poteri” illegali già esercitati dall’ex Ministro Salvini. – 2. La perdita dell’identità democratica dell’Italia e dell’Europa. – 3. La questione migranti come la questione pregiudiziale della rifondazione dell’ordine internazionale. – 4. L’apertura delle frontiere. Il diritto di emigrare come potere costituente di un nuovo ordine mondiale.

1. Il neo-populismo securitario, i danni provocati e i “pieni poteri” illegali già esercitati dall’ex Ministro Salvini

Si è prodotto, nei quattordici mesi del Governo Lega-5 Stelle, un salto di qualità nelle forme del populismo in tema di sicurezza. Il vecchio populismo penale faceva leva sulla paura per la criminalità di strada e di sussistenza, cioè per fenomeni enfatizzati ma pur sempre illegali, onde produrre paura e ottenere consenso con misure inutili e demagogiche ma sempre giuridicamente legittime, come gli inasprimenti delle pene decisi con i vari pacchetti cd. sicurezza. Il nuovo populismo punitivo, esattamente al contrario, fa leva sull’istigazione all’odio e sulla diffamazione di condotte non solo lecite ma virtuose e addirittura eroiche, come il salvataggio di vite umane in mare, al fine di alimentare paure e razzismi e ottenere consenso con l’esibizione di misure esse stesse illegali, criminose e criminogene, come la chiusura dei porti, la preordinata omissione di soccorso, le lesioni dei diritti umani e la trasformazione in irregolari di immigrati regolari.

Una simile mutazione del populismo punitivo e il suo successo popolare sono stati possibili grazie alla creazione di una neo-lingua, ossessivamente amplificata da una propaganda capillare e martellante che ha ribaltato il senso delle parole: chiamando “taxi del mare” le povere e fragili imbarcazioni sulle

* Professore emerito di Filosofia del diritto all’Università di Roma.

quali centinaia di disperati fuggono dalla miseria, dalla fame, dalla guerra e dalle torture; configurando come illecito il salvataggio dovuto delle vite umane; diffamando come trafficanti o collusi con i trafficanti le persone che sulle navi delle ONG salvano in mare la vita dei naufraghi; chiamando invasione e difesa dei confini il respingimento in mare e le sofferenze crudeli di poche centinaia di persone che formano una parte infinitesimale del fenomeno delle migrazioni; ribaltando i termini della tragedia con la tesi clamorosamente falsa che impedire i salvataggi e gli sbarchi e rispedire i migranti salvati ai lager libici riduce il numero delle vittime; denominando “decreti-sicurezza” norme vergognose il cui effetto, taciuto ma voluto, è quello di generare insicurezza, a cominciare dalla soppressione del permesso di soggiorno per motivi umanitari che ha trasformato in clandestini decine di migliaia di migranti totalmente integrati nella nostra società, a beneficio futuro della politica della paura.

Questo nuovo populismo, basato sulla mistificazione e sul ribaltamento del senso delle parole, ha prodotto e continua a produrre, oltre alle stragi, danni gravissimi nel tessuto della nostra democrazia, non solo sul piano istituzionale ma ancor prima sul piano sociale, quello della cultura di massa, conquistata dalla demagogia alla xenofobia, al razzismo, al culto del capo e al qualunque politico. Identificherò due danni disastrosi, che non sarà facile riparare e che anzi, in assenza di una ferma politica di opposizione e resistenza, sono destinati ad aggravarsi.

Il danno principale è il crollo del senso morale a livello di massa, provocato dal veleno razzista e dall’istigazione all’odio diffusi quotidianamente dalla propaganda contro i migranti. È un veleno distruttivo, immesso nella società italiana, che ha abbassato lo spirito pubblico e il senso morale nella cultura di massa. Quando la disumanità e l’immoralità vengono esibite, ostentate a livello istituzionale, attraverso slogan come “prima gli italiani” o “la pacchia è finita” a sostegno dell’omissione di soccorso, esse contagiano la società e si trasformano in senso comune. Non sono soltanto legittimate, ma anche assecondate e alimentate.

Non capiremmo, senza questo ruolo performativo del senso morale svolto dall’esibizione dell’immoralità al vertice dello Stato, il consenso di massa di cui godettero il nazismo e il fascismo. Queste politiche crudeli hanno avvelenato la società, in Italia e in Europa. Hanno seminato la paura e l’odio per i diversi, solo perché diversi. Hanno logorato i legami sociali. Hanno screditato, con la diffamazione di quanti salvano vite umane, la pratica elementare del soccorso di chi è in pericolo di vita. Hanno svalutato i normali sentimenti di umanità e solidarietà che formano il presupposto elementare della democrazia e della convivenza civile. Hanno rifondato le basi ideologiche del razzismo che consiste, essenzialmente, nell’idea che l’umanità è divisa tra chi ha il diritto di vivere e chi non è degno di sopravvivere a causa della sua diversa identità.

Il secondo danno provocato da tali politiche e dalla propaganda a loro sostegno è consistito nel disprezzo per il diritto, anch’esso costantemente osten-

tato, e nel consenso popolare ottenuto per politiche e pratiche consistenti in aperte e sprezzanti violazioni dei diritti umani e talora in veri e propri reati. Si pensi alla preordinata omissione di soccorso, alla chiusura dei porti e allo spettacolo penoso delle tante navi lasciate vagare in mare o impedito all'approdo con i loro carichi sofferenti di centinaia di persone, così private della libertà.

Si pensi non solo alla commissione, ma anche all'ostentazione e alla rivendicazione delle illegalità commesse dall'ex Ministro Salvini, che è arrivato a dichiarare di voler appendere al muro come una medaglia l'avviso di garanzia per il reato di sequestro di persona contestatogli dalla Procura di Agrigento e poi archiviato dal voto del Senato.

Si pensi alla legittimazione della cosiddetta "chiusura dei porti" – misura informale equivalente a un provvedimento discriminatorio, perché adottato unicamente nei confronti delle navi recanti a bordo migranti – e più in generale alle diffide contro le navi che tentano di approdare in Italia.

Si pensi alle innumerevoli violazioni, ostentate in questi 14 mesi, di norme di diritto interno e di diritto internazionale: delle norme penali sull'omissione di soccorso; della Convenzione di Amburgo del 1979 che impone di portare i naufraghi in un "porto sicuro"; del decreto legislativo n. 286 del 25.7.1998 che vieta i respingimenti di quanti intendono chiedere asilo; del divieto, stabilito dall'art. 33, §1 della Convenzione di Ginevra del 1951, dei respingimenti collettivi verso Paesi, come la Libia, che non garantiscono il rispetto di diritti fondamentali; del principio elementare del diritto del mare, oltre che delle tradizioni marinare di tutti i Paesi civili, che chi rischia di affogare deve essere comunque salvato.

Di qui il mutamento del senso comune e la corruzione dello spirito pubblico. Non si tratta soltanto di politiche che alimentano il veleno razzista dell'intolleranza e del disprezzo per i diversi. Perseguire il consenso tramite l'esibizione dell'immoralità e dell'illegalità equivale a deprimere la moralità corrente e ad alterare, nel senso comune, le basi del nostro stato di diritto: non più la soggezione alla legge e alla Costituzione, ma il consenso elettorale quale fonte di legittimazione di qualunque arbitrio, poco importa se immorale o delittuoso.

Al tempo stesso l'ostentazione e la rivendicazione delle omissioni di soccorso e delle altre violazioni del diritto del mare e dei diritti umani da parte dell'ex Ministro Salvini sono state una prova generale della minaccia allo stato di diritto rappresentata dall'attuale destra populista. Salvini ha infatti fornito un'eloquente anticipazione dei "pieni poteri" da lui rivendicati ove tornasse al Governo: tutte le sue condotte contro i migranti sono state non soltanto illegali, ma all'insegna dell'idea della sua volontà come fonte diretta di diritto, come è avvenuto con la criminalizzazione mediatica e l'istigazione al linciaggio di quanti, come per esempio Carole Rakete, non obbedivano ai suoi ordini illegittimi.

Questi pieni poteri, questa irresponsabilità della politica per condotte delittuose sono stati del resto apertamente avallati dal voto dello scorso 19 febbraio con cui è stata negata l'autorizzazione a procedere contro il Ministro Salvini per sequestro di persona. Questa decisione, infatti, non è stata motivata, come di solito accade, dalla supposta esistenza di un qualche *fumus persecutionis*, bensì, al contrario, con l'aperta rivendicazione del reato da parte dell'intero Governo in nome di un preminente interesse pubblico.

Si è rivelata in questa vicenda l'esistenza di una vera mina posta alla base del nostro sistema politico: l'art. 9 della legge costituzionale n. 1 del 16.1.1989 che prevede – a tutela, come allora si disse, dei nulla osta a possibili illegalità degli agenti dei servizi segreti – la negazione parlamentare dell'autorizzazione a procedere nei confronti di un Ministro, sulla base della «valutazione insindacabile» della maggioranza «che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico». Ovviamente tutti i Ministri, per definizione, godono del sostegno della maggioranza. Con la negazione dell'autorizzazione a procedere nei confronti dell'ex Ministro dell'interno è stato perciò deliberato che è nell'«interesse dello Stato» la violazione dei diritti umani e dei doveri di solidarietà stabiliti dalla nostra Costituzione.

In breve sono stati affermati i «pieni poteri» della politica delle maggioranze e dei loro governi ed è stata con ciò negata la sostanza del costituzionalismo, cioè il sistema dei limiti e dei vincoli ad essa imposti dalla Costituzione.

2. La perdita dell'identità democratica dell'Italia e dell'Europa

La questione migranti resta dunque la questione di fondo sulla quale si gioca il futuro della nostra civiltà: non soltanto dell'Italia e dell'Europa, ma dell'intera umanità. Dell'Italia, anzitutto, che in passato si era distinta, grazie all'operazione *Mare nostrum*, per il salvataggio di decine di migliaia di naufraghi e che, nei 14 mesi del governo leghista, era diventata invece la capofila dei Paesi del gruppo di Visegrad e stava costruendo una penosa immagine di Paese fuori legge.

Ma la perdita di identità sta minacciando anche l'identità dell'Unione europea, i cui Paesi membri sono tutti variamente impegnati nella limitazione della libertà di accesso e di circolazione delle persone, in accuse e recriminazioni reciproche e in una guerra crudele contro i migranti.

L'Unione europea era nata contro i razzismi e i nazionalismi, contro i genocidi, contro i campi di concentramento, contro le oppressioni e le discriminazioni razziali. Questa identità sta oggi crollando insieme alla memoria dei «mai più» proclamati 70 anni fa contro gli orrori del passato. Le destre paventano quelle che chiamano una lesione delle nostre identità culturali da parte delle «invasioni» contaminanti dei migranti. In realtà esse identificano

tale identità con la *loro* identità reazionaria: con la *loro* falsa cristianità, con la *loro* intolleranza per i diversi, con il *loro* più o meno consapevole razzismo. Laddove, al contrario, sono proprio le politiche cosiddette sovraniste e nazionaliste di chiusura che stanno deformando e deturpando l'immagine dell'Italia e dell'Europa disegnata dalle nostre Costituzioni e dalla Carta europea dei diritti fondamentali. L'Europa non sarà più – non è più – l'Europa civile della solidarietà, delle garanzie dell'uguaglianza, dei diritti umani e della dignità delle persone, bensì l'Europa dei muri, dei fili spinati, delle disuguaglianze per nascita e, di nuovo, dei conflitti e dell'intolleranza razziale.

Più in generale, dobbiamo essere consapevoli che su questo terreno rischia oggi di crollare l'identità civile e democratica di tutto l'Occidente. Giacché la questione migranti ci pone di fronte alla più stridente, vistosa e insostenibile contraddizione tra i principi costituzionali di libertà e di uguaglianza che informano le nostre democrazie e le politiche di esclusione – e, di fatto, di condanna alla non sopravvivenza – messe in atto dai nostri governi nei confronti dei migranti. È una contraddizione che, se non risolta, renderà impronunciabili gli stessi diritti fondamentali, che sono universali e indivisibili o non sono: giacché non potremo continuare a lungo a proclamarli decentemente “valori” dell'Occidente se continuerà questo gigantesco *apartheid* planetario che esclude dal loro godimento, in contrasto con le tante Carte dei diritti che affollano il nostro diritto internazionale e con la nostra più antica tradizione liberale, quasi un miliardo di persone che vivono in condizioni di povertà estrema e milioni di esseri umani che muoiono ogni anno per fame e per mancanza di acqua potabile e di farmaci salva-vita.

Non dobbiamo infatti dimenticare che il diritto di emigrare è stabilito dalla nostra Costituzione, che lo enuncia nell'articolo 35, co. 4, e dal diritto internazionale, che lo afferma negli articoli 13, co. 2 e 14, co. 1 della Dichiarazione universale dei diritti umani e nell'articolo 12, commi 2 e 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966. Non solo. Esso è il più antico dei diritti fondamentali, essendo stato formulato fin dal secolo XVI da Francisco De Vitoria a sostegno della conquista del “nuovo mondo”¹, quando erano gli europei a “emigrare” per colonizzare e depredare il resto del pianeta, e poi rivendicato da John Locke, che lo pose alla base del diritto alla sopravvivenza: giacché tale diritto, egli scrisse, diversamente dal diritto alla vita contro la violenza omicida, non richiede garanzie, essendo assicurato dal lavoro, sempre accessibile a tutti purché lo si voglia emigrando «negli incolti deserti dell'America» perché c'è «terra sufficiente nel mondo a bastare al doppio dei suoi abitanti»².

1. de Vitoria F., “De indis recenter inventis relectio prior (1539)”, in Nys E. (a cura di), *De indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae, XII*, sect. III, 1, Oceana, New York, 1964, pp. 257-263.

2. Pareyson L. (a cura di), *Due trattati sul governo. Secondo Trattato* [1690], Utet, Torino, 1960, §§ 37-36, pp. 268-267.

Ebbene, la memoria di queste formulazioni classiche, cinicamente strumentali, del diritto di emigrare dovrebbe quanto meno generare – nel dibattito pubblico, nel confronto politico, nell’insegnamento nelle scuole – una cattiva coscienza in ordine all’illegittimità morale e politica, prima ancora che giuridica, delle nostre politiche e agire da freno sulle odierne pulsioni xenofobe e razziste. Dopo cinque secoli di colonizzazioni e rapine, non sono più gli occidentali a far uso del diritto di emigrare nei Paesi poveri del mondo, ma sono al contrario le masse di affamati di quei medesimi Paesi che premono alle nostre frontiere. E con il rovesciamento dell’asimmetria si è prodotto anche un rovesciamento del diritto. Oggi che l’esercizio del diritto di emigrare è diventato possibile per tutti ed è per di più la sola alternativa di vita per milioni di esseri umani, non solo se ne è dimenticato l’origine storica e il fondamento giuridico nella nostra stessa tradizione, ma lo si reprime con la stessa feroce durezza con cui lo si brandì alle origini della civiltà moderna a scopo di conquista e colonizzazione.

Per questo la battaglia contro le attuali pratiche disumane messe in atto nei confronti dei migranti non è solo in difesa dei diritti di queste persone. Essa è in difesa dell’identità civile e democratica dei nostri ordinamenti: dell’Italia e dell’Europa.

Questa difesa, per quanto riguarda l’Unione europea, richiede oggi la realizzazione di due obiettivi. Il primo è il recupero dell’identità liberale e democratica dell’Unione. L’Europa è destinataria di una parte ridottissima delle migrazioni nel mondo. Eppure la sua storia è stata una storia di conquiste e di colonizzazione proprio dei Paesi dai quali provengono oggi i migranti, impoveriti anche dalle politiche predatorie messe in atto da secoli nei loro confronti dai Paesi europei. Avrebbe dunque il dovere morale, più di qualunque altro Paese, dell’accoglienza e dell’integrazione di quanti fuggono dai disastri passati e presenti da essa provocati. Il secondo obiettivo è la promozione di una politica europea e, in prospettiva, globale, diretta a inaugurare un rapporto diverso con il fenomeno migratorio: la necessità di farsi carico delle ragioni delle migrazioni, l’intervento credibile per ridurre tali ragioni finanziando lo sviluppo economico dei Paesi dai quali provengono i migranti, una seria campagna contro le attuali “democrazie” o democrazie illiberali e razziste e, a tali fini, la memoria dei patti costituzionali e internazionali stipulati all’indomani della Seconda guerra mondiale e l’assunzione della questione migranti come centrale per il futuro delle nostre democrazie e prima ancora della nostra civiltà.

3. La questione migranti come la questione pregiudiziale della rifondazione dell’ordine internazionale

Sono molte le ragioni che fanno oggi della questione migranti una questione centrale per il futuro dell’ordine internazionale. Tutte richiedono, alla ri-

flessione teorica, un'operazione verità, consistente da un lato nel comprendere le ragioni delle migrazioni e, dall'altro, nel chiamare le cose con il loro nome anziché con le parole della neolingua che mistificano come bene ciò che è male e screditano come male ciò che è bene.

La prima ragione consiste nel fatto, di cui occorrerebbe promuovere la piena consapevolezza, che ogni migrante, ogni fuga, segnala un problema globale irrisolto. Le migrazioni sono il prodotto di tutte le grandi emergenze e catastrofi che minacciano il futuro del nostro pianeta, oltre che delle nostre democrazie: del cambiamento climatico, dei cui effetti – le alluvioni, le desertificazioni, le siccità, gli inquinamenti dell'acqua e dell'aria – soffrono soprattutto le popolazioni povere del mondo; delle guerre e della diffusione incontrollata delle armi; dei fondamentalismi e dei terrorismi che infestano i Paesi non sviluppati; delle persecuzioni politiche, o religiose o etniche; infine della povertà estrema, della fame e della mancanza di acqua potabile, di alimentazione di base e di farmaci salva-vita che affliggono, ripeto, quasi un miliardo di esseri umani.

I migranti – di solito le persone più giovani, più valide e intraprendenti nei Paesi da cui emigrano – fuggono da queste lesioni micidiali di tutti i diritti fondamentali, dei quali pure sono titolari sulla base delle tante Carte internazionali dei diritti umani. Segnalano dunque una duplice vittimizzazione e una duplice lesione del principio di uguaglianza: sia dell'uguaglianza formale delle differenze, sia della tendenziale uguaglianza sostanziale consistente nella riduzione delle disuguaglianze. Dopo che i loro territori sono stati a lungo depredati dalle nostre colonizzazioni, i migranti fuggono oggi dalle *disuguaglianze* sostanziali – la fame, la miseria, le devastazioni ambientali – provocate in gran parte dalle nostre politiche odierne e, dopo terribili odissee, incontrano nei nostri Paesi le oppressioni e le discriminazioni cagionate dalle loro *differenze* personali legate al loro *status* di stranieri. Non solo. Ogni migrante che fugge dal suo mondo segnala problemi non soltanto irrisolti, ma anche solubili, come dirò più oltre, insieme a molte delle altre emergenze globali, se solo prevalesse, realisticamente e nell'interesse di tutti, il buon senso e la ragione.

La seconda ragione che fa della questione migranti una questione centrale per il futuro della democrazia e della pace a livello globale consiste nell'illegalità delle politiche attuali, che evocano gli orrori contro cui furono formulati, all'indomani della Liberazione, i “mai più” al razzismo e alle discriminazioni. Perché questi orrori non tornino a ripetersi, occorre chiamare le cose con il loro nome, e così ribaltare il senso delle parole con cui queste politiche sono state legittimate. Occorre stigmatizzare le leggi contro gli immigrati come le odierne “leggi razziste”, a distanza di 80 anni da quelle di Mussolini, e chiamare “crimini” le preordinate omissioni di soccorso che stanno provocando migliaia di morti nel Mediterraneo.

Le stragi nel Mediterraneo saranno ricordate come una colpa imperdonabile, perché potevano e potrebbero essere evitate. Dall'ottobre 2013 alla fine del

2014 oltre centomila persone sono state salvate dalle navi della Marina militare italiana e della nostra Guardia costiera, con l'ausilio di elicotteri e aerei di ricognizione, grazie alla missione umanitaria *Mare nostrum* decisa da Enrico Letta con l'esplicita finalità, dopo il naufragio del 3.10.2013 di circa 400 persone, di impedire il ripetersi di simili tragedie. A partire dall'1 novembre 2014, la missione *Mare nostrum* è stata sostituita, con l'argomento che incoraggiava le partenze, con l'operazione *Triton-Frontex* alle cui navi veniva fatto divieto di spingersi oltre le 300 miglia dalle coste europee. I morti, ovviamente, sono aumentati. Molti naufraghi sono stati però tratti in salvo dai mercantili di passaggio e, soprattutto, dalle navi delle ONG, le quali da sole hanno salvato ben 46.796 persone nel solo 2016. Nel 2019, a causa dell'omissione dei soccorsi decisa dal Governo con la chiusura dei porti, la strage è continuata e si è aggravata: poiché la Marina militare italiana è stata tenuta a distanza, le navi delle ONG sono state allontanate e i mercantili di passaggio girano al largo per non perdere giorni di viaggio a causa dell'impossibilità di trasferire a terra i migranti salvati, altre migliaia di naufraghi sono rimasti senza soccorsi e sono affogati, lontano dai nostri occhi e dalle nostre coscienze. Benché le partenze siano diminuite del 60%, le morti in mare sono aumentate del 20%³. Inoltre la quasi totalità dei migranti intercettati o tratti in salvo nell'area di mare libica sono stati riportati in Libia (8.000, secondo l'Ispi, soltanto nei primi dieci mesi del 2019) dove sono stati incarcerati nelle condizioni spaventose che tutti conosciamo⁴, in violazione vistosa del già citato art. 33, §1 della Convenzione di Ginevra del 1951, dell'art. 4 del Protocollo n. 4 del 1963 allegato alla CEDU, dell'art. 19 del nostro decreto legislativo n. 286 del 25.7.1998 e dell'art. 19 della Carta europea dei diritti fondamentali che vietano i respingimenti collettivi. Si capisce come queste politiche omicide – a causa delle

3. Traggio questi dati da *Migranti, il numero dei morti nel Mediterraneo* in www.pannorama.it/news/migranti-numero-morti-mediterraneo-2015-2018 e da *Meno partenze, meno morti in mare: cosa c'è di vero*, in www.internazionale.it/bloc-notes/analisi-camilli/2019/10/09/migranti-tunisia-morti; *Il 2019 dei migranti: uno su quattro è morto in mare*, in www.infodata.ilssole24ore.com/2019/04/28/2019-dei-migranti-uno-quattro-morto-mare.

4. Ziniti A., *Verso la resa sul patto Italia-Libia. E Tripoli alza il muro anti Ong*, «La Repubblica», 30.10.2019, p. 6, che riferisce dei 50 milioni di euro l'anno pattuiti dall'Italia con il Memorandum Italia-Libia del 2017, che si aggiungono ai 328 milioni pagati dall'UE per finanziare i terribili lager libici dove sono segregati centinaia di migliaia di migranti (oltre 650.000), e riporta le assurde norme di un decreto del Consiglio presidenziale libico del 14.9.2019 che vieta il salvataggio dei naufraghi alle navi delle Ong senza il nulla osta della Guardia costiera libica e impone l'accesso su tali navi di militari libici. Dalla stipulazione di quel Memorandum, nel febbraio 2017 ad oggi, aggiunge Ziniti A., *I 40 mila che abbiamo rispedito nei lager*, «La Repubblica», 2.11.2019, p. 3, sono più di 38.000 i migranti riportati dalla Guardia costiera libica e incarcerati nelle prigioni della Libia; con una differenza tra i due governi Conte: con il primo la percentuale dei catturati è stata del 55% e quella degli sbarcati in Italia è stata del 38%, mentre con il secondo la prima delle due percentuali è stata del 44% e la seconda del 55%; sicché la percentuale di mortalità è precipitata dal 7% al 2%.

quali negli ultimi sei anni, dal 2014 al 2019, sono morte nel Mediterraneo più di 20.000 persone, di cui quasi 15.000 nella rotta dal Nord Africa all'Italia – meritino il nome di “crimini”. Solo così può promuoversi, presso coloro il cui consenso non è solo la fonte di legittimazione ma anche la sola ragione per la quale tali politiche vengono praticate, la percezione della loro illegalità, oltre che della loro immoralità, in grado di arginarne l'accettazione acritica o peggio l'aperto sostegno.

Infine, la terza ragione di questa centralità della questione migranti consiste nel fatto che difendere i diritti dei migranti significa anche difendere noi stessi. Affermare la dignità dei migranti come persone equivale ad affermare e a difendere la nostra dignità e la dignità della Repubblica. Rifiutare la parola d'ordine “prima gli italiani” equivale a rifiutare il razzismo e la svalutazione dei differenti che stanno dietro queste parole. Lottare contro il veleno razzista che sta diffondendosi nella società equivale a difendere l'identità democratica dei nostri ordinamenti. La questione migranti sta insomma diventando il banco di prova della credibilità dei principi di uguaglianza e dignità delle persone sui quali si fondano le nostre democrazie. Se prendiamo sul serio i diritti umani, non possiamo non rifiutare l'odierno paradosso in forza del quale nell'età della globalizzazione tutto, fuorché le persone, può liberamente circolare: comunicazioni e informazioni, merci e capitali alla ricerca dei luoghi nei quali si può massimamente sfruttare il lavoro, inquinare l'ambiente, non pagare le imposte e corrompere i governi.

Non possiamo non riconoscere, in breve, che il diritto di emigrare fa parte del diritto vigente e perciò, quanto meno in prospettiva, deve essere assicurata la libertà di circolazione delle persone quanto meno al pari della libertà di circolazione delle merci e dei capitali.

4. L'apertura delle frontiere. Il diritto di emigrare come potere costituente di un nuovo ordine mondiale

Siamo così pervenuti alla questione di fondo: se sia doveroso o meno garantire il diritto di emigrare, in accordo con il “dover essere” del diritto disegnato in tante carte costituzionali e internazionali.

La cattiva coscienza della distanza tra questo “dover essere” e le attuali politiche contro i migranti dovrebbe imporre, quanto meno, l'immediata cessazione delle stragi e delle altre violazioni dei diritti umani, la ripresa dell'operazione *Mare nostrum*, la rinuncia ai vergognosi accordi con le mafie libiche, pagate dall'Italia 50 milioni di euro l'anno per trattenere i migranti nei loro lager, e la programmazione di flussi regolari e regolarizzati di migranti in Italia e in Europa.

L'attuale governo dovrebbe inoltre, di fronte ai fenomeni crescenti di razzismo e di xenofobia che stanno minando alle radici la nostra democrazia,

approvare la modesta legge sullo *ius soli*, la quale comporta la concessione della cittadinanza non certo a tutti i 5.144.440 stranieri oggi legittimamente residenti in Italia, ma solo a chi è nato in Italia da un genitore legalmente residente da almeno 5 anni, oppure è nato o è arrivato prima del compimento di 12 anni nel nostro Paese e vi abbia compiuto con successo un ciclo scolastico di 5 anni. L'opposizione a questa legge, della quale si discute da 15 anni e che fu approvata dalla Camera il 13 ottobre 2015 e poi è arenata in Senato, si spiega infatti solo con il razzismo. Gli ottocentomila bambini che potrebbero beneficiarne non sono immigrati, ma sono nati o cresciuti in Italia; sicché si spiega solo con l'intolleranza per la loro identità etnica la volontà di negare loro la cittadinanza, con l'effetto di trasformare il loro senso di appartenenza al nostro Paese in un assurdo disconoscimento e perciò in rancore anti-italiano. Si tratterebbe, tra l'altro, di un autentico segno di discontinuità rispetto al precedente governo, oltre che di una politica non subalterna al razzismo montante delle destre ma diretta a contrastarlo e a costruire il consenso su valori elementari di civiltà.

Ma è la questione dell'apertura delle frontiere, ben più difficile e impegnativa, che va posta all'ordine del giorno, quale questione non solo italiana ma globale e quanto meno europea. Una politica razionale, oltre che antirazzista, dovrebbe muovere, realisticamente, dalla consapevolezza che i flussi migratori sono fenomeni strutturali e irreversibili, frutto dell'odierna globalizzazione selvaggia, che né le leggi, né i muri, né le polizie di frontiera potranno mai fermare ma solo clandestinizzare e drammatizzare, consegnandoli alla repressione, all'emarginazione e allo sfruttamento.

Dovrebbe addirittura vedere nel fenomeno migratorio un rimedio benefico al declino demografico del nostro Paese, come di gran parte dei Paesi ricchi, dove i giovani e soprattutto i neonati sono sempre di meno e i vecchi sono sempre di più⁵. Dovrebbe perciò fare l'esatto contrario di ciò che fanno oggi quasi tutte le forze politiche: anziché cavalcare e alimentare razzismi e paure, far maturare nel senso comune, oltre all'intollerabilità delle violazioni dei diritti umani prodotte dalle politiche di esclusione, l'accettazione del fenomeno migratorio come l'autentico *fatto costituente* di un futuro ordine internazionale basato sull'effettiva uguaglianza di tutti gli esseri umani, che finalmente riunisca i popoli divisi dai muri, dai fili spinati, dai gridi nazionalisti e dalle leggi demagogiche in un'unica famiglia umana.

C'è poi un'altra circostanza della quale una politica lungimirante dovrebbe essere consapevole. I terribili effetti dell'attuale chiusura delle frontiere dei Pa-

5. È la tesi di Bevilacqua P., *Perché l'immigrazione è necessaria*, «Il Manifesto», 25.9.2019, che rileva come negli ultimi venti anni il numero dei giovani è diminuito in Italia di oltre 4 milioni, mentre è enormemente aumentato il numero dei pensionati; con il risultato che diminuisce il numero di chi produce ricchezza ed è aumentato quello di chi la consuma ed è bisognosa di un numero crescente di servizi.

esi ricchi – le migliaia di persone che muoiono ogni anno nel tentativo di raggiungere le nostre coste; le decine di migliaia di persone cacciate dall’Algeria e lasciate vagare e morire nel deserto del Sahara; quelle rinchiusi in condizioni disumane nell’inferno delle carceri libiche e turche; le migliaia di migranti che si affollano ai nostri confini contro barriere e fili spinati, lasciati al freddo e alla fame; le crudeli espulsioni di immigrati irregolari che vivono da anni nei nostri Paesi – sono gli orrori dei nostri tempi che imporranno ai costituenti del futuro un nuovo “*mai più*”.

Di questi crimini i nostri governanti e quanti li hanno votati e sostenuti con il loro consenso dovranno un giorno vergognarsi e saranno, dalla storia, chiamati a rispondere. Non potranno dire: non sapevamo. Nell’età dell’informazione sappiamo tutto. Siamo a conoscenza delle migliaia di morti provocati da quelle politiche. Sappiamo perfettamente che in Libia i migranti vengono torturati, stuprati, schiavizzati, uccisi. Conosciamo esattamente le forme di sfruttamento selvaggio cui sono sottoposti molti migranti una volta raggiunta l’Italia.

Il solo modo per porre fine a queste vergogne è l’affermazione e la garanzia della libertà di circolazione sul pianeta di tutti gli esseri umani – lo *ius migrandi*, appunto – come diritto ad avere diritti, condizione elementare dell’indivisibilità, dell’effettività e ancor prima della credibilità di tutti gli altri diritti della persona oggi sanciti nelle tante carte dei diritti che fanno parte del nostro diritto internazionale. Si chiuderebbe il mezzo millennio del falso universalismo dei diritti umani inaugurato con la proclamazione del diritto di emigrare ad uso esclusivo delle politiche di conquista dell’Occidente. Si rifonderebbe la dignità di tutti gli esseri umani – dei migranti, ma anche di noi stessi – in quanto ugualmente persone e si produrrebbe un aumento della qualità della vita di tutti. Si costituirebbe il presupposto elementare di un costituzionalismo e di una sfera pubblica globale, senza più distinzione tra politiche interne e politiche estere e la trasformazione di tutta la politica in una politica interna del mondo.

Una politica realista, oltre che informata alla garanzia della dignità e dei diritti fondamentali di tutti, dovrebbe insomma trovare il coraggio di assumere il diritto di emigrare come il *potere costituente* di questo nuovo ordine sovranazionale e il popolo meticcio ed oppresso dei migranti, con le sue infinite differenze culturali, religiose e linguistiche, come il *popolo costituente* dell’umanità futura quale unico popolo globale, anch’esso meticcio perché formato dall’incontro e dalla contaminazione di più nazionalità e di più culture, senza più differenze privilegiate né differenze discriminate, senza più cittadini né stranieri perché tutti accomunati dalla condivisione, finalmente, di un unico *status*, quello di persona umana, e dal pacifico riconoscimento dell’uguale dignità di tutte le differenze.

Certamente questa prospettiva ha oggi il sapore di un’utopia. Si tratta al contrario della sola soluzione razionale e realistica della questione migranti, dettata da un imperativo di ragione, oltre che di legalità e di giustizia.

L'alternativa, infatti, è un futuro di regressione globale, segnato dall'esplosione delle disuguaglianze, dei razzismi e delle paure e, insieme, delle guerre, dei terrorismi e della generale insicurezza. Naturalmente l'apertura delle frontiere dovrebbe essere accompagnata da una politica di investimenti nelle garanzie dei diritti sociali – nella salute, nella scuola, nell'alimentazione di base – in grado di determinare lo sviluppo dei Paesi poveri da cui provengono i flussi migratori: in particolare dell'Africa sub-sahariana, nella quale risiede più della metà della popolazione mondiale in condizione di miseria estrema. Non si tratta di grandi cifre. «La povertà nel mondo», ha scritto Thomas Pogge in un libro di qualche anno fa, «è molto più grande, ma anche molto più piccola di quanto pensiamo. Uccide un terzo di tutti gli esseri umani che vengono al mondo e la sua eliminazione non richiederebbe più dell'1% del prodotto globale»: precisamente l'1,13% del PIL mondiale, circa 500 miliardi di dollari l'anno, molto meno del bilancio annuale della difesa dei soli Stati Uniti⁶.

Ma è chiaro che questa istanza di ragione e di realismo politico potrà affermarsi soltanto se sarà riconosciuto e garantito il *diritto di emigrare*, che anche sotto questo aspetto si configura perciò come il *potere costituente* di un nuovo ordine globale. Giacché l'Occidente non affronterà mai seriamente i problemi drammatici che sono all'origine delle migrazioni – le disuguaglianze, la miseria, la fame, la mancanza di acqua potabile e di farmaci salva-vita, le guerre, le devastazioni ambientali – provocati in gran parte dalle sue stesse politiche, se non li sentirà come propri. E non li sentirà mai come propri se non si sentirà minacciato direttamente dal diritto di emigrare, cioè dalla pressione demografica che proviene da quei Paesi, e non dovrà fronteggiare, dopo aver occupato prima con le sue conquiste e le sue rapine e poi con le sue promesse di libertà e di uguaglianza il mondo intero, la fuga dai loro mondi devastati delle popolazioni disperate che oggi premono alle sue frontiere.

I diritti fondamentali, come l'esperienza insegna, non cadono mai dall'alto, ma si affermano solo allorquando la pressione di chi ne è escluso alle porte di chi ne è incluso diventa irresistibile. Per questo, prima che sia troppo tardi – prima che questa pressione non scateni nuove violenze e nuovi crimini e non alimenti nuovi razzismi e nuovi fondamentalismi – l'apertura delle frontiere e la rimozione delle cause sociali delle migrazioni sono le sole politiche razionali e realistiche.

Naturalmente nessun uomo politico potrebbe oggi sostenere queste tesi.

Non può farlo a causa di due aporie che paralizzano la politica e la democrazia, relative l'una allo spazio e l'altra al tempo: gli spazi angusti dei territori rappresentati e i tempi brevi delle scadenze elettorali e dei sondaggi ai quali

6. Pogge T., *Povertà mondiale e diritti umani. Responsabilità e riforme cosmopolite* [2008], tr. it. di Botti D., Laterza, Roma, 2010, p. 304.

sono ancorati il consenso e la rappresentanza politica. Ma questa è una ragione di più perché quanto meno la cultura giuridica, e più in generale qualunque politica progressista dicano ciò che la politica inquinata dalla demagogia non riesce a dire: sostenere e mostrare che il diritto di emigrare è un diritto vigente, che in quanto tale richiede di essere garantito e che questa garanzia vuol dire semplicemente prendere il diritto positivo sul serio, riconoscerne la normatività e la razionalità e criticare come un'indebita lacuna la mancata produzione delle sue garanzie e delle connesse funzioni e istituzioni di garanzia. Se la politica non è capace di dire tutto questo, se non ha il coraggio, perché assediata dai populismi, di riconoscere che il diritto di emigrare è stato ed è tuttora un diritto di tutti, allora siamo noi giuristi che dobbiamo dirlo, sul piano scientifico, oltre che su quello politico.

È questo ruolo critico e progettuale, del resto, che il costituzionalismo rigido, disegnando con i diritti e gli altri principi costituzionali il dover essere giuridico del diritto positivo, ha imposto alla scienza del diritto e ovviamente alla politica: la garanzia della dignità e dei diritti fondamentali di tutti dalla quale, come continuano ad ammonirci realisticamente i preamboli alla Carta dell'Onu e alla Dichiarazione universale dei diritti, dipende il futuro della convivenza pacifica, della democrazia e dell'intera civiltà.

Parte I

*Immigrazione, politiche e legislazione
in Europa e in Italia*

1989-2019: lo sviluppo dell'immigrazione straniera in Italia in una prospettiva storica

di *Michele Colucci**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'Italia e l'Europa nel 1989: alcuni eventi decisivi. – 3. I cambiamenti degli anni Novanta. – 4. La svolta del nuovo secolo. La fase più recente.

1. Introduzione

Il trentennio compreso tra il 1989 e il 2019 è stato caratterizzato in Italia dalla progressiva ascesa del tema dell'immigrazione straniera. Inizialmente seguito solo da una ristretta cerchia di addetti ai lavori, ha conosciuto una rapida diffusione nel dibattito pubblico, fino a diventare uno degli argomenti più discussi a tutti i livelli: dall'opinione pubblica fino al confronto tra le classi dirigenti e i decisori politici. D'altronde è innegabile la profonda e duratura trasformazione che ha innescato.

L'Italia in soli 30 anni ha conosciuto una mutazione straordinaria del proprio profilo migratorio: basta guardare al semplice dato sulla presenza straniera. Secondo la ricostruzione statistica proposta da Corrado Bonifazi¹, nel 1990 l'Italia aveva una popolazione straniera residente di circa 780.000 persone, corrispondente all'1,4% della popolazione totale. Il profilo migratorio italiano era analogo a quello di altri Paesi dell'Europa mediterranea: in Spagna l'incidenza della popolazione straniera nel 1990 era all'1%, in Portogallo all'1,1%, in Grecia all'1,6%. Ancora nel 1990 la divaricazione con l'Europa centro-settentrionale era molto forte. Gli stranieri, ad esempio, in Francia erano il 6,3% della popolazione complessiva, in Germania federale l'8,4%,

* Ricercatore presso il Consiglio Nazionale delle Ricerche – Istituto di studi sul Mediterraneo. Studioso di storia contemporanea, si occupa di migrazioni, lavoro e politiche sociali.

1. Bonifazi C., *L'immigrazione straniera in Italia*, il Mulino, Bologna, 2007.

in Belgio il 9,1%. I Paesi dell'Europa mediterranea avevano sviluppato nei decenni precedenti importanti movimenti di emigrazione verso l'estero e avevano iniziato ad attrarre manodopera immigrata in modo sistematico solo a partire dagli anni Settanta. Nell'Europa centro-settentrionale invece gli arrivi di popolazione straniera – dal sud del continente ma anche da altri continenti – erano iniziati a diventare significativi già negli anni successivi alla Seconda guerra mondiale.

Completamente differente era la situazione alla fine degli anni Ottanta nei Paesi dell'Europa orientale. Se si eccettuano poche ed isolate esperienze – quali gli jugoslavi già a partire dagli anni Sessanta e i polacchi nel corso degli anni Ottanta – i Paesi del blocco socialista avevano di fatto impedito la possibilità di emigrare verso l'Europa occidentale ai propri cittadini.

Esistevano forme di mobilità dentro l'intero blocco socialista, ma erano inquadrate prevalentemente dentro programmi collettivi.

L'Europa del 1989 è quindi un continente diviso in tre: al centro-nord si consolida l'immigrazione straniera, ad est c'è una sostanziale chiusura alle migrazioni, a sud inizia il fenomeno dell'immigrazione straniera.

Soltanto dieci anni dopo – alla fine degli anni Novanta – ci troviamo di fronte a una situazione del tutto differente. Nell'Europa centrosettentrionale l'immigrazione straniera continua ad essere un fenomeno importante, nell'Europa dell'est è pienamente operativa una corrente emigratoria diretta sia verso l'Europa del sud sia verso l'Europa del centro-nord, mentre nell'Europa del sud è in crescita l'immigrazione straniera.

Facciamo un altro salto di dieci anni, arrivando al 2009. Nell'Europa meridionale l'immigrazione ha conosciuto un processo di crescita di dimensioni straordinarie, addirittura superiore a quello registrato nei Paesi continentali durante il ciclo precedente. Nell'area centrosettentrionale si è manifestato un ulteriore consolidamento del fenomeno, mentre nell'Europa dell'est è letteralmente esplosa l'emigrazione, complice anche il progressivo allargamento a est dell'Unione europea.

Guardiamo infine alla situazione attuale, nel 2019. I Paesi dell'Europa mediterranea e quelli dell'Europa dell'est presentano un quadro convergente: in entrambe le aree convivono emigrazione e immigrazione.

Nell'Europa centro-settentrionale invece resta predominante l'immigrazione straniera, che registra una complessiva stabilizzazione sia dei flussi sia dell'incidenza sulla popolazione residente.

Come è evidente, in soli 30 anni il panorama delle migrazioni in Europa è mutato molte volte e molto rapidamente. Obiettivo di questo contributo è ricostruire in termini generali l'evoluzione di tale mutamento, mettendo al centro l'Italia e il ruolo svolto dall'immigrazione straniera.

2. L'Italia e l'Europa nel 1989: alcuni eventi decisivi

Per contestualizzare il dibattito pubblico sull'immigrazione in Europa e ricostruire lo scenario alla vigilia della caduta del Muro di Berlino possiamo guardare a un evento decisivo: le elezioni europee del giugno 1989. Il tema dell'immigrazione rappresentò uno dei temi portanti della campagna elettorale, soprattutto in Francia e Germania federale². In Francia il raggruppamento del Front National, portatore di un messaggio esplicitamente xenofobo e ostile all'immigrazione, arrivò a totalizzare l'11,7% dei suffragi, eleggendo 11 parlamentari europei. In Germania i Republikaner, partito di estrema destra, arrivarono al 7,3%, riuscendo a mandare in Europa 6 rappresentanti. In Italia di immigrazione non si parlò molto durante la campagna elettorale ma piuttosto dopo il voto, a seguito anche dei risultati che l'estrema destra aveva ottenuto in Europa proprio puntando sulla polemica contro l'immigrazione.

Se fino all'estate 1989 il dibattito era pressoché animato solo da opinionisti e accademici, già nell'autunno successivo il quadro era totalmente diverso. Alcuni eventi nel giro di poche settimane avevano cambiato radicalmente le carte in tavola. Ne citiamo soltanto due: la morte di Jerry Masslo ad agosto e la caduta del Muro di Berlino a novembre.

Jerry Masslo era un esule proveniente dal Sudafrica, dove aveva combattuto contro l'apartheid e da dove era dovuto fuggire a causa delle persecuzioni subite. Nel 1988, al suo arrivo all'aeroporto di Fiumicino, la sua storia attirò l'attenzione di Amnesty International. Nonostante avesse puntualmente documentato gli atti di violenza che aveva subito, tra cui alcuni omicidi di stretti familiari, non era in grado di poter presentare una domanda per ottenere il diritto di asilo in quanto proveniente dal Sudafrica.

In Italia nel 1988 era infatti ancora in vigore la clausola della cosiddetta "riserva geografica", secondo la quale erano pienamente riconoscibili come rifugiati solo coloro che provenivano dall'Europa dell'est, a parte pochissime e rare eccezioni³. Poiché il caso di Masslo aveva riscosso una certa attenzione pubblica, le autorità decisero di darlo in consegna provvisoriamente alla Comunità di S. Egidio, che lo accolse – in attesa di nuovo espatrio verso il Canada – presso un centro di accoglienza a Trastevere. Ma l'impossibilità di avere documenti in regola e le esigenze di sussistenza avevano spinto nel giro di pochi mesi Masslo a svolgere lavori in nero, tra cui la raccolta dei pomodori in provincia di Caserta, a Villa Literno. Proprio a Villa Literno, nell'estate del 1989, Masslo venne ucciso, nell'ambito di una rapina a sfondo razzista⁴. La sua

2. Pasquinucci D., *Uniti dal voto? Storia delle elezioni europee 1948-2009*, FrancoAngeli, Milano, 2013.

3. Petrovic N., *Rifugiati, profughi, sfollati. Breve storia del diritto d'asilo in Italia*, FrancoAngeli, Milano, 2013.

4. Di Luzio G., *A un passo dal sogno. Gli avvenimenti che hanno cambiato la storia dell'immigrazione in Italia*, Besa, Nardò, 2006.

morte assume nella storia dell'immigrazione in Italia le caratteristiche di una cesura periodizzante, poiché richiama per la prima volta l'attenzione sia sui limiti della legislazione italiana (quali la presenza perdurante della "riserva geografica") sia sulle pesantissime condizioni di lavoro e di alloggio presenti nei contesti agricoli sia sul tema del razzismo. Le manifestazioni che seguono l'omicidio determinano un clima politico nuovo, che spinge le istituzioni a intervenire.

Naturalmente a svolgere una funzione periodizzante sono anche gli eventi internazionali legati alla caduta del Muro di Berlino. Come abbiamo già sottolineato il tema dell'immigrazione in Europa e in Italia era discusso già prima della crisi dei Paesi socialisti, ma gli eventi del 1989 accelerano notevolmente il passo. Una delle conseguenze più dibattute del nuovo assetto geopolitico è proprio la possibilità di ingenti fenomeni migratori da est a ovest. I Paesi, come l'Italia, che fino ad allora avevano sottovalutato la centralità dell'immigrazione e non avevano provveduto a elaborare una adeguata legislazione vennero spinti nella direzione di un intervento risolutivo.

Sul piano operativo, a livello nazionale e internazionale, furono due le conseguenze più importanti dei fatti del 1989: l'approvazione della legge Martelli e l'ingresso dell'Italia nell'area dei Paesi di Schengen⁵.

La legge, approvata nel 1990, introduce nell'ordinamento alcuni elementi innovativi, che possiamo rapidamente sintetizzare. Innanzitutto, abolisce la riserva geografica per i richiedenti asilo, che possono fare domanda di asilo una volta giunti in Italia indipendentemente dalla loro provenienza.

La legge però rimanda a provvedimenti successivi gran parte delle questioni legate al tema dell'accoglienza dei richiedenti asilo. Inoltre, rispetto alla precedente legge Foschi, definisce in modo più articolato le tipologie di permesso di soggiorno: lavoro autonomo e subordinato, turismo, culto, cure mediche, studio. La legge Martelli concepisce anche una sanatoria per le persone che dimostrano di risiedere in Italia al 31 dicembre 1989. In questo modo viene regolarizzata la posizione di circa 218.000 persone. Solo una piccola parte (il 4%) viene regolarizzata a seguito di un contratto di lavoro in essere, mentre la maggior parte viene regolarizzata attraverso l'iscrizione alle liste di collocamento "con riserva"⁶. Gli stranieri hanno la possibilità di regolarizzare la propria posizione attestando in questo modo la volontà di ricercare un lavoro, ma se a due anni dall'iscrizione nelle liste non risultano occupati perdono il permesso di soggiorno. Altri due punti occorre ricordare: il ruolo delle Regioni e la programmazione dei flussi. Le Regioni vengono investite della competenza

5. Per una trattazione più sistematica della congiuntura degli anni a cavallo tra gli ottanta e novanta mi permetto di rinviare a: Colucci M., *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai nostri giorni*, Carocci, Roma, 2018.

6. Lucrezio Monticelli G., *Le statistiche sull'immigrazione estera in Italia dopo le leggi sulla sanatoria*, «Previdenza sociale», 3, 1990, pp. 867-906.

in materia di politiche di integrazione, che però non vengono esplicitate nel testo legislativo. Il Governo si impegna a superare il principio della sanatoria avviando una programmazione annuale dei flussi di ingresso, pianificata a seguito della concertazione tra ministeri economici, Regioni e forze sociali.

La sottoscrizione degli accordi di Schengen, approvata nel giugno 1990, chiude una fase particolarmente contraddittoria rispetto alla dimensione europea delle politiche migratorie italiane. L'accordo era stato siglato nel 1985 da tutti i Paesi che nel 1957 avevano inaugurato il processo di integrazione europea firmando i Trattati di Roma, ad eccezione dell'Italia.

Germania, Francia, Belgio, Olanda e Lussemburgo siglando l'accordo di Schengen si erano impegnati a promuovere un processo di libera circolazione per i rispettivi cittadini con lo scopo di abbattere le frontiere nazionali e allo stesso tempo trasferire il controllo delle frontiere alle frontiere esterne, per poter intervenire con più forza in modo restrittivo sulle migrazioni provenienti dall'est e dal sud. Sempre nel 1990, l'Italia sottoscrive la Convenzione di Dublino sull'asilo, che diventerà operativa nel 1997.

3. I cambiamenti degli anni Novanta

Nel corso degli anni Novanta possiamo riscontrare una generale accelerazione dello sviluppo dell'immigrazione straniera in Italia. Durante il decennio il tasso medio annuo di crescita dell'immigrazione raggiunge un primato ineguagliato: il 14,1%, considerando l'intervallo di tempo compreso tra il 1991 e il 2001. Nel decennio precedente (1981-1991) il tasso medio annuo di crescita era stato del 5,4%, mentre nel decennio successivo (2001-2011) sarà dell'11,7%. Oltre ai fattori di crescita possiamo notare alcuni elementi di consolidamento della presenza straniera.

Uno dei più importanti è il rafforzamento della fascia di popolazione giovanissima: se nel 1991 i residenti stranieri compresi tra 0 e 15 anni di età erano l'11,8% della popolazione straniera totale, nel 2001 erano saliti al 18,5%. Il dato è particolarmente importante se inserito in una prospettiva complessiva di comparazione con la popolazione italiana, che presenta una età media molto più bassa. Analizzando la popolazione straniera in base all'età, possiamo constatare che nel 2001 l'età media è sensibilmente più bassa rispetto alla popolazione di cittadinanza italiana: tra gli stranieri l'età media è fissata a 30,4 anni per gli uomini e a 31,4 per le donne (mentre tra gli italiani a 40,1 per gli uomini e a 43,1 per le donne). I dati del censimento del 2001 riflettono le profonde trasformazioni avvenute nel corso degli anni Novanta nello scenario migratorio internazionale, trasformazioni che hanno avuto una ricaduta nel contesto italiano. Il punto di rottura più importante rispetto al passato è costituito dalle traiettorie nuove legate all'apertura delle frontiere dei Paesi dell'Europa orientale e al ciclo di conflitti che si apre a seguito della crisi dei Paesi

socialisti, il cui frutto più visibile in Italia è costituito dall'arrivo dei profughi provenienti dalla *ex* Jugoslavia e dagli arrivi dall'Albania. Tra le prime cinque nazionalità in testa alle presenze registrate nel 2001 ben tre gruppi (albanesi, rumeni, persone provenienti dalla *ex* Jugoslavia) arrivano dall'Europa orientale. Gli altri due gruppi – marocchini e filippini – avevano invece sviluppato già in precedenza catene migratorie con l'Italia.

Nel mondo del lavoro colpisce l'aumento del numero di immigrati stranieri dipendenti di imprese, soprattutto nel settore industriale. Dal 1992 al 1997 l'aumento di lavoratori stranieri dipendenti da imprese è del 79,5%.

A metà decennio, nel 1996, il 44,9% dei dipendenti stranieri nel settore industriale lavora nel Nordest. All'interno del settore industriale l'attività prevalente è quella meccanica, seguita dall'edilizia e da altri comparti quali pelli, chimica, legno, tessile, abbigliamento⁷. In questi stessi anni la presenza di lavoratori stranieri risulta rafforzata anche nei settori domestico, agricolo e autonomo.

Sono gli eventi legati alle migrazioni dall'Europa orientale a contribuire a un ulteriore interesse all'immigrazione. In particolare, le due ondate di arrivi dall'Albania nel 1991, a marzo e ad agosto, svelano il volto più duro della crisi economica e politica nei Paesi situati al di là della *ex* "cortina di ferro". Allo stesso tempo, la vicenda albanese mette in evidenza tutte le difficoltà e le contraddizioni del funzionamento concreto delle politiche italiane, a partire proprio dalla Martelli. L'esito però, a marzo e ad agosto, è completamente differente. A marzo gli albanesi, circa ventimila, giunti su piccole e medie imbarcazioni sulle coste pugliesi, vengono accolti grazie alla solidarietà popolare e presi in carico dal Governo attraverso il coinvolgimento degli enti locali su tutto il territorio nazionale. Ad agosto, la nave *Vlora* che li trasporta viene considerata alla stregua di un nemico di guerra: riesce ad attraccare al porto di Bari forzando il blocco della Marina italiana, mentre i passeggeri, circa ventimila, raggiungono il molo buttandosi a nuoto ma vengono intercettati dalle forze dell'ordine e condotti all'interno dello stadio, per poi essere quasi tutti rimpatriati. Di lì a poco, durante il 1992, prende corpo un nuovo flusso proveniente da est: gli esuli in fuga dalla guerra jugoslava. E proprio negli stessi mesi si intensificano gli arrivi da un altro teatro di guerra: la Somalia. Il tema dell'immigrazione viene declinato sempre di più a partire dalla sua dimensione globale e dal legame con i conflitti, vicini e lontani, che scoppiano in contesti anche molto diversi tra loro.

Tornando all'evoluzione normativa, nel 1992 viene approvata la nuova legge cittadinanza (n. 91 – 1992). Rispetto all'immigrazione Guido Tintori ha sottolineato come la legge del 1992 sia addirittura più restrittiva di quella del

7. Ambrosini M., *Utili invasori. L'inserimento degli immigrati nel mercato del lavoro italiano*, FrancoAngeli, Milano, 1999.

1912⁸. Le nuove disposizioni prevedono che la cittadinanza sia concessa solo se richiesta espressamente da figli di stranieri nati in Italia, che vi abbiano ininterrottamente mantenuto la residenza dalla nascita al diciottesimo anno di età. La naturalizzazione per residenza è legata alla permanenza per almeno dieci anni ed è comunque discrezionale. Non stupisce che nel quindicennio successivo alla legge nonostante una impennata delle presenze straniere (poco meno di 3 milioni e mezzo al 1 gennaio 2008), coloro che hanno acquisito la cittadinanza sono solo 261.000 e nella stragrande maggioranza dei casi l'hanno acquisita per matrimonio, sposando un cittadino o una cittadina italiana. Andando a esaminare il dibattito parlamentare, colpisce il consenso unanime e trasversale alla legge, che era stata immaginata circa 15 anni prima (all'indomani della prima Conferenza nazionale dell'emigrazione del 1975) come "risarcimento" al lungo oblio che gli italiani all'estero avevano dovuto subire dalle istituzioni italiane. Negli stessi anni non solo in Italia si discuteva già in modo sistematico di estensione dei diritti sociali agli immigrati, ma anche in altri Paesi europei il tema della cittadinanza veniva ripensato favorendo l'integrazione dei residenti: in Olanda nel 1984, in Spagna nel 1990, in Belgio nel 1991, in Francia nel 1998, in Austria nel 1998, in Germania nel 2000⁹. La scelta italiana, secondo la felice espressione di Ferruccio Pastore, si configura come quella di una "comunità sbilanciata"¹⁰ che non vuole guardare alla realtà dell'immigrazione straniera ed è protesa in modo palesemente squilibrato verso una concezione della cittadinanza slegata dalle recenti trasformazioni del Paese.

Nel corso degli anni Novanta registriamo il progressivo sviluppo dell'intervento politico. Un momento decisivo è il novembre 1995, quando il Governo Dini elabora un decreto legge che prevede un insieme articolato di interventi in materia di immigrazione, insieme a una regolarizzazione degli stranieri presenti sul territorio al 18 novembre 1995 purché in grado di dimostrare di essere lavoratori dipendenti o di aver avuto un contratto della durata di almeno quattro mesi. Tale decreto del Governo non viene mai convertito in legge dal Parlamento, nonostante i reiterati tentativi dell'esecutivo, che non trova però una maggioranza per approvarlo. La regolarizzazione, legata al decreto e non vincolata alla legge, entra tuttavia ugualmente in vigore. Il provvedimento interviene sanando la posizione di circa 244.000 persone, una cifra superiore

8. Tintori G., "Nuovi italiani e italiani nel mondo: il nodo della cittadinanza", in Corti P., Sanfilippo M. (a cura di), *Migrazioni. Annali 24 della Storia d'Italia*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 743-764.

9. Bisogno E., Gallo G., Strozza S., "L'acquisto di cittadinanza in alcuni paesi europei: gli aspetti normativi, la comparabilità dei dati e i livelli di naturalizzazione", in Di Comite L., Paterno A. (a cura di), *Popolazione, sviluppo e ambiente*, Cacucci, Bari, 2001, pp. 9-46.

10. Pastore F., *La comunità sbilanciata. Diritto alla cittadinanza e politiche migratorie nell'Italia post-unitaria*, Cespi, Roma, 2002.

ai 218.000 della precedente legge Martelli. La maggior parte delle richieste di regolarizzazione è vincolata al lavoro dipendente: il 73%. Mentre solo il 6% delle domande accettate è legata ai motivi familiari e il 21% alla ricerca di lavoro: nella precedente regolarizzazione ben l'86% delle domande era legata alla ricerca di lavoro.

Al contrario della legge Martelli, il decreto Dini non prevede la possibilità di regolarizzarsi attraverso il lavoro autonomo, mentre prevede i motivi legati alla famiglia prima esclusi. I maggiori beneficiari della sanatoria sono i marocchini (34.300 persone), seguiti da albanesi (29.700), cinesi (14.400), peruviani (12.800) e rumeni (11.100)¹¹.

Sia a livello interno sia a livello internazionale la stagione successiva al Governo Dini è particolarmente intensa. Al 31 dicembre 1997 si contano 1.240.721 permessi di soggiorno rilasciati a stranieri: solo 6 anni prima i permessi annuali erano stati la metà (648.395 permessi al 31 dicembre 1991)¹². La frontiera marittima, inoltre, inizia a caratterizzarsi come un luogo in cui si consumano drammi e tensioni legate all'immigrazione: nel dicembre 1996 il naufragio di Natale sulle coste siciliane provoca 283 morti¹³ e nel 1997 lo speronamento da parte della Marina militare italiana di una nave albanese in prossimità delle coste pugliesi causa 81 morti¹⁴. Nel frattempo, a livello europeo si registrano sviluppi importanti. Da un lato diventano operative le prime scadenze legate a Schengen. Dall'altro lato entra in vigore (settembre-ottobre 1997) per i primi 14 Paesi firmatari – tra cui l'Italia – la Convenzione di Dublino sui richiedenti asilo sottoscritta nel 1990, che rappresenta una cesura molto importante. In questo contesto, matura la discussione per l'approvazione da parte della maggioranza di centro-sinistra di una nuova legge, predisposta dai Ministri Napolitano (Interno) e Turco (Solidarietà sociale), entrambi appartenenti al Partito democratico della sinistra.

La legge confluisce a pochi mesi dalla sua approvazione nel decreto legislativo 286 del 1998, che raccoglie nel Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero tutto il *corpus* di provvedimenti legati all'immigrazione: le successive riforme in materia rappresenteranno un intervento sul Testo Unico.

Le prime discussioni sul disegno di legge governativo iniziano a gennaio 1997: la legge viene approvata dalla Camera il 20 novembre 1997 e dal Senato

11. Pittau F., Alessandrelli C., Bocchini C., *La regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari ex decreto legge 489/1995 nel panorama delle migrazioni in Italia*, «Studi Emigrazione», 126, 1997, pp. 269-293.

12. *La presenza straniera in Italia negli anni '90*, Istat, Roma, 1998; *La presenza straniera in Italia: caratteristiche demografiche, permessi di soggiorno al 1.1.1998, residenti stranieri al 1.1.1998*, Istat, Roma, 2000.

13. Bellu G.M., *I fantasmi di Portopalo. Natale 1996: la morte di 300 clandestini e il silenzio dell'Italia*, Mondadori, Milano, 2004.

14. Leogrande A., *Il naufragio. Morte nel Mediterraneo*, Feltrinelli, Milano, 2010.

il 19 febbraio 1998. L'intervento è finalizzato essenzialmente a riformulare i criteri per governare l'ingresso degli stranieri, la loro permanenza, la loro integrazione ma anche per razionalizzare e facilitare il meccanismo di espulsione. Restano fuori dalla legge diversi temi che al contrario erano stati sollevati dal Parlamento: molte questioni legate al diritto di asilo, la riforma della legge sulla cittadinanza del 1992, il diritto di voto¹⁵.

La Turco-Napolitano si basa essenzialmente sulla necessità di controllare i flussi migratori, sostenere i processi di integrazione, semplificare le espulsioni. In tema di flussi viene introdotto il permesso di soggiorno per lavoro stagionale e per ricerca di occupazione. Allo stesso tempo viene organizzata una pianificazione annuale di quote per regolare gli arrivi a seconda delle esigenze del mercato del lavoro. Viene introdotta la carta di soggiorno, rilasciata dopo cinque anni di residenza e a fronte di alcuni *standard* relativi alla capacità di mantenimento del nucleo familiare.

La carta di soggiorno prevede una estensione dei diritti di cittadinanza e – pur con alcune eccezioni – l'impossibilità di espulsione. Viene introdotto il permesso di soggiorno per protezione sociale riservato a chi denuncia i propri sfruttatori. Viene ampliata la possibilità di diniego e respingimento alla frontiera e viene velocizzata la procedura per le espulsioni amministrative. A questo proposito sono introdotti i Centri di permanenza temporanea, luoghi di reclusione riservati agli immigrati non in regola in attesa di essere identificati ed eventualmente espulsi. Su questi centri si apre ben presto una polemica destinata a perdurare nel corso del tempo, poiché il trattamento riservato ai reclusi è pieno di discrezionalità e vengono denunciate già nei primi mesi di vita dei centri irregolarità e abusi di cui sono responsabili gli enti gestori¹⁶. Non mancano inoltre vere e proprie tragedie, quali quella del Serraino Vulpitta, a Trapani. Il 29 dicembre 1999 muoiono tre immigrati tunisini all'interno del Centro di permanenza temporanea trapanese. Da tempo le associazioni siciliane avevano denunciato le condizioni invivibili del Centro. Il 29 dicembre in seguito a un tentativo di fuga le forze dell'ordine avevano chiuso 12 persone all'interno di una stanza, serrata da una sbarra di ferro. Per cercare di uscire, i reclusi avevano appiccato il fuoco a un materasso ma la stanza non venne aperta e tre di loro morirono nell'incendio. Successivamente, altre tre persone sono morte in ospedale, a seguito delle ferite riportate durante l'incidente.

15. Sui temi della cittadinanza e del diritto di voto si vedano: Morozzo della Rocca P., "Gli immigrati e i dilemmi della nuova cittadinanza", in Asquer E., Bernardi E., Fumian C. (a cura di), *L'Italia contemporanea dagli anni ottanta a oggi, vol. II, Il mutamento sociale*, Carocci, Roma, 2014, pp. 155-176; Bontempelli S., *Diritto di voto ai migranti. Storia di un dibattito*, 30.3.2008, in <https://sergiobontempelli.wordpress.com/2008/03/30/diritto-di-voto-agli-stranieri-storia-di-un-dibattito>; Franchi Scarselli G., *Sul riconoscimento del diritto di voto agli stranieri*, «Diritto Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2003, pp. 35-62.

16. Dal Lago A., *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 1999, pp. 27-28.

A proposito della Turco-Napolitano, ricordiamo infine il riconoscimento della parità dei diritti con i cittadini italiani rispetto all'assistenza sanitaria, garantita anche in mancanza di documenti in regola.

Anche in occasione della Turco-Napolitano viene disposta una regolarizzazione di massa. I candidati alla sanatoria avrebbero dovuto dimostrare di risiedere in Italia e avere un lavoro prima del 27 marzo 1998, oltre ad avere un alloggio adeguato. Per i ricongiungimenti avrebbero dovuto rispettare alcuni *standard* legati al nucleo familiare: vengono regolarizzate 217.000 persone, a fronte delle circa 250.000 domande pervenute¹⁷. La regolarizzazione del 1998 prosegue un ciclo di sanatorie che andava avanti dalla seconda metà del decennio precedente. Lo strumento della sanatoria si conferma come il principale regolatore della politica migratoria italiana e lo sarà ancora a lungo. Le procedure relative alla regolarizzazione andranno avanti con numerose lungaggini, che suscitano proteste e polemiche. Una delle piazze più calde è Brescia, provincia nella quale la presenza immigrata è ormai stratificata e diffusa in modo capillare sul territorio. Il 15 maggio 2000 la questura di Brescia comunica che a numerosi immigrati non è stato riconosciuto il diritto a ricevere il permesso di soggiorno in base alla sanatoria. Seguono 45 giorni di protesta durissimi, in cui gli immigrati ricorrono allo sciopero della fame e a numerose forme di lotta¹⁸: l'obiettivo che riescono a raggiungere è il riesame di tutte le domande respinte.

4. La svolta del nuovo secolo

I primi dieci anni del duemila rappresentano la fase storica in cui in Italia la crescita quantitativa dell'immigrazione ha riguardato gli indicatori più diversi e variegati: dal mondo del lavoro alla scuola, dalle città alle campagne, dal nord al sud. Se gli anni Novanta sono stati caratterizzati da processi di consolidamento dell'immigrazione straniera, i primi dieci anni del 2000 si possono inquadrare come la fase in cui la presenza immigrata assume dimensioni prossime a quelle già esistenti nei Paesi europei quali Francia, Germania, Gran Bretagna. Tra il 2001 e il 2006 la popolazione straniera raddoppia la consistenza: dalle 1.334.889 presenze alle 2.670.514¹⁹. Tra il 2001 e il

17. Carfagna M., "I sommersi e i sanati. Le regolarizzazioni degli immigrati in Italia", in Colombo A., Sciortino G. (a cura di), *Stranieri in Italia. Assimilati ed esclusi*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

18. Borghi P., "Immigrazione e partecipazione sociopolitica nei contesti locali: dalla 'voice' alla rappresentanza", in Grandi F., Tanzi E. (a cura di), *La città meticcica. Riflessioni teoriche e analisi di alcuni casi europei per il governo locale delle migrazioni*, FrancoAngeli, Milano, 2007, pp. 83-104.

19. *14mo Censimento generale della popolazione: dati definitivi. Gli stranieri residenti in famiglia e convivenza*, Istat, Roma, 2004; *La popolazione straniera residente in Italia*, Statistiche in breve, Istat, Roma, 2006.

2008 addirittura le presenze straniere risultano triplicate: dalle 1.334.889 alle 3.891.295. Il 1 gennaio 2011 la popolazione straniera che risulta presente nel Paese supera i 4 milioni e mezzo di persone: l'Istat attesta 4.570.317 persone di cittadinanza straniera.

La distribuzione sul territorio nazionale rivela il primato del Nord-ovest (35% del totale dei residenti stranieri), seguito dal Nord-est (26,3%), dal Centro (25,2%) e dal Mezzogiorno (13,5%). La regione con più residenti stranieri è la Lombardia (23,3% del totale), seguita da Lazio (11,9%), Veneto (11%) ed Emilia-Romagna (11%).

Per capire le modalità e le caratteristiche della diffusione dell'immigrazione nel primo decennio del duemila possiamo rapidamente guardare ai dati salienti del censimento del 2011. Le donne immigrate sono più degli uomini (53,3% contro 46,7%), mentre la classe di età più rilevante è quella tra i 20 e i 39 anni: il 42,7% del totale. Il continente più rappresentato è l'Europa (53,1% sul totale), seguito dall'Africa (21%), dall'Asia (17,7%) e dalle Americhe (8,2). Lo Stato da cui proviene la maggior parte degli immigrati è la Romania (823.100 censiti), seguito da Albania (451.437), Marocco (407.097), Cina (194.510), Ucraina (178.534) e Moldavia (130.619). Rispetto al censimento del 2001 le tre nazionalità che hanno mostrato un aumento proporzionalmente maggiore sono quelle rumena, ucraina e moldava. In particolare nelle annate 2003 e 2007 – in coincidenza prima con la sanatoria legata alla legge Bossi-Fini e poi con l'allargamento a est della UE – le iscrizioni anagrafiche in Italia di persone provenienti dall'Europa dell'est hanno toccato un picco altissimo: circa 230.000 nel 2003, circa 380.000 nel 2007. L'eccezionale movimento proveniente da est si inserisce in un *trend* più ampio di spostamenti dall'Europa centro-orientale all'Europa meridionale. I Paesi dell'Europa meridionale (Italia, Spagna, Grecia e Portogallo) sono diventati nel corso del primo decennio del Duemila il principale polo di attrazione per i migranti provenienti dagli ex Paesi socialisti dell'Europa orientale²⁰. I migranti provenienti dall'Europa orientale al censimento del 2011 sono in Italia circa 2 milioni e possono essere suddivisi in tre gruppi: coloro che provengono da Paesi di recente ingresso nella UE (circa 990.000, provenienti da Bulgaria, Rep. Ceca, Croazia, Estonia, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania, Slovacchia, Slovenia e Ungheria), coloro che provengono dall'area balcanica (circa 600.000 provenienti da Albania, Bosnia Erzegovina, Macedonia, Montenegro e Serbia), coloro che provengono dall'area ex sovietica (circa 345.000, provenienti da Russia, Bielorussia, Moldavia e Ucraina). L'allargamento dell'Unione europea ha indubbiamente rappresentato una cesura fondamentale nella storia dei flussi migratori con-

20. "Introduzione", in Bonifazi C., Conti C., Strozza S. (a cura di), *Le migrazioni dall'Europa centro-orientale all'Europa meridionale: tendenze e problemi negli anni della crisi*, «Studi Emigrazione», numero monografico, 202, 2016, pp. 178-192.

tinentali, rafforzando la circolarità migratoria e gli scambi soprattutto con la Romania, Paese che ha conosciuto lo sviluppo di una emigrazione senza precedenti verso l'Europa meridionale e in particolare verso l'Italia.

Nel corso del decennio assistiamo anche a una ridefinizione dei flussi legati alle richieste di asilo politico. Calano complessivamente gli arrivi dall'area balcanica, restano sempre significativi quelli provenienti dall'Africa (con la presenza costante di domande da Somalia, Etiopia ed Eritrea) e aumentano quelli provenienti dal Medio Oriente e dall'Asia, conseguenza dei conflitti in zone già segnate da teatri di guerra come l'Afghanistan o in Paesi quali l'Iraq dove un nuovo conflitto si apre nel 2003.

Un dato decisivo da sottolineare è l'aumento progressivo della presenza di immigrati stranieri nel mondo del lavoro. Tra il 2001 e il 2010 le forze di lavoro straniere stimate dall'Istat sono triplicate: da circa 724.000 unità circa a circa 2,3 milioni di unità. Nello stesso periodo gli occupati stranieri sono passati da 636.000 a 2,1 milioni. Se nel 2005 la percentuale di stranieri occupati era di poco superiore al 5% sul totale degli occupati, nel 2011 tale percentuale era di fatto raddoppiata, raggiungendo il 10,2%.

Prendendo come punti di osservazione il 2005 (ormai lontano dalla regolarizzazione del 2002) e il 2008, prima dell'esplosione della crisi, l'aumento è ancora più significativo: in soli 3 anni la manodopera straniera in Italia è aumentata del 14,4%, mentre quella italiana solo dello 0,4%. Nel 2008 l'Italia ha una percentuale di occupati stranieri sul totale degli occupati superiore alla media della neonata Unione europea a 27 Stati: il 7,5% contro il 6,7% della media europea. Una percentuale stabilmente superiore a Paesi di più antica tradizione migratoria quali la Francia, dove la percentuale si attestava al 5,2%. Si tratta di dati che testimoniano una trasformazione epocale nel mercato del lavoro, con ricadute molto importanti a più livelli²¹. L'inserimento nel mercato del lavoro non è omogeneo in tutto il Paese. Nel 2010 i dati segnalano una notevole polarizzazione tra Nord, Centro e Sud. La regione dove risultano presenti più lavoratori stranieri è la Lombardia (24,1% del totale nazionale di stranieri occupati), seguita da Veneto (12,2%), Lazio (11,3%), Emilia-Romagna (11,1%) e Piemonte (9,3%). Sempre nel 2010 la distribuzione tra i settori di attività palesa il primato del settore dei servizi, dove è impiegato il 59,4% della forza lavoro straniera totale, contro il 19,5% dell'industria, il 16,9% dell'edilizia, il 4,3% dell'agricoltura.

Il coinvolgimento economico degli immigrati è quindi cresciuto nel corso del decennio, fino a rappresentare nel 2009 il 5,1% dei redditi complessivi dichiarati in Italia, corrispondente a circa quaranta miliardi di euro dichiarati da

21. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Direzione generale immigrazione e politiche di integrazione, *Rapporto annuale sul mercato del lavoro degli immigrati*, edizioni 2011 e 2012, Roma.

contribuenti stranieri. Nel 2009 i contribuenti stranieri sono arrivati a rappresentare il 7,9% dei contribuenti sul totale nazionale.

Il rapporto tra immigrazione ed economia si può ricostruire anche attraverso il ruolo delle rimesse che presentano tra il 2000 e il 2009 una crescita di amplissime proporzioni. Nel 2000 le rimesse inviate ogni anno dall'Italia ammontavano a 588 milioni di euro²². Nel 2009 sono cresciute fino a raggiungere 6.747 milioni di euro, decuplicando la loro consistenza annuale nel giro di un decennio. Oltre al dato aggregato, aumenta anche il dato relativo alle rimesse pro-capite, che si ottiene dividendo l'importo totale per il numero di stranieri residenti ogni anno: si passa da 463 euro nel 2000 a 1.734 nel 2009. Tra i primi sette Paesi destinatari delle rimesse nel 2009 troviamo Cina, Romania, Filippine, Marocco, Senegal, Bangladesh e Perù. Le province più caratterizzate come luoghi di invio sono invece Roma, Milano e Napoli²³.

Gli anni della crescita dell'immigrazione scorrono parallelamente al progressivo irrigidimento delle politiche. Per la prima volta nel 2001 una coalizione vince le elezioni politiche italiane inserendo il tema della politica migratoria al centro delle priorità e del programma elettorale: si tratta del centro-destra. Il passaggio si concretizza intrecciandosi agli eventi dell'11 settembre 2001, quando dopo gli attentati negli Stati Uniti in tutto il mondo si diffonde un clima politico favorevole alla chiusura delle frontiere, soprattutto per le migrazioni provenienti da zone a forte presenza musulmana.

Già il 14 settembre 2001 il Consiglio dei Ministri approva uno schema di legge sull'immigrazione, destinato a suscitare un lungo e articolato dibattito sia in Parlamento sia nell'opinione pubblica. Il confronto si chiude nell'estate 2002, dopo circa un anno: la legge viene approvata definitivamente al Senato l'11 luglio 2002 ed entra in vigore il 10 settembre dello stesso anno²⁴.

Il testo della Bossi-Fini si muove in sostanziale continuità con l'impianto generale della Turco-Napolitano, intervenendo in diversi punti con l'obiettivo di rendere la presenza straniera più precaria e meno protetta da tutele sociali e giuridiche. Allo stesso tempo la legge cerca di intervenire sul tema dell'ingresso e dell'espulsione, riducendo le opportunità legali di ingresso e rendendo più rapidi e frequenti i provvedimenti di allontanamento dal territorio. Come in occasione delle precedenti leggi (Foschi, Martelli e Turco-Napolitano), anche la Bossi-Fini è accompagnata da un processo di regolarizzazione attraverso sanatoria, processo che assume le dimensioni della più grande regolarizza-

22. Mazzali A., Stocchiero A., Zupi M., *Rimesse degli emigrati e sviluppo economico: rassegna della letteratura e indicazioni per la ricerca*, Cespi, Roma, 2002.

23. Fondazione Leone Moressa, *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione*, il Mulino, Bologna, 2011; Ismu, *Ventesimo Rapporto sulle migrazioni*, FrancoAngeli, Milano, 2015.

24. Ballerini A., Benna A., *Il muro invisibile: immigrazione e legge Bossi Fini*, Fratelli Frilli, Genova, 2002.

zione di massa nella storia dell'immigrazione in Italia e che infatti è stato più volte definito come “la grande regolarizzazione del 2002”. Le principali novità introdotte dalla Bossi-Fini si possono riassumere in una serie di interventi, che modificano il Testo Unico varato pochi anni prima.

Partiamo dall'ingresso in Italia. I cittadini stranieri non possono più entrare regolarmente in Italia usufruendo della cosiddetta “sponsorizzazione”, prevista dalla Turco-Napolitano. Possono varcare legalmente le frontiere italiane solo se hanno già firmato un contratto, usufruendo della finestra annuale di ingresso per lavoro prevista ogni anno dal “decreto flussi”. La loro permanenza in Italia è vincolata al “contratto di soggiorno”, secondo una procedura che prevede formalmente la perdita del permesso di soggiorno nel caso di perdita del contratto di lavoro²⁵. Con la Bossi-Fini viene inoltre ristretta la cerchia dei familiari per cui è possibile chiedere il ricongiungimento. Novità importanti sono previste anche in materia di allontanamento dal territorio. La durata massima di permanenza nei Centri di permanenza temporanea è estesa da 30 a 60 giorni.

L'espulsione di uno straniero viene inoltre immediatamente eseguita tramite accompagnamento alla frontiera. Se l'espulsione non viene eseguita, se la persona non può essere rinchiusa in un Centro di permanenza temporanea o se sono stati superati i termini del trattenimento in un Cpt il questore emana un provvedimento con il quale allo straniero viene intimata l'espulsione nei 5 giorni successivi, pena l'arresto in caso di mancata ottemperanza. In tema di allontanamento è utile ricordare anche la possibilità, prevista dalla legge, di respingere in mare in acque extraterritoriali – previo accordo bilaterale con i Paesi limitrofi – le imbarcazioni con a bordo migranti. Rispetto al diritto di asilo la legge modifica l'organizzazione delle procedure con cui vengono valutate le domande dei richiedenti, superando la Commissione centrale unica e programmando l'insediamento delle Commissioni territoriali. Viene varato allo stesso tempo il sistema SPRAR per l'accoglienza dei richiedenti asilo, in collaborazione con gli enti locali.

La Bossi-Fini voleva mandare un segnale preciso di rigidità e di chiusura rispetto alle politiche migratorie. In merito alla rigidità, gli effetti della legge sul breve e sul lungo periodo si possono sintetizzare in una generale precarizzazione delle condizioni di vita e di lavoro degli stranieri, alle prese con un percorso a ostacoli ancora più faticoso del passato intriso di burocrazia, discrezionalità, dipendenza dai rispettivi datori di lavoro. Un percorso che ha generato una notevole oscillazione di lavoratori e lavoratrici dentro e fuori la regolarità, anche in presenza di occupazione.

25. Nel dibattito iniziale la consequenzialità del rapporto tra perdita del lavoro e perdita del diritto di soggiorno aveva un carattere più marcato di quanto poi effettivamente stabilito dalla legge, che prevede comunque delle finestre di disoccupazione e ricerca di lavoro in occasione della fine di un contratto o di un licenziamento.

Rispetto alla chiusura, l'obiettivo governativo non può dirsi in alcun modo raggiunto, perché la regolarizzazione che accompagnò la nuova legge determinò un afflusso senza precedenti di domande: 701.906 (accolte il 90,5%). Le regioni che dominano il panorama statistico sono Lombardia (159.151 domande) e Lazio (124.283), seguite da Campania (68.460) e Veneto (61.552). Passando alle tipologie di lavoro, prevalgono le richieste per lavoro subordinato (53%), seguite dal lavoro domestico (27%) e dall'assistenza (20%). Guardando invece alle nazionalità dei richiedenti, i primi gruppi rappresentati sono Romania (142.963 domande, il 20,4% del totale), Ucraina (106.633, il 15,2%), Albania (54.075, il 7,7%), Marocco (53.746, il 7,7%), Ecuador (36.591, 5,2%)²⁶. Rispetto ai dati già ricordati sui residenti al censimento del 2001, spiccano due novità importanti: l'immigrazione proveniente dall'Ucraina e quella proveniente dall'Ecuador.

Naturalmente un dato che colpisce per la sua rilevanza quantitativa è quello relativo ai rumeni, che da soli assorbono circa un quinto delle domande di regolarizzazione presentate.

5. La fase più recente

La crisi economica mondiale con cui si apre il 2008 inaugura per l'immigrazione in Italia una fase di transizione: un processo complesso, destinato a cambiare in profondità il contesto migratorio per via del suo intreccio indissolubile con le rapide e vorticose modifiche dei flussi migratori internazionali scaturite dai conflitti che esplodono nella zona del Medio Oriente e nel Nord Africa.

Possiamo inquadrare sinteticamente i principali elementi su cui si sono concentrati gli studi sul rapporto tra crisi economica e immigrazione, ricordando alcuni nodi salienti: il peggioramento delle condizioni di lavoro (mansioni, ritmi, precarietà); il nesso tra immigrazione e disoccupazione; l'aumento dell'emigrazione all'estero degli stranieri; l'avvio di una fase di drastica diminuzione del lavoro come motivazione per l'ingresso in Italia; le conseguenze dei tagli alla spesa sociale; la diminuzione delle rimesse²⁷.

Un primo effetto diretto del nuovo quadro economico si riscontra nell'aumentato numero di partenze verso l'estero sia di immigrati stranieri già residenti in Italia, sia di nuovi cittadini italiani con *background* migratorio. Numerose ricerche hanno inoltre evidenziato una più spiccata propensione da parte dei lavoratori stranieri licenziati o impiegati solo temporaneamente

26. Zucchetti E. (a cura di), *La regolarizzazione degli stranieri. Nuovi attori nel mercato del lavoro italiano*, FrancoAngeli, Milano, 2004.

27. Sacchetto D., Vianello F. (a cura di), *Navigando a vista. Migranti nella crisi economica tra lavoro e disoccupazione*, FrancoAngeli, Milano, 2013.

al centro-nord a spostarsi verso sud, alla ricerca di salario in settori quali l'agricoltura, ripercorrendo al contrario una rotta che in molti casi avevano già percorso al momento dei rispettivi arrivi in Italia²⁸.

Per contestualizzare gli effetti della crisi e le trasformazioni delle migrazioni in Italia, è utile soffermarsi sul tema delle rimesse. Se fino al 2009 i risparmi inviati all'estero dagli immigrati residenti in Italia erano cresciuti in modo significativo e apparentemente inarrestabile, proprio con la crisi ci troviamo di fronte a un panorama nuovo, caratterizzato non più da un andamento crescente ma da un andamento altalenante. Tra il 2009 e il 2010 riscontriamo un calo dell'ammontare annuale delle rimesse che aumentano leggermente nel 2011 per poi calare ancora e in modo più significativo nel 2013 e nel 2014, quando il dato annuale (5,3 miliardi di euro) si è attestato molto al di sotto del dato del 2007 (6 miliardi di euro), prima dell'inizio della crisi²⁹.

Gli effetti della crisi economica vanno valutati non solo all'interno dello scenario economico o del mercato del lavoro ma vanno compresi dentro una cornice più ampia. Alla luce di questo approccio ciò che emerge con forza è la diffusione di un processo di ulteriore precarizzazione delle condizioni di vita non solo dei migranti ma di tutta la popolazione in età attiva. Una precarizzazione che rende ancora più vulnerabili i soggetti perché non accompagnata da un sostegno sociale adeguato da parte del sistema di *welfare*, anzi si tratta di un processo che si evolve parallelamente al drastico calo della spesa sociale.

Nel mese di gennaio 2011 sulla scia dei nuovi conflitti che caratterizzano l'area sud del Mediterraneo l'Italia registra una impennata di arrivi via mare, soprattutto nell'isola di Lampedusa. Provengono principalmente dalla Tunisia, in conseguenza della crisi politica che da diversi mesi sconvolge il Paese. Sebbene siano un fenomeno noto sin dagli anni Novanta, soprattutto in Sicilia, Puglia e Calabria, gli arrivi via mare del 2011 mostrano sin da subito una connotazione diversa per la quantità di persone disposte a mettersi in viaggio alla volta dell'Italia a rischio della vita e per le condizioni estremamente difficoltose della traversata, effettuata su mezzi poco sicuri da organizzazioni criminali che guadagnano decine di migliaia di dollari per ogni viaggio. Nel solo 2011 sbarcano 64.261 persone, a fronte delle 4.406 del 2010³⁰. Si tratta di una im-

28. Perrotta D., "Il lavoro migrante stagionale nelle campagne italiane", in Colucci M., Gallo S. (a cura di), *L'arte di spostarsi. Rapporto 2014 sulle migrazioni interne in Italia*, Donzelli, Roma, 2014, pp. 21-38; Corrado A., Perrotta D., *Migranti che contano. Percorsi di mobilità e confinamenti nell'agricoltura del sud Italia*, «Mondi migranti», 3, 2012, pp. 103-128; De Filippo E., Morlicchio E., Strozza S., *Una migrazione nella migrazione. L'impatto della crisi sulla mobilità degli immigrati in Campania*, «Sociologia del lavoro», 131, 2013, pp. 222-238.

29. Fondazione Leone Moressa, *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione*, il Mulino, Bologna, 2015.

30. Anci, Caritas Italiana, Cittalia, Fondazione Migrantes, *Rapporto sulla protezione internazionale in Italia 2017*, Servizio centrale SPRAR, Roma, 2017.

pennata eccezionale, cui va affiancata la quantificazione dei numerosi morti durante il viaggio: circa 1.500 nel solo 2011.

L'andamento degli arrivi via mare oscilla di anno in anno: nel 2012 si riducono a 13.267, nel 2013 salgono a 42.925, in seguito aumentano ancora, diventando 170.100 nel 2014 e 153.842 nel 2015. Toccano il picco più alto nel 2016, con 181.436 arrivi, mentre nel 2017 scendono di nuovo a 119.247. Nel 2011 il 45% delle persone sbarcate è di nazionalità tunisina e ancora nel 2012 i tunisini figurano in testa alle statistiche anche se in modo meno prevalente rispetto all'anno precedente. A partire dal 2013 la situazione si modifica: i primi tre gruppi sono i siriani, gli eritrei e i somali; nel 2014 troviamo di nuovo i siriani e gli eritrei seguiti dai maliani; nel 2015 eritrei, nigeriani e somali; nel 2016 nigeriani, eritrei e guineani.

Parallelamente all'aumento degli arrivi via mare, registriamo un'impennata delle richieste di asilo politico che passano da 37.350 del 2011 a 123.482 del 2016. I nuovi flussi migratori legati alle traversate nel Mediterraneo sono dunque principalmente formati da persone che, una volta giunte in Italia, chiedono che sia riconosciuto loro lo *status* di rifugiato politico. Si apre quindi una stagione nuova, in cui il tema delle politiche migratorie risulta notevolmente schiacciato sulla legittimità, l'organizzazione, la necessità della protezione internazionale per i richiedenti asilo. Una delle caratteristiche più evidenti di questo nuovo scenario è il confronto attorno a un tema che aveva da tempo attirato l'attenzione degli studiosi e degli addetti ai lavori ma che entra improvvisamente in modo dilagante nel dibattito pubblico: la differenza tra migrazioni forzate e migrazioni economiche, le numerose sfumature delle definizioni, la rigidità delle normative al riguardo, la pressione per una interpretazione più precisa della categoria del richiedente asilo. Ma quali sono gli esiti delle domande? Se nel 2010 la percentuale di dinieghi raggiunge il 52,6%, nel 2012 si abbassa al 21,5%, per poi aumentare progressivamente: il 38,8% delle domande rifiutate nel 2013, il 39,2% nel 2014, il 58,4% nel 2015, il 61,3% nel 2016. La maggior parte delle richieste di asilo a partire dal 2015 viene quindi rigettata.

In Germania, dove il numero di domande pervenute è molto più alto, viene accettata una percentuale di richieste decisamente maggiore: nel 2016 vengono accolte il 68,8% delle 765.455 domande pervenute.

Lo scenario dei primi mesi del 2011 restituisce un contesto di profonda difficoltà da parte delle istituzioni italiane che si mostrano in affanno su più livelli. Ciò che accade a Lampedusa è esemplificativo di una generale paralisi nelle scelte e nel processo decisionale. L'isola è gremita di persone: migliaia di immigrati sbarcati fin dalle prime settimane di gennaio dormono per terra e vivono per strada arrangiandosi come possono. Qualsiasi programma di ricollocazione in Italia oltre Lampedusa è oggetto di proteste. Le ipotesi avanzate dal Governo italiano di riportare i migranti in Tunisia si scontrano con l'opposizione del Governo tunisino, appena insediatosi dopo la "rivoluzione dei

gelsomini”. La situazione è ancora più difficile con la Libia, dove a febbraio una insurrezione, rapidamente sfociata in guerra civile, ha scalzato il Governo di Gheddafi.

Sul piano internazionale, nel giro di poche settimane salta definitivamente quel sistema di accordi bilaterali che negli anni precedenti aveva garantito, almeno sulla carta, il controllo dei movimenti migratori nel Mediterraneo, attraverso espulsioni e contenimento dei flussi. Il Governo italiano decreta lo stato di emergenza nazionale, già adottato negli anni precedenti in molteplici occasioni in relazione ad arrivi ritenuti eccezionali di immigrati. Parallelamente, viene assegnato un permesso di soggiorno di tipo umanitario a tutti coloro che sono arrivati dal Nord Africa nel periodo gennaio-aprile 2011.

L’accelerazione degli arrivi nel 2011 e il successivo allargamento alla rotta del Mediterraneo orientale e ai Balcani hanno posto in maniera inedita rispetto al passato il tema della risposta europea alle migrazioni, in particolare alle migrazioni forzate e alla gestione delle domande di asilo.

Con il 2011 si apre una stagione di continui e frequenti conflitti in merito alle politiche migratorie tra gli stessi Paesi aderenti all’Unione europea.

Soffermandoci solo su quelli che hanno riguardato l’Italia, l’origine di questi conflitti è legata essenzialmente all’accordo di Dublino, con cui si stabilisce che gli aspiranti richiedenti asilo politico sono vincolati a presentare domanda nello Stato europeo di primo arrivo, nonostante emerga con chiarezza dai loro progetti migratori il desiderio di non fermarsi in Italia o in Europa meridionale. Da qui le accuse incrociate: gli Stati dell’Europa continentale accusano l’Italia di non svolgere la propria funzione di Paese di frontiera, permettendo a molti migranti di uscire dall’Italia. Di converso, il Governo italiano lamenta la difficoltà di gestire l’afflusso di immigrati senza la dovuta collaborazione degli altri Paesi europei. Il sistema europeo comune di asilo, approntato fin dagli anni Novanta a seguito della crisi jugoslava, mostra a partire dal 2011 tutti i suoi limiti, anche perché le procedure nazionali in tema di accoglienza restano diverse e molto difformi da Paese a Paese. Per capire le dimensioni dello scontro basta guardare alla progressiva militarizzazione delle frontiere tra i Paesi europei con lo schieramento di ingenti forze di polizia per scongiurare l’attraversamento del confine in uscita dall’Italia, soprattutto tra Italia e Francia e tra Italia e Austria, fino alla minaccia dell’uso dell’esercito alla frontiera tra Italia e Austria più volte adombrata dall’Austria a partire dal 2015.

Ma il confine terrestre non è l’unico ad aver attirato l’attenzione. Sin dal 2011, l’aumento delle imbarcazioni in viaggio verso l’Italia, l’altissimo numero di incidenti e di morti in mare, il dibattito sui salvataggi e sui mancati salvataggi da parte delle autorità italiane e da parte delle organizzazioni non governative hanno agito in modo convergente: il confine marittimo a sud dell’Italia è balzato al centro del dibattito italiano e internazionale. Dal punto di vista del coinvolgimento italiano si sono susseguite differenti fasi di intervento, culminate a partire dall’ottobre 2013 nell’allestimento dell’Operazione

Mare Nostrum, organizzata dalla Marina militare e dall'Aeronautica per il salvataggio in mare. L'operazione ha avuto una durata di un anno ed è stata seguita dall'Operazione *Triton* gestita da Frontex, il programma di controllo delle frontiere dell'Unione europea. Il numero complessivo di morti nel Mediterraneo durante i viaggi verso l'Europa è cresciuto in modo progressivo, passando secondo i dati dell'UNHCR da circa 1500 nel 2011 a circa 4700 nel 2016. Un episodio che ha rappresentato una cesura importante nell'evoluzione della vicenda è la strage di Lampedusa, avvenuta il 3 ottobre 2013, quando l'incendio e il naufragio di un peschereccio partito dalla Libia che si trovava a meno di un miglio di distanza dalle coste italiane ha provocato la morte di 368 persone.

L'insistenza sulla necessità di limitare i flussi migratori provenienti dalle coste dei Paesi nordafricani ha favorito da parte del Governo italiano, in accordo con i Paesi dell'Unione europea, un progressivo e articolato intervento nei contesti di transito situati in Medio Oriente e in Nordafrica.

Già gli accordi con la Libia del 2008 sottoscritti con l'allora presidente Gheddafi avevano previsto il finanziamento di politiche di blocco del transito di migranti, attraverso l'apertura di centri di detenzione direttamente in Libia. Nel 2016-2017 il Governo italiano ha raggiunto accordi con le diverse fazioni che controllano il territorio libico per una ulteriore stretta che ha sollevato molte critiche da parte delle organizzazioni umanitarie.

L'interventismo italiano si inserisce in una strategia più ampia di carattere europeo finalizzata al contenimento dei flussi. L'accordo sottoscritto tra UE e Turchia nel marzo 2016 ha rappresentato in questo senso il culmine di un lungo percorso, aspramente dibattuto (sia in Turchia sia in Europa) in modo analogo a quanto avvenuto per l'accordo tra Italia e Libia di pochi anni prima. La Turchia è stata infatti criticata per il trattamento nei confronti dei profughi in fuga dal conflitto siriano ed è uno Stato da molto tempo contestato per le discriminazioni perpetrate a danno della minoranza curda.

Negli anni successivi al 2011 una delle questioni più dibattute in merito alle politiche migratorie italiane è il tema della motivazione dei flussi e la conseguente risposta istituzionale in termini di accesso al diritto di soggiorno. Guardando all'evoluzione dei motivi che garantiscono il rilascio dei permessi di soggiorno nel quinquennio 2011-2016, possiamo osservare una complessiva trasformazione. Nel 2011, soffermandoci sui soli cittadini non comunitari, il 34,4% degli ingressi in Italia avviene attraverso permessi di soggiorno assegnati per lavoro, il 38,9% per motivi di famiglia, l'8,7% per motivi di studio e l'11,8% per asilo politico e protezione umanitaria.

Cinque anni dopo, nel 2016, la situazione è completamente diversa: il lavoro scende vertiginosamente al 5,7%, i motivi familiari aumentano al 45,1%, i motivi di studio restano stabili al 7,5% e l'asilo/protezione umanitaria tocca il 34,3% dei permessi di soggiorno totali (Istat 2012 e 2017). Il crollo dei permessi di soggiorno per lavoro e l'aumento di quelli legati all'asilo indicano una

tendenza che stimola una riflessione più complessiva sulle politiche migratorie adottate dall'Italia, che hanno sistematicamente ridotto tutte quelle finestre e quelle opportunità di regolarizzazione garantite da provvedimenti quali le sanatorie o tutti i tentativi di programmazione dei flussi quali i decreti annuali.

Guardando all'evoluzione delle politiche, ricordiamo che a partire dal 2011 anche il diritto di asilo viene sottoposto a continue e costanti restrizioni, culminate nell'emanazione del decreto Minniti-Orlando del 2017 e nei due successivi decreti Salvini (2018 e 2019). Collocando storicamente questa nuova stagione di governo dell'immigrazione non possiamo che sottolineare la rottura avvenuta a partire dal 2009, con il "pacchetto sicurezza" voluto dal terzo Governo Berlusconi e dal Ministro dell'interno Maroni. Se a partire dal 1986 l'immigrazione era stata affrontata a partire da iniziative legislative, il ciclo che si apre nel 2009 apre le porte a una stagione di interventi basati sul protagonismo dei vari Ministri dell'interno e sulla successione di decreti governativi che inseriscono l'immigrazione nel solco del tema della sicurezza.

Un altro argomento che ha dominato il confronto politico recente sull'immigrazione è stato la riforma della legge sulla cittadinanza, erroneamente e sbrigativamente definita "*ius soli*". Il tentativo di riformare la legge del 1992 sulla cittadinanza con norme più estensive per gli immigrati si era già arenato nella XVI legislatura (2008-2013). Sul finire della successiva legislatura però la campagna nazionale di sensibilizzazione "L'Italia sono anch'io" depositava una nuova proposta che aggregava una legge di iniziativa popolare e le precedenti bozze. Nella nuova legislatura veniva approvata dopo una lunga discussione la proposta di riforma all'interno di un provvedimento licenziato dalla Camera il 13 ottobre 2015.

Rispetto alle precedenti iniziative questa nuova riforma prevedeva anche il cosiddetto "*ius culturae*". Alla discussione alla Camera ha fatto seguito uno scontro durissimo tra i fautori della proposta e i contrari: gli stessi esponenti della maggioranza di Governo hanno di fatto scelto di non far approvare la riforma, tra la delusione delle associazioni legate alle seconde generazioni. Questo scontro si è prolungato per due anni, fino alla seduta del Senato del 23 dicembre 2017, l'ultima utile per approvare la riforma prima dello scioglimento delle camere e la fine della legislatura: la mancanza del numero legale ha impedito anche la votazione.

Le trasformazioni determinate dagli equilibri economici e dalla complessiva ridefinizione internazionale dei flussi rappresentano solo alcuni aspetti della congiuntura storica che caratterizza l'evoluzione dell'immigrazione straniera in Italia. Ma occorre allargare di più lo sguardo, iniziando da quegli indicatori che ci permettono di contestualizzare gli elementi di stabilizzazione nello sviluppo dell'immigrazione e le trasformazioni che si intravedono guardando ai dati più recenti.

Un primo terreno utile in questo senso è rappresentato dalla progressiva e dilagante crescita delle acquisizioni di cittadinanza italiana da parte di stra-

nieri residenti in Italia. Come abbiamo già osservato, la legge sulla cittadinanza in vigore ancora nel 2018 è la n. 91 del 1992. Nonostante l'impianto della legge sia stato individuato come notevolmente restrittivo verso gli immigrati residenti in Italia e i loro discendenti, il dato sulle acquisizioni di cittadinanza presenta un aumento impetuoso. Nei dieci anni compresi tra il 2006 e il 2016 le acquisizioni di cittadinanza italiana sono passate da 35.260 nel 2006 a 201.591 nel 2016: in questo periodo sono circa un milione in tutto gli stranieri residenti in Italia che sono diventati cittadini italiani³¹. Il dato è in controtendenza con ciò che avviene negli altri Paesi europei. Regno Unito, Spagna, Francia e Germania hanno ad esempio tra il 2013 e il 2015 conosciuto una sensibile diminuzione delle acquisizioni: nel 2015 l'Italia è stato lo Stato europeo con il maggior numero di nuove cittadinanze³².

Questi elementi segnalano il passaggio nella storia dell'immigrazione straniera in Italia a una fase in cui il fenomeno assume una maggiore maturità. In testa alle statistiche troviamo infatti i neocittadini italiani di origine albanese e marocchina che nel 2016 contano rispettivamente 36.920 e 35.212 unità, dimostrando il loro profondo radicamento sul territorio, già visibile ai censimenti del 2001 e del 2011.

Un altro fattore di stabilizzazione dell'immigrazione possiamo individuarlo nella costante centralità dell'istituto del ricongiungimento familiare come strumento per giungere in Italia. Negli anni compresi tra il 2011 e il 2016 i motivi familiari sono stati sempre in testa alle ragioni di attribuzione dei permessi di soggiorno a cittadini non comunitari: il 38,9% nel 2011, il 44,3% nel 2012, il 41,2% nel 2013, il 40,8% nel 2014, il 44,8% nel 2015, il 45,1% nel 2016. La persistenza della centralità dell'istituto del ricongiungimento balza agli occhi perché rappresenta di fatto l'unico elemento di continuità negli anni successivi al 2011.

Le novità degli ultimi anni non si fermano qui. Tra il 2011 e il 2017 la progressione annuale dei residenti stranieri in Italia con permesso di soggiorno conosce prima un rallentamento poi una battuta d'arresto. Tra il 2016 e il 2017 dopo una lunga fase di crescita dell'immigrazione straniera si scorge un calo o quantomeno una stabilizzazione.

Se guardiamo ai dati relativi ai rilasci annuali dei permessi di soggiorno a cittadini non comunitari notiamo un calo molto più evidente: nel 2011 vengono rilasciati 361.690 permessi, ma anno dopo anno la cifra cala fino a raggiungere i 226.934 permessi del 2016³³.

31. I dati sulla cittadinanza in Italia sono pubblicati dall'Istat: http://dati.istat.it/Index.aspx?DataSetCode=DCIS_ACQCITIZ&Lang.

32. I dati sulla cittadinanza in Europa sono pubblicati da Eurostat: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/it.

33. Per i dati annuali sui permessi di soggiorno si vedano le tabelle pubblicate dall'Istat: <http://dati.istat.it/index.aspx?queryid=19723>.

La complessiva congiuntura migratoria italiana conosce a partire dal 2011 una generale ridefinizione. Aumenta ad esempio in modo notevole l'emigrazione verso l'estero degli italiani: i 41.392 che cancellano la propria residenza per andare all'estero nel 2011 diventano 114.512 nel 2016. Enrico Pugliese ha definito l'Italia in questa fase come un "crocevia migratorio", in cui emergono con forza le diverse esperienze migratorie che hanno a che fare con la Penisola ma che prendono direzioni differenti³⁴.

All'interno della congiuntura più recente non dobbiamo dimenticare il tema delle partenze verso l'estero di cittadini stranieri residenti in Italia.

Non si tratta della semplice funzione di transito assolta tradizionalmente dall'Italia e dagli altri Paesi dell'Europa meridionale, poiché questi flussi riguardano solo in parte persone di recente arrivo: coinvolgono infatti intere famiglie, lavoratori e lavoratrici residenti già da tempo che, per varie ragioni, scelgono di muoversi. Questo flusso di emigrazione dall'Italia si affianca e si collega all'emigrazione di cittadini italiani. Nel 2017 l'Istat ha stimato in tutto circa 153.000 cancellazioni anagrafiche di persone che hanno trasferito all'estero la propria residenza: circa 40.000 riguardano cittadini stranieri. Nel 2015 e nel 2016 il dato è superiore: nel 2015 44.696 cancellazioni di residenza per l'estero di stranieri su un totale di 146.955, nel 2016 42.553 stranieri in partenza dall'Italia su un totale di 157.065. A partire dal 2011 il dato annuale sugli stranieri che cancellano la propria residenza per trasferirsi all'estero non è mai stato inferiore ai 30.000 all'anno. Tra il 2011 e il 2017 sono stati quasi 300.000 mila i cittadini stranieri che hanno scelto di trasferire la propria residenza all'estero. Nella letteratura scientifica questo fenomeno è definito *onward migration* e rappresenta una delle questioni più discusse nel panorama migratorio europeo legato alle conseguenze della crisi. A queste novità occorre aggiungere la centralità delle migrazioni interne ai confini nazionali, di cui sono protagonisti sia cittadini italiani sia cittadini stranieri.

A partire dal 2011 i dati disponibili ci indicano quindi il passaggio a una fase nuova dell'immigrazione straniera. L'Italia si caratterizza nello scenario più recente per un dinamismo migratorio davvero notevole, all'interno del quale fenomeni diversi quali immigrazione, emigrazione e migrazioni interne si accavallano e si sovrappongono continuamente. Non si tratta di una novità, poiché la combinazione di queste differenti esperienze migratorie ha rappresentato una peculiarità dell'Italia fin dagli anni Settanta del Novecento. Rispetto al ventennio della grande crescita migratoria (1991-2011), gli anni immediatamente successivi evidenziano però una tendenza in cui la stabilizzazione dei flussi di ingresso e l'aumento dei flussi in uscita determinano una situazione per certi versi inedita.

34. Fondazione Migrantes, *Rapporto italiani nel mondo 2017*, Tau, Todi, 2017; Pugliese E., *Quelli che se ne vanno. La nuova emigrazione italiana*, il Mulino, Bologna, 2018.

Il diritto dell'Unione europea e il fenomeno migratorio¹

di Chiara Favilli*

Sommario: 1. L'Unione nel labirinto, senza Dedalo. – 2. La potenziale straordinarietà del processo di integrazione europea e la politica dei piccoli passi. – 3. Quello che non c'è: la regolazione dell'immigrazione per motivi economici. – 4. Quello che c'è: la Fortezza Europa, – 4.1. I Ministri dell'interno degli Stati membri perno della politica europea di immigrazione e asilo, – 4.2. Dublino e Schengen: un caso di “folie à deux”?, – 4.3. La politica del contenimento dei flussi. – 5. Il rischio di riduzione del livello di tutela dei diritti fondamentali nella difficile costruzione del sistema europeo di asilo. – 6. Conclusioni.

1. L'Unione nel labirinto, senza Dedalo

I venti anni della rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza» coincidono con i venti anni trascorsi dall'attribuzione della competenza all'Unione europea in materia di immigrazione e asilo. Il Consiglio europeo e la Commissione avevano inaugurato il nuovo millennio tracciando le linee di sviluppo di entrambe le politiche di asilo e di immigrazione, con la giusta dose di ambizione e pragmatismo. Le istituzioni avevano così rafforzato la convinzione che avremmo assistito ad un percorso, sì complesso, ma tuttavia di certa e progressiva evoluzione. Tale percorso avrebbe reso l'Unione europea un nuovo attore delle politiche migratorie, rendendo le legislazioni degli Stati membri in questo settore non solo sempre più omogenee, ma anche idonee a gestire un fenomeno di dimensione globale e destinato a perdurare nei decenni a venire. Al contrario, quel percorso si è rivelato un labirinto dal quale l'Unione fatica ad uscire e che ne logora energie vitali per la sua stessa esistenza.

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

1. Il presente contributo il frutto della rielaborazione e dell'aggiornamento di vari scritti pubblicati negli ultimi tre anni sul tema della politica dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo.

I singoli elementi di questo percorso sono stati sistematicamente analizzati nelle pagine di questa rivista che ad esso continua a dedicare, senza soluzione di continuità, commenti, riflessioni e resoconti. Così sarà per gli anni a venire pur nella consapevolezza che se il motore dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo batte in testa non è per motivi tecnici, ma per motivi squisitamente politici e i responsabili siedono a Justus Lipsius, la sede del Consiglio europeo costituito dai rappresentanti dei Governi degli Stati membri.

Si ricorderà che la fuga dal labirinto di Creta è stata possibile grazie all'ingegno di Dedalo, che costruì ali saldate al suo corpo e a quello del figlio Icaro attraverso la cera. All'Unione manca ormai da troppo tempo l'ingegno di Dedalo e la sua capacità visionaria, quella che l'ha portato a guardare in alto quando era evidente che tutto intorno era senza uscita. Ma all'Unione manca anche lo slancio di Icaro che, se è vero che finì precipitato in mare, è anche vero che ciò è accaduto per l'entusiasmo di volare sempre più in alto, verso il sole. L'Unione, invece, rischia di fare la stessa fine di Icaro ma implodendo su se stessa, scavando nel labirinto piuttosto che tentare di spiccare il volo e guardarlo dall'alto.

2. La potenziale straordinarietà del processo di integrazione europea e la politica dei piccoli passi

Il diritto degli stranieri è tradizionalmente considerato una materia di stretta competenza nazionale, riflesso precipuo della sovranità statale². Non sorprende, dunque, che sul piano del diritto internazionale gli Stati siano considerati liberi di regolare l'ammissione e l'allontanamento dello straniero nel e dal proprio territorio, salvo i limiti derivanti dalle norme sul diritto d'asilo e sui diritti umani, oggi in gran parte codificate nella Carta europea dei diritti fondamentali³. L'approccio statocentrico non ha mai consentito di affermare un diritto all'immigrazione, nonostante sia invece riconosciuto il diritto all'emigrazione, vale a dire il diritto umano di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio⁴.

2. Corsi C., *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova, 2001; Savino M., *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano, 2012.

3. Si veda l'ampio studio sull'espulsione degli stranieri avviato nel 2004 dalla International Law Commission, in particolare il memorandum del segretariato della Commissione: A/CN.4/565 del 10 luglio 2006 in <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/565>. Per quanto riguarda l'Unione si veda lo studio di ECRE (2014), *The application of the EU Charter of Fundamental Rights to asylum procedural law*, in www.ecre.org; EUI (2017), *Actiones Handbook on the Techniques of Judicial Interactions in the Application of the EU Charter Module 5 – Asylum And Migration*, in www.eui.eu.

4. Art. 13, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti umani; art. 2, par. 2, del Protocollo n. 4 alla CEDU; art. 12, par. 2, del Patto sui diritti civili e politici. Cavasino E.,

L'assenza di regole internazionali sull'immigrazione consente di apprezzare la straordinarietà sotto questo profilo del processo d'integrazione europea⁵. Gli Stati membri hanno infatti per la prima volta acconsentito alla limitazione della propria sovranità per creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, garantendo la libera circolazione delle persone, attraverso l'eliminazione dei controlli alle frontiere interne ed il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne divenute, di fatto, comuni⁶.

In aggiunta, gli Stati membri hanno anche acconsentito a limitazioni di sovranità in materia di immigrazione intesa come regole sull'ingresso e il soggiorno dei cittadini di Paesi terzi nel territorio degli Stati membri e, dunque, nello spazio europeo di libera circolazione⁷. Una competenza molto ampia, che include le misure sui visti, sul controllo delle frontiere, sulle condizioni di immigrazione, soggiorno, allontanamento e sulla concessione dello *status* di protezione internazionale⁸.

“Ius migrandi e controllo delle frontiere”, in Militello V., Spena A. (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele e criminalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 69-86. Per una valorizzazione del diritto di emigrare si veda Ferrajoli L., *Il diritto di migrare. Il potere costituente di un nuovo ordine mondiale*, in www.chiesaditutticchiesadeipoveri.it; *Comitato delle regioni, Parere su Migrazione e Mobilità – Un Approccio Globale*, CIVEX-V-027, 18 luglio 2012.

5. Ne sono una conferma i modestissimi risultati conseguiti attraverso l'adozione nel 2018 dei *global compacts* sull'immigrazione e l'asilo nell'ambito delle Nazioni Unite, <http://refugeesmigrants.un.org>.

6. «Uno spazio territoriale costituito dai territori degli Stati membri, dove la libertà di circolazione deve essere goduta in condizioni di sicurezza e giustizia uguali per tutti». Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, §3. Si vedano anche l'art. 3, par. 2, del Trattato UE e l'art. 4, par. 2, lett. j), TFUE. A partire dal 1° dicembre 2009 la competenza in materia di immigrazione e asilo è collocata nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e in particolare nel Titolo V, rubricato “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” (artt. da 67 ad 89 del TFUE), il cui capo 2 è dedicato alle “Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione” (artt. 77-80) che segue il capo 1 sulle Disposizioni generali (artt. 67-76). Per l'analisi articolata delle disposizioni dei Trattati sia permesso il rinvio al nostro “Immigrazione (Diritto dell'Unione europea)”, *ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*. *Annali V*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 675-694. Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, § 3.

7. Bonetti P., *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea*, in Panzera C., Rauti A., Salazar C., Spadaro A., (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 143-250.

8. L'assetto delle competenze è risultante dalle norme dei Trattati, modificate da ultimo dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Il Titolo V è costituito da cinque capi: capo 1, *Disposizioni generali* (artt. 67-76); capo 2, *Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione* (artt. 77-80); capo 3, *Cooperazione giudiziaria in materia civile* (art. 81); capo 4, *Cooperazione giudiziaria in materia penale* (artt. 82-86); Capo 5, *Cooperazione di polizia* (artt. 87-89). *Immigrazione e politiche dell'Unione europea: dal Trattato di Roma alla Costituzione per l'Europa*, «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 2005, p. 205 ss.; Baratta R., *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, «Il Diritto dell'Unione Europea», 2008, p. 21 ss.

A questo risultato si è giunti attraverso fasi progressive, a partire da quella dei tre pilastri dell'era post-Maastricht, passando attraverso la fase intermedia post-Amsterdam e anche ricorrendo all'uso degli accordi internazionali, come la Convenzione di Schengen del 1985 ed il Trattato di Dublino del 1990, entrambi incorporati nell'ordinamento dell'Unione europea, ma solo grazie ad un'articolata applicazione differenziata⁹. In effetti, vi sono Paesi membri che non sono vincolati dalle norme UE, salvo una decisione contraria (Regno Unito e Irlanda); uno Stato membro che è vincolato solo a titolo di diritto internazionale (Danimarca); Stati terzi associati attraverso la conclusione di appositi accordi internazionali (Svizzera, Liechtenstein, Norvegia e Islanda).¹⁰ In sintesi, un'Europa a geometria variabile sia per gli Stati coinvolti sia per la natura giuridica dei vincoli esistenti.

Non è questa la sede per discutere sulla natura giuridica dell'Unione europea, ma è utile ricordare che essa, pur essendo un'organizzazione di nuovo tipo è pur sempre ancora una *species* del *genus* organizzazione internazionale. Ne è una conferma proprio lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ossia uno spazio territoriale integrato, che potrebbe essere visto come il territorio di un'organizzazione che ambisce a mutare geneticamente, perdendo le sembianze dell'organizzazione internazionale per vestire sempre di più quelle di una compagine statale. La realtà è però quella di un ibrido, nel quale l'ambizione a svolgere funzioni con un ruolo politico simile a quello di uno Stato cozza con la perdurante matrice genetica di un'organizzazione internazionale, che gli Stati non sembrano voler effettivamente abbandonare. Tant'è che anche tale spazio non è mai definito come il territorio dell'Unione, bensì come uno spazio costituito dall'insieme dei territori degli Stati membri. Analogamente, la cittadinanza dell'Unione, complementare e conseguente al possesso della cittadinanza nazionale, stenta a fondere i frammentati "popoli" in un unico "popolo".

D'altra parte, l'ambiguità è un tratto caratteristico del processo di integrazione dell'Unione, del quale per certo sappiamo che deve tendere verso una integrazione sempre più stretta tra i popoli, senza tuttavia che sia mai indicato in alcun documento o dichiarazione ufficiale quale natura giuridica l'Unione dovrà o dovrebbe assumere.

Come ogni organizzazione internazionale, anche per l'Unione si applica il principio di attribuzione delle competenze, in base al quale ogni sua azione

9. Sull'incorporazione della Convenzione di Schengen si v. Nascimbene B. (a cura di), *Da Schengen a Maastricht, Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziale e di polizia*, Giuffrè, Milano, 1995; *Id.*, *L'incorporazione degli accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del comitato parlamentare di controllo*, «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 1999, p. 731 ss.; Peers S., *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

10. Si vedano i Protocolli allegati ai Trattati ed in particolare il Protocollo n. 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed il Protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca.

deve trovare fondamento nei Trattati istitutivi (oggi il Trattato sull'Unione europea e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) e non può esorbitare dalle competenze espressamente attribuite dagli Stati attraverso i Trattati. Tale principio è così frequentemente reiterato nelle disposizioni dei Trattati, inclusa la Carta europea dei diritti fondamentali, al punto da creare “una sorta di mantra delle competenze” a difesa delle prerogative statali.

L'attribuzione della competenza, inoltre, non avviene per settori, ma per specifici ambiti. Così, anche quella di immigrazione e asilo non è definita in modo generico, ragione per cui l'Unione non può adottare qualsiasi atto idoneo a regolare tali fenomeni. Trattandosi di una competenza concorrente e non esclusiva, gli Stati membri rimangono titolari della competenza che verrà esercitata in base ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

L'Unione, in altre parole, deve sempre dimostrare la necessità della sua azione per conseguire un obiettivo altrimenti non raggiungibile autonomamente dai singoli Stati e che l'Unione invece può raggiungere in modo più efficace (sussidiarietà). Inoltre, ogni atto deve contenere solo i vincoli strettamente necessari a conseguire l'obiettivo perseguito (proporzionalità). Si consideri anche che il governo dell'immigrazione implica necessariamente l'attivazione di strumenti complessi e interdisciplinari, non solo quelli relativi al controllo delle frontiere, al rilascio dei visti e dei permessi di soggiorno o all'allontanamento di chi non è più gradito.

L'immigrazione, infatti, interseca ed è profondamente influenzata da politiche diverse ma strettamente correlate, quali quelle dell'occupazione, delle politiche sociali e dell'istruzione. Tutte politiche sulle quali l'Unione ha una mera competenza di sostegno e di coordinamento, ragione per cui sarebbe per l'Unione comunque arduo produrre una politica efficace in questo settore, anche se tutte le istituzioni e in particolare i Governi in seno al Consiglio agissero per far sì che tutte le potenzialità della competenza dell'UE fossero debitamente sfruttate. Al contrario, l'approvazione degli atti da parte delle istituzioni europee si è rivelata sempre molto difficile, forse più che in altri settori di competenza dell'Unione. In particolare, la tendenza all'interno del Consiglio ad approvare all'unanimità le proposte presentate dalla Commissione ha reso impossibile creare un'autentica politica comune non dipendente dagli interessi particolari dei singoli Stati, come definiti negli orientamenti politici del Consiglio europeo¹¹.

11. L'art. 68 del TFUE espressamente prevede che il Consiglio europeo definirà gli orientamenti strategici generali per la pianificazione legislativa e operativa nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La norma specifica in questo settore la competenza generale del Consiglio a definire gli orientamenti politici generali e a stabilire i successivi sviluppi normativi sulla base di una programmazione quinquennale. Sono stati così adottati i programmi di Tampere (1999-2004); dell'Aja (2004-2009), di Stoccolma (2009-2014) e il programma 2014-2019. Quello successivo dovrebbe essere adottato dal Consiglio nel primo semestre del 2020.

Inoltre, scioltosi come neve al sole il c.d. spirito di Tampere¹², il programma normativo in questa materia si è sviluppato attorno alla priorità del contrasto al terrorismo ed alla criminalità internazionale, influenzando il contenuto di tutte le altre misure, specialmente quelle relative all’asilo e all’immigrazione. La stessa Commissione ha dovuto ben presto constatare che «il livello di ambizione iniziale è stato limitato da costrizioni di tipo istituzionale, ma talvolta anche da un consenso politico insufficiente. La politica dei piccoli passi è stata la sola alternativa possibile per progredire»¹³.

3. Quello che non c’è: la regolazione dell’immigrazione per motivi economici

Con la pubblicazione della prima comunicazione recante le linee generali di sviluppo della politica di immigrazione¹⁴, la Commissione aveva elaborato un proprio orientamento, prevalentemente basato su un approccio pragmatico. La Commissione europea ha infatti più volte ribadito che la politica migratoria è necessaria per gestire un fenomeno destinato a continuare nel tempo, sia per le condizioni geopolitiche dei Paesi di origine, sia per le esigenze della stessa Unione europea, caratterizzata da un calo demografico che deve essere colmato per mantenere e possibilmente accrescere il benessere economico dell’Unione. La Commissione ha più volte affermato che l’immigrazione non può essere contrastata ma che, al contrario, deve essere adeguatamente regolata¹⁵. Di conseguenza, la Commissione nel 2001 aveva presentato la proposta di Direttiva

12. Nel già citato Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 dicembre 1999, il primo dopo l’entrata in vigore. In particolare, si affermò, tra l’altro, che la libertà, tipica dello spazio europeo, costituisce un motivo di attrazione per tutte quelle persone che altrove non possono godere di analoga libertà e che «l’obiettivo è un’Unione aperta, sicura, pienamente impegnata a rispettare gli obblighi della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati e di altri importanti strumenti internazionali per i diritti umani e capace di rispondere ai bisogni umanitari con la solidarietà».

13. COM(2004)401 del 2 giugno 2004, *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: bilancio del programma di Tampere e nuovi orientamenti*, p. 5.

14. Comunicazione COM(2000)757 del 22.11.2000 *su una politica comunitaria in materia di immigrazione*, commentata in «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», *La comunicazione della Commissione europea su una nuova politica in materia di immigrazione: prime riflessioni*, 2001, pp. 54-70. La Commissione muoveva dalla constatazione che l’immigrazione, essendo un fenomeno costante, non possa essere contrastato ma che, al contrario, vada adeguatamente regolato in modo da poterne trarre i massimi benefici; in aggiunta, secondo la Commissione le politiche di immigrazione “zero” adottate dai Paesi europei nei precedenti trenta anni non erano più adeguate considerando anche che l’andamento demografico dei Paesi dell’Unione europea e la crescente carenza di forza lavoro qualificata e non qualificata comportavano una sempre maggiore richiesta di lavoratori cittadini di Paesi terzi.

15. *Comunicazione sulla migrazione* COM(2011)248 del 4 maggio 2011.

sull'ingresso per motivi di lavoro¹⁶, che mirava a regolare in modo organico l'ingresso e il soggiorno dei migranti c.d. economici, addirittura prospettando la possibilità di ingresso per ricerca di lavoro. Tuttavia, tale proposta non è mai stata approvata: lasciata in un binario morto, è stata poi definitivamente ritirata nel 2005, alla luce della netta opposizione dei Governi e delle mutate priorità nella realizzazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia concordate a partire dalla fine del 2001¹⁷.

Addirittura, nel Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo del 2008, si affermava «che spetta a ciascuno Stato membro decidere le condizioni di ammissione sul suo territorio dei migranti legali e fissarne, se del caso, il numero»¹⁸. In effetti, non essendo mai stata adottata una normativa europea di disciplina dell'immigrazione per motivi di lavoro, gli Stati hanno mantenuto una quasi totale discrezionalità in materia. Tuttavia, l'Unione potrebbe legiferare anche in questo ambito, limitando gli spazi di autonomia statale a seconda del tipo di atto adottato e del suo contenuto, con l'unico limite dato dalla determinazione del volume di ingressi di cittadini provenienti da Paesi terzi allo scopo di cercare un lavoro dipendente o autonomo (art. 79, punto 5, del TFUE).

Abbandonata ogni prospettiva di realizzare un'autentica politica europea in materia di immigrazione per motivi economici, la visione complessiva del fenomeno migratorio da parte della Commissione si è via via appiattita sulle posizioni del Consiglio europeo e del Consiglio¹⁹. Essa ha dunque finito per proporre alcune normative che potremmo definire di contorno del fenomeno, ad impatto minimo sulla gestione dei flussi²⁰.

Inoltre, mentre negli ordinamenti nazionali la normativa sull'immigrazione è costituita da una legislazione organica, talvolta completata da disposizioni specifiche o di attuazione, le istituzioni dell'Unione europea hanno invece optato per l'adozione di disposizioni settoriali, volte a disciplinare singoli segmenti della condizione giuridica dello straniero, come il ricongiungimento

16. *Proposta di direttiva relativa alle condizioni d'ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo*, COM(2001)386 dell'11 luglio 2001, in GUUE C332E del 27 novembre 2001, 248-256.

17. Il nuovo corso fu allora segnato dalla presentazione del *Libro verde sull'immigrazione per motivi economici*, in seguito al quale è stato adottato un Piano d'azione sull'immigrazione legale che è stato poi sostanzialmente confermato con il Programma di Stoccolma approvato a dicembre 2009. *Libro verde sull'approccio dell'Unione europea alla gestione della migrazione economica*, COM(2004)811 dell'11 gennaio 2005, al quale è seguito il *Piano d'azione sull'immigrazione legale*, COM(2005)669 del 21 dicembre 2005.

18. *Patto europeo sull'immigrazione e asilo*, approvato dai Capi di Stato e di Governo il 16.10.2008.

19. Si veda da ultimo l'Agenda europea per la migrazione che ha contraddistinto l'orientamento della Commissione Juncker in questa materia. COM(2015)240 del 13 maggio 2015.

20. Amadeo S., Spitaleri F., *Il Diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2019.

familiare o l'allontanamento, i diritti dei residenti di lungo periodo o il rilascio dei visti di breve durata. Se questo metodo ha consentito di attenuare i contrasti tra gli Stati, permettendo negoziazioni su aspetti specifici onde pervenire ad un compromesso accettabile, è indubbio che il quadro generale ne abbia risentito negativamente, anche solo considerando la coerenza della politica in questo settore, potendo i singoli negoziati sfociare in scelte dettate esclusivamente dalla situazione contingente, piuttosto che dalla ricerca della soluzione più adeguata alla disciplina della fattispecie.

Tutti questi profili di criticità e la necessità che l'Unione intervenga in modo innovativo per regolare la politica di immigrazione sono stati a più riprese sottolineati non solo dal mondo accademico, ma dalle stesse istituzioni, inclusa la Commissione che ha approvato il 29 marzo 2019 un corposo "controllo di qualità" della legislazione, già preannunciato nel 2013 e volto a verificare l'attualità della necessità degli atti UE adottati in questa materia e l'individuazione di misure volte a colmare le lacune o a superare le criticità riscontrate²¹. Analogamente ha fatto il Parlamento europeo con un altrettanto corposo studio su *The Cost of Non-Europe in the Area of Legal Migration*²², nonché il Comitato delle Regioni con il parere *I costi della non immigrazione e non integrazione* adottato il 12 dicembre 2018²³.

Sono studi che meritano di essere diffusi e analizzati attentamente, perché hanno il pregio di offrire analisi e dati oggettivi in una materia troppo spesso trattata senza approccio scientifico e rimessa agli umori politici di improvvisati avventori dei palazzi di governo. Sono anche l'ennesima conferma del fatto che tutte le istituzioni europee hanno invocato l'esigenza di una diversa politica europea di immigrazione, senza tuttavia che il Consiglio europeo e il Consiglio abbiano mai voluto assecondare tali richieste.

È dunque ormai pacifico che l'incapacità dell'Unione di produrre una politica credibile del governo del fenomeno migratorio sia diretta responsabilità dei Governi degli Stati membri.

4. Quello che c'è - la fortezza Europa

4.1. I Ministri dell'interno degli Stati membri perno della politica europea di immigrazione e di asilo

In parallelo alla mancata adozione di un atto europeo sull'immigrazione per motivi di lavoro, gli Stati hanno autonomamente e gradualmente ridotto i

21. Commissione europea, *Fitness check on EU Legislation on legal migration*, SWD(2019)1055 del 29 marzo 2019.

22. Parlamento europeo, *The Cost of Non-Europe in the Area of Legal Migration*, marzo 2019.

23. Comitato delle regioni, *I costi della non immigrazione e non integrazione*, doc. 2019/C 110/01 del 12 dicembre 2018.

canali di ingresso regolare, inclusi quelli per motivi familiari. Questo ha reso l'ingresso irregolare, eventualmente con successiva richiesta di protezione internazionale, uno dei pochi modi per entrare e rimanere nello spazio europeo.

Così, il controllo delle frontiere e il diritto d'asilo sono diventati gli assi portanti della politica migratoria europea, a livello sia statale sia dell'Unione, anche a causa di una certa prevalenza di funzionari dei Ministeri dell'interno nelle istituzioni ed organismi dell'Unione competenti per l'esercizio di tali politiche²⁴. In particolare, a livello di Unione europea tutte le misure rilevanti sono discusse e adottate in seno al Consiglio Giustizia e affari interni, nella sessione dedicata agli affari interni e sovente sotto stretta «direzione» del Consiglio europeo²⁵. Non sorprende dunque che gli unici avanzamenti in materia di armonizzazione siano stati conseguiti relativamente agli strumenti di controllo dello Spazio territoriale europeo. Uno spazio presidiato ancora dalle polizie di frontiera nazionali che applicano però regole comuni e che “convivono” con una Guardia di frontiera e costiera europea, il cui Regolamento è stato l'unico ad essere approvato tra le diverse misure legislative proposte durante la crisi dei migranti e richiedenti asilo²⁶. L'agenzia Frontex risulta potenziata in termini sia di organico sia di competenze, arrivando ad essere dotata entro il 2027 di un corpo operativo di diecimila persone, tra risorse proprie e distaccate dagli Stati membri.

L'Agenzia, oltre ad avere incorporato il meccanismo di controllo previsto dal Regolamento Eurosur²⁷, potrà anche intensificare la propria azione di supporto alle operazioni di rimpatrio degli Stati membri su richiesta di questi ultimi, nonché concludere accordi con Paesi terzi non limitati solo alla definizione di operazioni congiunte con Paesi confinanti con l'Unione²⁸. In questo

24. Campesi G., *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, DeriveApprodi, Roma, 2015.

25. Fanno eccezione alcuni aspetti della dimensione internazionale di queste politiche, di cui si dirà più avanti e che sono in parte discusse e decise nell'ambito del Consiglio affari esteri, presieduto dall'Alto rappresentante per gli affari esteri e la sicurezza comune.

26. Regolamento n. 2016/1624 del 14 settembre 2016 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio, in GUUE 16.9.2016 L 251/1. Savino M. (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; Tonoletti B., *Catastrofe e rendenzione del diritto pubblico europeo*, in Cortese F., Pelacani G. (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 55-106.

27. Regolamento n. 1052/2013 del 22 ottobre 2013, *che istituisce il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (Eurosur)*, OJ L 295 del 6 novembre 2013, pp. 11-26.

28. *Piano d'azione dell'UE sul rimpatrio*, COM(2015)453 del 9 settembre 2015; Raccomandazione (UE) 2017/2338 della Commissione del 16 novembre 2017 *che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio*, in GUUE L 339 del 19 dicembre 2017, pp. 83-159.

modo, gli Stati membri e l'Unione intendono perseguire una più efficiente politica di rimpatri, ritenuta insoddisfacente dato il tasso di allontanamenti non effettivamente eseguiti²⁹.

Strettamente connessa al controllo delle frontiere è la politica dei visti, il cui rilascio è ancora di competenza delle rappresentanze diplomatiche dei Paesi membri che applicano, quando si occupano dei visti di breve durata, il Codice visti³⁰. Attraverso questo segmento fortemente armonizzato delle politiche europee, si è realizzata negli ultimi vent'anni una stupefacente cooperazione operativa, anche attraverso la creazione di banche dati interoperabili e consultabili dalle rappresentanze diplomatiche, così come dalle autorità di polizia sia di frontiera sia di pubblica sicurezza di ciascuno Stato membro³¹. È stato acutamente osservato che la limitazione di sovranità degli Stati, determinata dall'adozione di norme comuni in questo settore, è stata ampiamente compensata dall'apertura di ampi spazi d'azione a favore dei Governi degli Stati ed in particolare dei funzionari dei Ministeri degli interni, sia per l'accesso ad un'enorme quantità di dati, sia per la partecipazione ai Comitati in seno al Consiglio dell'Unione europea e al Consiglio d'amministrazione di Frontex. Una prevalenza della dimensione governativa che è rimasta anche dopo l'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ordinamento dell'Unione europea, senza una significativa attenuazione neanche dopo che il Parlamento europeo ha acquisito funzioni di controllo che, però, non si estendono alla definizione degli indirizzi politico-amministrativi e delle strategie operative dell'Agenzia.

Anche in un ambito nel quale forte è l'armonizzazione e, dunque, la limitazione di sovranità statale, i Governi risultano avere un ruolo prevalente rispetto alle istituzioni europee. Diviene dunque necessario perlomeno attivare

29. Direttiva 2008/115/UE del 16 dicembre 2008 *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, in GUUE L 348 del 24.12.2008, p. 98; Raccomandazione n. 2017/2338 della Commissione del 16 novembre 2017 *che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio*; Raccomandazione (UE) 2017/432 della Commissione, del 7 marzo 2017, *per rendere i rimpatri più efficaci nell'attuazione della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio*, GUUE L 66 dell'11.3.2017, p. 15; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio per una politica dei rimpatri più efficace nell'Unione europea – Un piano d'azione rinnovato COM(2017) 200, del 2.3.2017.

30. Regolamento n. 810/2009 del 13 luglio 2009, *che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti)*, GUUE L 243 del 15.9.2009, 1-58. Il Regolamento è stato modificato nel 2019, con l'adozione del Regolamento n. 2019/1155 del 20 giugno 2019, *recante modifica del regolamento (CE) n. 810/2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti)*, GUUE L 188 del 12.7.2019, 25-54.

31. Ci si riferisce al Sistema informatico Schengen, al Sistema informatico Visti e alla banca dati Eurodac, connessa al Regolamento Dublino; Vavoula N., *The 'Puzzle' of EU Large-Scale Information Systems for Third-Country Nationals: Surveillance of Movement and Its Challenges for Privacy and Personal Data Protection*, October 9, 2019. Forthcoming, *European Law Review*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3466766>.

efficaci strumenti di controllo, così da garantire che lo spostamento di una funzione a livello di Unione europea non determini l'assenza di controlli democratici, rendendo l'azione del potere governativo più libera di quanto non sarebbe se si svolgesse ancora solo nell'ambito delle competenze dello Stato e attraverso la cooperazione internazionale.

4.2. *Dublino e Schengen: un caso di “folie à deux”?*

Nell'ordinamento dell'Unione europea non esiste alcun diritto in capo ai cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti di circolare e soggiornare in un altro Stato membro, se non per un periodo massimo di novanta giorni.

Ciò vale per tutti i cittadini di Paesi terzi, qualunque sia il loro *status*.

Addirittura, anche in base alla Direttiva sui lungo soggiornanti, i cittadini che ottengono tale *status* possono soggiornare in un altro Stato membro solo se soddisfano i requisiti e le condizioni stabilite dagli Stati membri, vale a dire in base alle norme sull'ingresso e il soggiorno dei cittadini di Paesi terzi³². Come noto, nell'ambito del diritto di asilo, la regola assume una rilevanza primaria, dato che è principio consolidato che non vi sia alcun diritto di scegliere lo Stato UE dove richiedere protezione internazionale e che, una volta individuato lo Stato competente, non vi possano essere movimenti interni all'area Schengen, i c.d. movimenti secondari. In particolare l'obiettivo del contrasto dei movimenti secondari è divenuto centrale e talvolta prevalente nella politica di asilo europea, pur senza essere in alcun modo menzionato nei Trattati e pur essendo oggettivamente inconciliabile con l'eliminazione dei controlli alle frontiere interne realizzata attraverso il sistema Schengen. In un'area di libera circolazione e con notevoli differenze tra i sistemi di *welfare* e del lavoro degli Stati membri, se anche infatti vi fosse una piena armonizzazione dei sistemi di asilo, i movimenti ci sarebbero lo stesso, essendo determinati in gran parte dal sistema Paese nel suo insieme (*welfare* e prospettive occupazionali) e non solo dai sistemi di asilo nazionali³³.

Come noto, baluardo del divieto dei movimenti secondari è il Regolamento Dublino recante i criteri per determinare lo Stato membro competente per esaminare le richieste di protezione internazionale che, in mancanza di un diritto di circolazione e soggiorno anche a favore dei beneficiari di protezione internazionale, diviene lo Stato dove il richiedente asilo dovrebbe rimanere per sempre³⁴.

32. Direttiva del 23 gennaio 2004, in GUUE L 16, del 23 gennaio 2004: 44-53. lo *status* viene riconosciuto a coloro che risiedono regolarmente per un periodo consecutivo di cinque anni.

33. Brekke J.P., Brochmann G., *Stuck in Transit: Secondary Migration of Asylum Seekers in Europe, National Differences, and the Dublin Regulation*, «Journal of Refugees Studies», 2, 2015, pp. 145-162.

34. Tali regole, originariamente parte integrante della Convenzione di Schengen, sono confluite nella Convenzione internazionale sullo Stato membro competente, firmata tra

Nonostante la Convenzione sia stata sostituita nel 2003 da un regolamento dell'Unione, modificato da ultimo nel 2013, il sistema non è stato mai sostanzialmente cambiato³⁵. È come se l'*imprinting* internazionale abbia condizionato il contenuto e lo sviluppo della disciplina, senza che l'avvento dell'Unione e la creazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia abbiano modificato l'ordine delle priorità, imponendo la modifica delle norme vigenti. In particolare, invariati sono i criteri di determinazione dello Stato competente, tra i quali spicca quello di primo ingresso irregolare nell'UE³⁶. Sebbene i dati dimostrino che anche gli Stati di frontiera interna dell'Unione registrino un numero elevato di richieste di protezione internazionale, la rigidità dei criteri e la loro applicazione concreta hanno contribuito negli anni a creare forti tensioni tra gli Stati membri³⁷.

D'altra parte, grave è stata la mancata cooperazione degli Stati di frontiera esterna, inclusa l'Italia, nell'identificazione dei richiedenti asilo, uno dei presupposti affinché il criterio di applicazione prevalente, quello dello Stato di primo arrivo, possa effettivamente essere applicato³⁸.

L'identificazione è obbligo correlato del Regolamento Dublino, sancito dal Regolamento Eurodac che consente di confrontare le impronte digitali per verificare se il richiedente ha precedentemente presentato domanda di asilo in un altro Paese dell'UE o se comunque è transitato da tale Stato, radicando in esso la competenza, con certezza e rapidità.

i 12 Stati membri dell'allora Comunità europea, incluso il Regno Unito, e meglio nota come Convenzione di Dublino 1990. Il capitolo VII del titolo II dell'Accordo di Schengen recava proprio i criteri per determinare lo Stato competente per l'esame delle domande d'asilo, poi confluiti nella Convenzione sulla determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee, firmata a Dublino il 15 giugno 1990 ed entrata in vigore nel 1990, GUCE 19 agosto 1997 C 254.

35. La Convenzione di Dublino è stata "comunitarizzata" con il Regolamento 343/2003, per questo comunemente denominato "Regolamento Dublino II", GUCE 25 febbraio 2003 L 50, p. 1 ss. A questo ha fatto poi seguito il c.d. Regolamento 604/2013, detto «Dublino III», del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati, GUUE 29 giugno 2013 L 180, pp. 31-59.

36. Corte di giustizia dell'Unione europea, 26 luglio 2017, C-646/16, *Jafari*.

37. Si vedano i dati pubblicati dall'EASO a partire dal 2010, www.easo.europa.eu.

38. Si consideri che in Italia nel 2014 a fronte dei circa 160.000 arrivi erano state identificate circa 90.000 persone, con un parallelo aumento dei flussi verso i Paesi del Nord Europa. La Commissione aveva anche avviato il 10 dicembre 2015 la procedura d'infrazione n. 2015_2203 contro l'Italia per la *Non corretta attuazione del Regolamento (UE) 603/2013 EURODAC relativo alla rilevazione di impronte digitali*, poi chiusa alla luce delle rilevanti modifiche introdotte dal Governo. Si veda il documento della Commissione sulle buone prassi esistenti nei Paesi membri: *Non-Paper for SCIFA on Best Practices for Upholding the Obligation in the Eurodac Regulation to Take Fingerprints*, 13 ottobre 2014.

A dispetto della centralità e della rilevanza ad esso attribuita dai Governi UE, il sistema Dublino non ha mai funzionato, neanche in quei periodi di relativa *calma*, quando il numero dei richiedenti protezione internazionale era limitato, soprattutto se comparato con il numero dei migranti c.d. economici³⁹. Come prevedibile, la piena realizzazione dell'area di libera circolazione ha poi favorito i movimenti secondari, sebbene essi fossero già presenti tra gli Stati europei anche prima dell'avvento di Schengen⁴⁰. Tuttavia, essi sono stati tollerati fino a quando il loro numero era considerato sostenibile. Arrivata poi la *tempesta*, il sistema è letteralmente collassato, anche per alcune pronunce della Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) con le quali sono stati condannati quegli Stati membri che, in esecuzione del Regolamento Dublino, avevano proceduto a trasferimenti verso la Grecia e l'Italia senza verificare l'esclusione di un rischio di violazione dei diritti garantiti nella Convenzione, *in primis* dell'art. 3⁴¹. Nonostante il tentativo della Corte di giustizia dell'Unione europea di avvalorare una peculiarità dei rapporti *intra*-UE anche in relazione al rispetto delle garanzie derivanti dalla CEDU, la Corte di Strasburgo ha ribadito il proprio consolidato orientamento in materia di allontanamento delle persone da uno Stato ad un altro, al quale non si sottraggono neanche i trasferimenti tra Stati UE in applicazione del Regolamento Dublino⁴².

39. Un sistema complesso che si è rivelato lentissimo e altamente inefficiente. Inequivocabili sono i dati sulle effettive riconsegne tra Stati membri dei richiedenti asilo e dei beneficiari della protezione internazionale, in ottemperanza ai criteri e alle regole procedurali ivi stabilite: solo circa l'8% delle richieste di trasferimento accettate è effettivamente eseguito. Commissione europea, *Evaluation of the Dublin III Regulation. Final report*, 4 dicembre 2015, p. 6; si veda anche il rapporto CIR, *Dublin II Regulation. Lives on Hold. European Comparative report*, febbraio 2013, www.refworld.org, spec. par. 3.1.

40. L'esigenza di determinare lo Stato competente ad esaminare le domande di protezione internazionale è emersa tra gli Stati del Consiglio d'Europa già negli anni Ottanta, a prescindere dunque dalla creazione di un'area di libera circolazione delle persone. Allora, infatti, l'obiettivo principale era quello di ridurre il fenomeno dei rifugiati «in orbita», circolanti tra uno Stato e l'altro senza che vi fosse certezza su chi dovesse essere lo Stato competente. Già in tale ambito si affermò ben presto anche l'esigenza degli Stati di limitare il numero di richiedenti asilo rientranti nella propria giurisdizione; si v. Hurwitz, A., *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, 2009, Oxford University Press, Oxford, pp. 26-30. Le prospettive di rilancio del processo d'integrazione europea di fatto interruppero i lavori in seno al Consiglio d'Europa, i cui progetti di accordi non sono mai entrati in vigore.

41. Si vedano i c.d. "*Dublin cases*", così denominati dal servizio di comunicazione della Corte EDU, www.echr.coe.int/Documents/FS_Dublin_ENG.pdf.

42. La CGUE dopo alcune pronunce difformi, sembra essersi allineata all'orientamento della Corte EDU. Si veda CGUE, sentenza del 16 febbraio 2017, C-578/16, *CK*; 7 giugno 2016, C-63/15, *Ghezlbash*; 7 giugno 2016, C-155/15, *Karim*. Si vedano anche le sentenze del Tribunale amministrativo federale svizzero E-1998/2016 del 21 dicembre 2017 ed E-962/2019 del 17 dicembre 2019, che hanno accolto, sulla scia delle sentenze della Corte EDU, il ricorso volto a contestare l'applicazione dei criteri del Regolamento Dublino. Sempre sul sindacato giurisdizionale relativamente ai c.d. *trasferimenti Dublino* e all'applica-

La già conclamata crisi del sistema Dublino si è così propagata anche al sistema Schengen, con alcuni Stati membri che a partire dal 2015 hanno ripristinato i controlli alle frontiere interne, seguiti anche dagli Stati della rotta balcanica fuori dell'area Schengen, i quali hanno annunciato e poi praticato il blocco del transito nei loro territori ai migranti e ai richiedenti asilo⁴³. È stato anche evidente che gli Stati membri avrebbero preferito rinunciare alla libera circolazione delle persone pur di non ammettere più un migrante, inclusi i richiedenti asilo. Uno scenario, questo, con un impatto negativo su tutto lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e che sarebbe stato devastante per il processo d'integrazione europea, già fortemente indebolito⁴⁴. In questo contesto si collocano la proposta di modifica del Codice frontiere Schengen per rendere ancora più flessibile la reintroduzione dei controlli alle frontiere interne, anch'essa non approvata nella legislatura 2014-2019⁴⁵, nonché le decisioni sulla ricollocazione delle persone in evidente bisogno di protezione internazionale adottate nel settembre 2015⁴⁶.

L'aspetto più innovativo delle decisioni è stata la definizione di quote obbligatorie, individuate attraverso criteri oggettivi, per trasferire i richiedenti protezione internazionale tra gli Stati membri dando concreta applicazione al principio di solidarietà tra gli Stati membri di cui all'art. 80 TFUE⁴⁷. Tuttavia,

zione della c.d. clausola di sovranità si v. CGUE, 25 gennaio 2018, C-360/16, *Hasan*; 19 marzo 2019, C-163/17, *Jawo*; 2 aprile 2019, C-582/17, *H*; 23 gennaio 2019, C-661/17, *MA*; 6 giugno 2013, C-648/11, *MA*.

43. Commissione europea, *Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 et seq. of the Schengen Borders Code*, disponibile su www.ec.europa.eu/dgs/home-affairs. https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf. Si veda anche la Decisione di esecuzione (UE) 2016/894 del Consiglio del 12 maggio 2016, recante una raccomandazione per un controllo temporaneo alla frontiera interna in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen, GUUE L 151 del 8.6.2016, pp. 8-11. Peers S., *Can Schengen be suspended because of Greece? Should it be?*, in *Eu law analysis*, 2 dicembre 2015. Camilli A., *Una nuova crisi umanitaria in Bosnia riapre le ferite della guerra*, «Internazionale», 5.11.2019.

44. European Parliament Research Unit, *"The Cost of non-Schengen. Impact of border controls within Schengen on the Single Market"*, aprile 2016.

45. COM(2017)751 del 27 settembre 2017 *che modifica il regolamento (UE) 2016/399 per quanto riguarda le norme applicabili al ripristino temporaneo del controllo di frontiera alle frontiere interne*.

46. Decisione 2015/1523 del Consiglio, del 14 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, in GUUE n. L 239 del 15.9.2015, p. 146; decisione 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, in GUUE n. L 248 del 24.9.2015, p. 80.

47. Vanheule D., van Selm J., Boswell C., *L'attuazione dell'articolo 80 del TFUE sul principio di solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità, anche sul piano finanziario, tra gli Stati membri nel settore dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immi-*

invece di alleviare l'onere dell'accoglienza in Grecia e in Italia, esse hanno causato un aumento netto dei richiedenti asilo in tali Paesi, come dimostra la tragica e disumana situazione dei migranti trattenuti nelle isole greche che rimarrà una delle macchie indelebili della storia di tutti i Paesi europei e dell'Unione europea⁴⁸.

Tramite di esse, infatti, i Governi del nord Europa e la Commissione sono riusciti ad imporre all'Italia e alla Grecia l'esecuzione dell'obbligo di identificazione dei migranti irregolari e dei richiedenti asilo, già vigente ma largamente disatteso per la mancanza di interesse da parte dell'Italia a tracciare il passaggio nel nostro Paese di chi vuole solo attraversarlo per raggiungere un'altra meta europea⁴⁹. Ne è derivata la creazione di strutture di accoglienza e prima accoglienza gestite secondo l'approccio *hotspots*, ossia centri chiusi per assicurare l'efficace realizzazione delle procedure di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali⁵⁰.

Era dunque prevedibile che, scaduto il termine della loro applicazione⁵¹, date le divisioni tra gli Stati e la scarsa utilità rispetto allo scopo per il quale erano state previste, la Commissione abbia abbandonato questo strumento ed abbia presentato una proposta di modifica del regolamento Dublino che,

grazione, Parlamento europeo, Lussemburgo, 2011; ECRE, *Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe: Dublin Reconsidered*, March 2008, www.ecre.org. La definizione di quote obbligatorie è l'aspetto sul quale si sono registrate maggiori resistenze, con il voto contrario degli Stati di Visegrad (Romania, Repubblica Ceca, Slovacchia e Ungheria) ed il ricorso per annullamento sollevato dalla Repubblica slovacca e l'Ungheria di fronte alla Corte di giustizia dell'Unione europea. La Corte, con un'articolata e corposa sentenza, ha rigettato tutti i motivi di impugnazione sollevati ed ha anche ribadito la centralità del principio di solidarietà di cui all'art. 80 TFUE, dal quale discende in via di principio una regola di ripartizione degli oneri tra gli Stati membri, secondo le scelte discrezionali operate dalle istituzioni UE. CGUE, 6 settembre 2017, C-643/15, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea*.

48. Oxfam, *Vulnerable and abandoned. How the Greek reception system is failing to protect the most vulnerable people seeking asylum*, 9.1.2019, www.oxfam.org.

49. Così l'art. 7 comune ad entrambe le decisioni. Sono state anche pubblicate specifiche linee guida per il rilevamento delle impronte digitali: Commission Staff Working Document on *Implementation of the Eurodac Regulation as regards the obligation to take fingerprints*, SWD(2015)150 del 27 maggio 2015. Sul ruolo delle Agenzie si veda Cortese F., "La difficile 'classificazione' dei migranti", in Savino M. (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, op. cit., pp. 157-160. Al novembre 2017 le persone ricollocate dall'Italia erano 10.842 con 2.363 ancora in attesa e dalla Grecia 21.524 con 516 in attesa. La ragione è che le decisioni individuavano come soggetti eleggibili solo le persone appartenenti a quelle nazionalità che ottengono lo *status* almeno nel 75% dei casi sulla base dei dati forniti dai singoli Stati membri ed elaborati dall'EASO.

50. *Hotspot, accoglienza e ricollocamento – Circolare del Ministero dell'interno e Road map italiana*, www.asgi.it.

51. Il 19 settembre 2017 sono scaduti i due anni dall'entrata in vigore delle decisioni sulla ricollocazione che, però ha continuato ad essere praticata anche successivamente ma solo per le persone che siano giunte in Italia o in Grecia prima del 19 settembre 2018.

tuttavia, lasciava invariato il sistema vigente, in particolare relativamente al criterio dello Stato di primo arrivo⁵². Innovativa è stata invece la posizione comune approvata dal Parlamento su tale proposta. Per la prima volta, in un atto ufficiale delle istituzioni europee compaiono modifiche radicali dei criteri attualmente vigenti, introducendo un sistema di ripartizione di tutti i richiedenti asilo che giungono in qualsiasi Stato europeo. Il voto, sostenuto da una larga maggioranza dei deputati appartenenti a diverse famiglie politiche, provenienti da Stati del Nord e del Sud, dell'Est e dell'Ovest, dimostra che l'Unione può produrre una politica diversa, che esiste una coesione tra le diverse anime politiche dell'Europa, ma che persiste invece una divisione tra i Governi dell'Unione. Questi ultimi, infatti, non sono neanche riusciti a trovare un accordo al proprio interno per poter poi negoziare un'intesa con il Parlamento europeo.

Un portogueso sembrava invece essere stato aperto nella riunione del Consiglio europeo del 28 giugno 2018, quando i Capi di Stato e di Governo concordarono che «[...] È necessario trovare un consenso sul regolamento Dublino per riformarlo sulla base di un equilibrio tra responsabilità e solidarietà, tenendo conto delle persone sbarcate a seguito di operazioni di ricerca e soccorso». Questo paragrafo lasciava intravedere la possibilità di trovare un accordo sulla modifica del Regolamento, perlomeno distinguendo tra i diversi ingressi irregolari, così da sottrarre alla sua applicazione chi entra a seguito di operazioni di ricerca e soccorso in mare.

Quest'ultime sono infatti operazioni alle quali gli Stati di frontiera esterna non possono sottrarsi, pena la violazione di inderogabili obblighi internazionali, ragion per cui avrebbe molto senso distinguerle da tutti gli altri casi nei quali un richiedente asilo varca una frontiera senza una previa autorizzazione. È quanto aveva sostenuto l'Avvocato generale Sharpston nelle conclusioni presentate il 26 luglio 2017 nella causa *Jafari*, senza tuttavia essere seguita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea che ha confermato il criterio interpretativo tradizionale dell'art. 13 del Regolamento Dublino⁵³.

La posizione assunta dal nostro Governo in occasione delle operazioni di ricerca e soccorso susseguitesesi a partire dal luglio 2018 aveva chiuso anche quel portogueso e reso impossibile concordare alcun tipo di riforma. Un tentativo di riaprire il dialogo e prospettare un accordo sul trasferimento dei migranti a seguito di operazioni di ricerca e soccorso in mare si è avuto con il c.d. accordo di Malta, discusso in un incontro tenutosi il 23 settembre 2019 nello Stato-isola del Mediterraneo, al quale hanno partecipato i Ministri dell'interno di Italia, Francia, Germania e Malta, con l'ambizione di coinvolgere altri Governi dell'Unione europea e, possibilmente, arrivare per questa strada ad un

52. Comunicazione COM(2016)0197 del 6 aprile 2016, *Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa*. Maiani F., *The Reform of the Dublin III Regulation*, Parlamento europeo, 28 giugno 2016, pp. 53-56.

53. CGUE, 26 luglio 2017, C-646/16, *Jafari*.

accordo in seno al Consiglio, non raggiunto nella legislatura 2014-2019 e di difficile conseguimento anche in quella successiva⁵⁴.

4.3. *La politica del contenimento dei flussi*

L'incapacità di adottare un'efficace politica migratoria, di trovare soluzioni efficaci per gestire la c.d. crisi dei migranti, ma anche per definire un sistema europeo di asilo autenticamente comune ha portato ad un rafforzamento della cooperazione con i Paesi terzi al fine di ridurre gli ingressi di migranti e richiedenti asilo nei territori europei. In nome del principio "più progresso più aiuti", l'Unione mira a persuadere il più possibile i Paesi terzi a collaborare nel contrasto del traffico di migranti, nel rimpatrio dei migranti irregolari e nell'accoglienza dei richiedenti asilo, con qualsiasi incentivo economico a disposizione dell'UE e degli Stati⁵⁵. Così, la cooperazione con gli Stati di origine e di transito ha assunto una dimensione strategica nella soluzione della c.d. crisi dei migranti dell'Unione europea e si prospetta come un elemento stabile della *governance* dell'immigrazione nell'Unione europea, con una rinnovata coesione tra i Governi degli Stati membri.

L'apripista di questa nuova strategia è costituito dalla cooperazione con la Turchia, divenuto il Paese chiave per contenere il flusso dei cittadini siriani verso le isole greche. Dopo vari incontri preliminari, con una *dichiarazione* datata 18 marzo 2016, sono state concordate varie misure tra loro connesse. La Turchia si è impegnata a garantire accoglienza e protezione ai circa 3,6 milioni di cittadini siriani, in cambio di ingenti finanziamenti da parte dell'UE e degli Stati membri (in totale si prospettano sei miliardi di euro) e dello sblocco dei negoziati sull'accordo per la liberalizzazione dei visti a favore dei cittadini turchi. Per la prima volta è stato disciplinato il rimpatrio anche di richiedenti asilo, attraverso l'obbligo imposto alla Grecia di qualificare la Turchia come Paese sicuro.

Pur con tutte le incertezze circa la tenuta dell'accordo nel lungo periodo, nonché, più in generale, sul condizionamento delle relazioni dell'UE con la Turchia, esso è stato considerato un modello da replicare, *mutatis mutandis*, nelle relazioni con i Paesi di origine e di transito, in particolare con il Niger e con la Libia. Significativo è anche l'impiego in questi Paesi di missioni militari dell'UE e degli Stati⁵⁶. È infatti vivace su questo fronte anche la coopera-

54. CIR, *L'accordo di Malta sui migranti. Scheda tecnica*, www.cir-onlus.org.

55. *Nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione*, COM(2016)385 del 7 giugno 2016.

56. La più nota è la missione EUNAVFOR MED Sophia, decisa nel 2015 e prorogata fino a marzo 2020, Decisione PESC 2015/778 del Consiglio del 18 maggio 2015 *relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale*; in

zione bilaterale, che vede impegnata in prima fila l'Italia⁵⁷. Ingenti sforzi sono stati compiuti per rendere operativa la guardia costiera libica, così da ridurre la presenza delle imbarcazioni europee nel Mediterraneo ed evitare di essere direttamente impegnati nelle attività di ricerca e soccorso in mare. Questo per ridurre al minimo la necessità di intervento da parte delle navi europee ed evitare così di dover portare i migranti soccorsi in un porto sicuro, normalmente un porto italiano, in ottemperanza agli obblighi derivanti dal diritto internazionale del mare ed al principio di *non refoulement*⁵⁸.

Caratteristica di questa cooperazione è la perdita della forma tradizionale tipica degli accordi di riammissione e l'affermazione dell'informalità e della flessibilità delle relazioni internazionali⁵⁹. Come la cooperazione con la Turchia è stata suggellata non da un accordo formale ma da una "dichiarazione", così avviene anche per le altre collaborazioni in atto che possono assumere denominazioni diverse, come patti o dialoghi, ma senza assumere la forma del vero e proprio accordo internazionale.

Interessante è poi l'intreccio che sussiste tra l'azione dell'UE e quella da parte degli Stati. La cooperazione con la Turchia è stata realizzata attraverso l'azione diretta dei Capi di Stato e di Governo, insieme a rappresentanti delle istituzioni europee e finanziata con una combinazione di risorse provenienti un po' dai bilanci nazionali e un po' da quello UE. In questo contesto il controllo dei parlamenti nazionali sull'attività realizzata diventa l'unico modo per scongiurare l'aggiramento delle garanzie democratiche: evitare, in altre parole, che attraverso l'UE i Governi siano sulla scena internazionale ancora più liberi di quello che sarebbero se agissero fuori dall'UE. Tuttavia, tale controllo risulta molto difficile, sia per il *mix* tra misure UE e misure nazionali, sia per la mancata adozione di atti formali, suscettibili di controllo politico e/o giurisdizionali. In relazione alla cooperazione UE/Turchia, ad esempio, secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea siamo di fronte all'assenza di un

Mali è stata avviata nel 2015 la missione EUCAP Sahel Mali, una missione civile dell'Unione (decisione (PESC) 2017/50 del Consiglio dell'11 gennaio 2017 che modifica la decisione 2014/219/PESC relativa alla missione dell'Unione europea in ambito PSDC in Mali (EUCAP Sahel Mali); Dal 2012 è operativa la missione EUCAP Sahel Niger: decisione 2012/392/PESC del Consiglio del 16 luglio 2012 relativa alla missione dell'Unione europea in ambito PSDC in Niger (EUCAP Sahel Niger).

57. Si veda in questo volume Gennari L., Cecchini L.C., Crescini G., pp. 133 ss.

58. Si veda il carteggio tra il Ministro dell'interno italiano ed il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa. Quest'ultimo ha inviato una lettera al Governo italiano il 22 settembre 2017, chiedendo chiarimenti circa il rispetto degli obblighi derivanti dalla CEDU, come interpretati dalla Corte europea, Corte EDU, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/09.

59. Una raccolta ragionata degli accordi di riammissione dell'Unione e dell'Italia, nonché delle variegate forme della cooperazione internazionale in questo settore, può essere reperita nell'annata 2016 della rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», ad essi interamente dedicata.

accordo dell'Unione, trattandosi di un accordo concluso dai Capi di Stato e di Governo dell'Unione e non dall'Unione stessa⁶⁰. Dello stesso orientamento è stato il Parlamento europeo che non ha inteso contestare la violazione delle proprie prerogative ed ha rinunciato ad esperire un ricorso per annullamento di fronte alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Tuttavia, se si trattasse effettivamente di un accordo degli Stati membri, occorrerebbe che le procedure interne sulla competenza a stipulare fossero rispettate, cosa che non si è verificata nel caso di specie. In sintesi, una cooperazione informale, dematerializzata quanto alla forma e di dubbia maternità, ma nutrita di molta sostanza quanto alle azioni finanziate e realizzate, tutte in larga parte volte al contenimento dei flussi verso l'Unione.

La politica del contenimento dei flussi è accompagnata da misure che potremmo definire come *compensatorie*. Sono misure che vengono valorizzate dalle istituzioni europee e dagli Stati membri per giustificare di fronte alla comunità internazionale un'azione fortemente limitativa del diritto delle persone di migrare e di cercare protezione internazionale. È in questo contesto che devono essere inquadrati gli interventi di cooperazione e assistenza umanitaria, nonché le diverse misure che possiamo definire di "ingresso protetto".

Tuttavia, mentre il contenimento dei flussi è una misura di breve periodo, le altre misure possono produrre risultati di medio o lungo periodo. Addirittura, le iniziative di cooperazione allo sviluppo tendono nel medio periodo ad un aumento dell'emigrazione, cosa che è però esclusa dall'assenza di canali di ingresso regolari. Sistemático è il coinvolgimento dell'UNHCR e dell'OIM, così come delle organizzazioni non governative, la cui presenza è ritenuta dai Governi e dalle istituzioni dell'Unione una garanzia della tutela dei diritti delle persone nei Paesi di transito, soprattutto la Libia. Al contrario, è anche dai rapporti di tali organizzazioni che si evince chiaramente la presenza di situazioni di tortura e trattamenti disumani e degradanti, rispetto alle quali le organizzazioni internazionali e umanitarie non possono che avere una funzione di riduzione del danno, salvando o alleviando le sofferenze di alcune persone, senza poter determinare alcun cambiamento significativo delle situazioni di sofferenza inflitte a migliaia di persone, probabilmente neanche nel lungo, lunghissimo periodo.

60. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha pronunciato una criticabile ordinanza di inammissibilità su un ricorso diretto di annullamento presentato da due cittadini pachistani ed uno afgano; 12 settembre 2018, *NF e a. contro Consiglio europeo*, C-208/17 sul ricorso contro l'ordinanza del Tribunale del 28 febbraio 2017, *NC c. Consiglio europeo*, T-192/16. Si veda anche Tribunale 7 febbraio 2018, *Access Info Europe contro Commissione europea*, T-851/16. È pendente un ricorso di impugnazione dell'ordinanza del Tribunale di fronte alla CGUE, C-473/16 P. Tra tutti i numerosi contributi sul punto si veda Marchegiani M, Marotti L., *L'accordo tra l'Unione europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2016, pp. 70-74.

Quanto alle misure di ingresso protetto, va dato atto all'Unione di avere incentivato l'adozione di misure di reinsediamento, ammissione umanitaria e ricollocazione⁶¹. Tuttavia, da una parte la Corte di giustizia dell'Unione europea ha chiarito che, in base al diritto dell'Unione europea, gli Stati possono prevedere l'ingresso per motivi umanitari ma non possono essere considerati obbligati a farlo⁶². Dall'altra, la Commissione tende a valorizzare le analogie tra i diversi strumenti, in quanto ritiene che si inseriscano nel più ampio spettro di misure relative alla gestione dei flussi di migranti e di richiedenti asilo e che consentano di dare attuazione concreta al principio di solidarietà tra Stati membri (ricollocazione) o terzi (reinsediamento o ammissione umanitaria)⁶³.

Questo crea una contraddizione di fondo circa l'approccio e gli obiettivi perseguiti attraverso il reinsediamento, istituto sorto per alleviare gli oneri degli Stati che sono sottoposti a sforzi significativi nell'accoglienza dei richiedenti asilo o per trovare soluzioni durevoli per i rifugiati. Ma, al di là del problema dell'approccio di fondo applicato al reinsediamento, vi è un dato incontrovertibile: tutti gli ingressi di tipo umanitario, siano ammissione umanitaria o reinsediamento, sono tanto invocati quanto scarsamente praticati, così da non poter essere in alcun modo considerati come compensatori delle pratiche di contenimento dei flussi. Si consideri che con una Raccomandazione adottata il 27 settembre 2017 la Commissione ha chiesto un impegno per 50.000 persone da reinsediare nel biennio successivo, con il sostegno di 500.000 euro a carico del bilancio dell'Unione⁶⁴. A dicembre 2019 sono state reinsediante 39.000 persone. Sebbene si tratti di un aumento rispetto ai precedenti obiettivi dell'Unione, si tratta comunque di meno del 2% dei posti ritenuti necessari dall'UNHCR come impegno globale per il 2020⁶⁵.

61. Raccomandazione della Commissione C(2015)9490, 11 novembre 2016. La quota di 54.000 prevista in questa raccomandazione è stata scorporata da quella di 160.000 prevista nelle decisioni sulla ricollocazione del 2015; sono stati effettivamente reinsediati 11.354 cittadini siriani. COM(2017)669 del 15 novembre 2017 *Relazione sullo stato di attuazione dell'agenda europea sulla migrazione*, p. 19. Decisione (UE) 2016/1754 del Consiglio, del 29 settembre 2016, che modifica la decisione (UE) 2015/1601 che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, GUUE L 268 del 1.10.2016, pp. 82-84; Raccomandazione 2015/914 della Commissione dell'8 giugno 2015 *relativa a un programma di reinsediamento europeo*, GUUE L 148 del 13.6.2015, pp. 32-37.

62. In questo senso si è pronunciata la Corte di giustizia dell'Unione europea sul rinvio pregiudiziale di un giudice belga al quale si erano rivolti due cittadini siriani che si erano visti negare un visto di breve durata ai sensi del Codice visti richiesto sulla base di motivi umanitari; CGUE, sentenza del 7 marzo 2017, *X. e X. c. Belgio*, C-638/16 PPU.

63. Proposta COM(2016)468 del 13 luglio 2016 *che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio*.

64. Raccomandazione del 3.10.2017, C(2017) 6504, *Sul rafforzamento dei percorsi legali per le persone bisognose di protezione internazionale*.

65. *1.4 million refugees set to need urgent resettlement in 2020: UNHCR*, <https://news.un.org/en/story/2019/07/1041632>.

4.4. *Il rischio di riduzione del livello di tutela dei diritti fondamentali nella difficile costruzione del sistema europeo di asilo*

Come per l'immigrazione, anche per l'asilo la Commissione aveva pubblicato all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, il proprio orientamento che, assieme alle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, ha delineato le linee di sviluppo della politica che avrebbero poi portato alla realizzazione del sistema europeo comune di asilo, incentrato sulla nozione di protezione internazionale⁶⁶. In particolare, la strategia concordata si è sviluppata attraverso due fasi successive, caratterizzate da un diverso livello di armonizzazione delle legislazioni nazionali volte a disciplinare tutti gli aspetti rilevanti del sistema di protezione: l'accoglienza, le procedure, le qualifiche e la determinazione dello Stato competente. Per favorire la corretta applicazione del sistema europeo di asilo a livello nazionale è stato anche creato l'Ufficio europeo per il sostegno dell'asilo⁶⁷.

In aggiunta, la possibilità ammessa dalle Direttive europee di accordare la protezione umanitaria in base alla legislazione nazionale, consente di offrire una tutela residuale e più ampia di quella risultante dalla protezione internazionale di derivazione europea, in conformità all'apertura del disposto costituzionale⁶⁸. La Corte di giustizia dell'Unione europea, nel riconoscere che sussiste ancora spazio per forme di protezione più favorevoli disciplinate dal diritto nazionale, come espressamente ammesso dalle Direttive UE, ha chiarito che esse devono sempre essere compatibili con le Direttive ed in particolare devono rispondere ad una *ratio* di protezione diversa così da non confondersi con quelle di derivazione UE⁶⁹.

66. Direttiva 2001/55/CE, *Norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli stati membri che ricevono sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi*, GUUE 10 luglio 2001, l. 187, pp. 45 ss.; Direttiva 2013/32/UE del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, GUUE 29 giugno 2013 l. 180, pp. 60-95; Direttiva 2013/33/UE del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, GUUE 29 giugno 2013 l. 180, pp. 96-116; Direttiva 2011/95/UE del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, GUUE 20 dicembre 2011, l. 337, pp. 9 ss.; Regolamento 604/2013 del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati, GUUE 29 giugno 2013, l. 180, pp. 31-59. Cherubini F., *Asylum Law in the European Union*, Routledge, London, 2015.

67. *Proposta di regolamento relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo e che abroga il regolamento (UE) n. 439/2010*, COM(2016)271 del 4 maggio 2016.

68. Corte di cassazione, 4455/2018 del 23 febbraio 2018.

69. CGUE, 9 novembre 2010, C-57/09, *B. e D.*, punti 118-121; 18 dicembre 2014, C-542/13, *M'Boj*, punti 43-47.

Il sistema europeo di asilo è largamente basato sulla Convenzione di Ginevra sul diritto dei rifugiati e sul principio di non respingimento ma ne rappresenta uno sviluppo progressivo, sia per la codificazione d'interpretazioni evolutive della stessa Convenzione di Ginevra, sia per l'espressa inclusione nel sistema europeo di quelle fattispecie diverse dal diritto di asilo che non hanno ancora avuto un'autonoma e completa disciplina a livello internazionale e né, spesso, a livello nazionale. Ci si riferisce in particolar modo ai limiti all'allontanamento derivanti dalla CEDU che in gran parte sono oggi "coperti" dalla nozione di protezione sussidiaria, mutando da meri obblighi di tipo negativo in veri e propri obblighi positivi di protezione e di riconoscimento di uno specifico *status*.

Complementare alla protezione internazionale è poi la protezione umanitaria, contemplata ma non disciplinata dal diritto dell'Unione, che rinvia alla legislazione degli Stati membri che la possono discrezionalmente riconoscere per motivi umanitari o caritatevoli. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha poi svolto e continua a svolgere quel ruolo tipico di garante dell'uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione, sia delle norme derivate sia delle norme primarie, in particolare della Carta europea dei diritti fondamentali⁷⁰. La Corte ha avuto modo di chiarire che la Convenzione di Ginevra, alla quale rinviano sia l'art. 78 TFUE, sia l'art. 18 della Carta, sia la normativa derivata, costituisce «il livello di protezione minimo» che ben può essere derogato *in melius* dall'Unione europea. Si tratta di un principio basilare nel rapporto tra strumenti di tutela dei diritti umani e molto rilevante per districarsi nel labirinto delle fonti internazionali, europee e nazionali, tutte rilevanti in materia di asilo⁷¹.

A dispetto dell'autoqualificazione del sistema europeo di asilo come comune, tutt'oggi esistono notevoli differenze nei sistemi di asilo nazionali e l'armonizzazione rimane una chimera. Inoltre, l'impatto negli Stati membri è stato diverso a seconda della legislazione già vigente a livello nazionale. In Stati come l'Italia, l'impatto è stato significativo, considerando l'assenza di un sistema organico in materia di asilo che è stato introdotto proprio grazie all'attuazione delle Direttive europee. Più complesso è valutare tale processo in termini qualitativi, vale a dire se vi sia stata in Italia o negli altri Stati membri un'evoluzione della tutela del diritto di asilo grazie all'attuazione del sistema europeo comune di asilo.

È un dato oggettivo che le riforme che hanno interessato il diritto di asilo in Italia a partire dal 2017 sono state in gran parte introdotte in virtù di quanto disposto dal sistema europeo di asilo. Ciò è sicuramente vero per l'intro-

70. Sia permesso il rinvio al nostro, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, «Questione giustizia», 2, 2018, pp. 28-43.

71. CGUE, sentenza del 14 maggio 2019, *M*, C-391/16, punti 96 e 111.

duzione delle procedure accelerate, di frontiera e dei concetti di Paese sicuro, tutte già contemplate nella Direttiva cd. procedure ma come opzioni, lasciando cioè agli Stati la possibilità di scegliere se introdurle o meno nei propri ordinamenti. Nell'ordinamento italiano tali concetti non erano stati introdotti fino all'adozione del D.L. n. 113/2018, essendo sempre stati ritenuti contrari al disposto costituzionale, soprattutto per la difficoltà ad effettuare un esame individuale con la prevista riduzione delle garanzie procedurali. L'ampio utilizzo di tali nozioni negli Stati membri, nonché le prospettive di riforma volte a renderli obbligatori per tutti, hanno in qualche modo rafforzato la volontà del Governo italiano di renderli operativi anche nel nostro ordinamento. Analogamente si può affermare rispetto all'abrogazione dell'appello e della protezione c.d. umanitaria: in questo caso il sistema europeo di asilo nulla dispone in proposito, lasciando agli Stati membri ampia discrezionalità sulla disciplina dell'appello dopo il primo grado di giudizio o sulla protezione umanitaria.

Tali riforme, in altri termini, sono state introdotte non perché *imposte* dal diritto dell'Unione europea ma perché da esso *previste* come opzioni o *consentite* in quanto non disciplinate.

Inoltre, nel pacchetto di riforma del sistema europeo di asilo presentato nel 2016, non approvato entro la fine della legislatura 2014-2019, erano previste disposizioni volte ad irrigidire i criteri disposti dal Regolamento Dublino, ad accentuare i meccanismi sanzionatori, ad applicare in modo obbligatorio i concetti di Paese sicuro e la conseguente applicazione delle procedure di frontiera ed accelerate. Il tutto realizzato attraverso Regolamenti e non più Direttive, nonché con l'eliminazione della clausola delle disposizioni più favorevoli, che consente oggi agli Stati di introdurre o mantenere in vigore norme nazionali più favorevoli rispetto a quelle previste dalle Direttive UE, privando gli Stati di quei margini di discrezionalità che in Italia hanno consentito un adattamento in piena conformità con il diritto di asilo costituzionale riconosciuto dall'art. 10 Cost.

Dall'esame del Sistema europeo comune di asilo e, soprattutto dalle sue prospettive di riforma, emerge una tendenza nella legislazione dell'Unione a ridurre il livello dei diritti e delle garanzie riconosciute ai richiedenti protezione internazionale, tendenza acuita nella risposta dell'Unione alla c.d. crisi dei migranti e dei richiedenti asilo che ha raggiunto la sua acme tra il 2014 e il 2017. Significativo quanto affermato da un deputato europeo nell'ambito della discussione di una delle proposte di riforma del sistema europeo di asilo: «Il nostro sistema comune di asilo non può continuare a concentrarsi esclusivamente su come meglio ostacolare le persone in fuga che tentano di raggiungere il territorio dell'Unione europea»⁷².

72. Proposta di regolamento *che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio*, COM(2016)468 del 23 ottobre 2017.

Se la legislazione europea, soprattutto se di armonizzazione delle norme nazionali, tende ad assestarsi su un livello di tutela dei diritti decrescente e sicuramente inferiore rispetto a quello disposto dalla Costituzione italiana, si pone evidentemente un problema di conflitto tra fonti. Potrebbe addirittura accadere che un Governo in seno al Consiglio sia favorevole ad adottare un atto di armonizzazione delle norme nazionali che contrasti con i principi fondamentali della sua Costituzione, come il diritto costituzionale di asilo. L'Unione potrebbe così divenire il luogo usato per imporre una riduzione degli *standards* derivanti dalle Costituzioni nazionali nel nome dell'armonizzazione europea. Uno *standard* che dovrebbe poi prevalere sullo *standard* nazionale sulla base del consolidato orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea⁷³. Si porrebbe così anche la premessa di un conflitto tra diritti fondamentali che, precostituito dal legislatore europeo con il concorso dei Governi nazionali, dovrebbe poi essere risolto in sede giurisdizionale, con tutte le difficoltà che notoriamente si pongono. Più efficace sarebbe, invece, l'introduzione di sistemi e di procedure di prevenzione del conflitto da attivarsi durante la procedura legislativa ordinaria e a prescindere dall'iniziativa dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri, perlomeno quando vi siano in gioco diritti costituzionali⁷⁴.

Più in generale, sarebbe anche auspicabile che, per conciliare il principio del primato del diritto UE e la tutela dei diritti fondamentali riconosciuti a livello nazionale, fosse garantita l'applicazione dello *standard* più favorevole o, almeno, fossero debitamente valorizzate quelle clausole presenti nel Trattato per evitare che nella formazione degli atti dell'Unione vi siano norme che possano collidere con i diritti fondamentali tutelati a livello delle Costituzioni nazionali. Nella crisi di valori e di identità dell'Unione, la riviviscenza del

73. CGUE, sentenza del 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, punti 62-63. Orientamento confermato anche nella sentenza del 5 dicembre 2017, *M.A.S. and M.B.*, C-42/17, punti 45-46. Muir E., *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges*, «Common Market Law Review-CMLR», 1, 2014, pp. 219-246; Torres Pérez A., *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, «European Competition Law Review-ECLR», 2, 2014, pp. 308-331; de Boer N., *Addressing rights divergences under the Charter: Melloni*, «Common Market Law Review-CMLR», 4, 2013, pp. 1083-1104; Lazzarini N., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, FrancoAngeli, Milano, 2018.

74. European Commission Staff Working Paper, *Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessment*, SEC(2011)567 of 6 May 2011; Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on Better Law-Making of 13 aprile 2016, GUUE L 123 del 12 maggio 2016, punto 12. Lazzarini N., *Le clausole generali della Carta dei diritti fondamentali nel law-making europeo: codificazione e innovazione nella determinazione del livello di tutela*, in Annoni A., Forlati S., Salerno F. (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, pp. 515-523.

principio dell'armonizzazione nel progresso, ormai poco più di un ricordo degli anni d'oro del processo di integrazione europea, potrebbe consentire anche un rilancio dello stesso processo di integrazione nel quale è talvolta difficile riconoscere il merito di assicurare il miglioramento del benessere collettivo dei popoli europei, inclusi i loro diritti fondamentali.

5. Conclusioni

La crisi dei migranti e dei richiedenti asilo ha dimostrato l'inidoneità dell'Unione europea a governare la politica migratoria, necessitando non solo di misure quali il controllo delle frontiere esterne o dei dati delle persone, bensì anche di un complesso di azioni di politica sociale ed economica, ancora in gran parte di competenza nazionali o sulle quali i Governi non intendono rinunciare alla loro piena discrezionalità. Essa ha dimostrato l'ontologica inconciliabilità tra uno spazio di libera circolazione e le misure volte a contrastare i movimenti secondari, soprattutto di chi è stato riconosciuto beneficiario di protezione internazionale.

Queste carenze "strutturali" si riflettono in modo negativo anche nell'esercizio delle competenze attribuite all'Unione, nelle quali non è stata elaborata una propria visione, autonoma rispetto a quella dei Governi e autenticamente ispirata al principio di solidarietà tra gli Stati. Anche la Commissione non è riuscita in questo ambito a svolgere quel ruolo positivo che in altre epoche e in altre politiche ha invece svolto. Costretta a ritirare la proposta profondamente innovativa sull'immigrazione per motivi di lavoro, si è mossa nello stretto recinto delimitato dagli orientamenti di un Consiglio europeo sempre più conservatore. Si comprende così perché ancora vigano strumenti sorti nell'era della cooperazione intergovernativa, come i sistemi Schengen e Dublino, la cui rilevanza ed il cui impianto sono sostanzialmente immutati.

Anche nell'ambito della dimensione esterna delle politiche di immigrazione e di asilo, dove più forte appare la coesione tra gli Stati, emerge evidente la prevalenza dell'approccio intergovernativo. Minore o assente il ruolo dei parlamenti, europeo e nazionali, creando di fatto spazi di attività dei Governi ben più ampi di quelli che essi avrebbero se agissero nell'ambito di competenze nazionali o attraverso la cooperazione internazionale. Un'analogia tendenza si rileva anche in relazione al crescente ruolo di Frontex il cui operato andrebbe pienamente ricondotto alle istituzioni europee e non solo attraverso un controllo *ex post* sulle attività effettuate.

Non solo, dunque, l'Unione non ha adeguate competenze per governare in modo adeguato l'immigrazione, ma essa risulta frenata nell'esercizio delle competenze attribuite, con ripetuti strappi anche a regole procedurali e prerogative delle istituzioni derivanti dai Trattati. La questione centrale non è *quanto* potere attribuire all'Unione o agli Stati, bensì accettare che sia l'Unio-

ne e non gli Stati a guidare la costruzione di queste politiche, facendo sì che ogni istituzione possa svolgere il proprio ruolo e rinunciando al perseguimento dell'unanimità dei governi in seno al Consiglio. Fino ad ora non solo l'Unione si è rivelata incapace di guidare gli Stati, ma è stata usata dagli Stati come strumento per perseguire propri interessi nazionali, di breve periodo, coincidenti con il tempo di una legislatura e di una tornata elettorale. Il risultato è che scarseggiano misure strategiche e di lungo periodo e si perdono di vista i valori fondamentali dell'Unione, dentro e fuori l'Europa.

Emblematica è la politica del contenimento dei flussi: prima, infatti, che siano davvero sradicate le cause profonde delle migrazioni, se mai questo avverrà davvero, avremo una generazione di persone bloccate in transito, il cui destino dovrebbe essere di primario interesse per noi tutti e lo sarebbe se in Europa vi fosse ancora almeno la traccia dei visionari ai quali dobbiamo l'avvio e la crescita del processo di integrazione europea⁷⁵.

75. Ambrosi E., *The Unbearable Lightness of Leadership*, «EUObserver», 18.10.2017.

L'impatto del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale

di *Alessia Di Pascale**

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La politica di immigrazione. – 3. Il ricongiungimento familiare e i soggiornanti di lunga durata: le condizioni di integrazione, – 3.1. L'attuazione della Direttiva 2003/86/CE, – 3.2. L'attuazione della Direttiva 2003/109/CE, – 3.3. Le condizioni di integrazione, – 3.4. Il contrasto all'immigrazione irregolare. – 4. Il sistema di asilo, – 4.1. Gli status di protezione, – 4.2. L'impatto sul sistema di asilo nazionale, – 4.3. L'inasprimento normativo "fondato" sul diritto UE. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

Sono trascorsi vent'anni dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam (1999), che attribuì all'Unione europea (nell'ambito dell'allora 1° pilastro), seppur in via concorrente con gli Stati membri, una competenza nei settori dei visti, asilo e immigrazione (titolo IV del Trattato sulla Comunità europea "TCE"). L'esame dei limiti previsti dai Trattati per l'esercizio della stessa consente di meglio comprendere le modalità di impatto sull'ordinamento italiano della disciplina che affonda la sua origine nel diritto dell'Unione europea.

La prima fase, dall'adozione del primo programma politico quinquennale ("programma di Tampere") fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1999-2009), si connotò, infatti, per un'armonizzazione fondata su norme minime, coerentemente con quanto previsto dal TCE. Un processo attuato principalmente mediante Direttive e con una tecnica legislativa che, anche per superare le difficoltà legate ad un metodo decisionale che richiedeva l'unanimità in seno al Consiglio, con la mera consultazione del Parlamento europeo (fino al 2004, quando la decisione 2004/927/CE sottopose alla procedura di codecisione taluni settori, ad esclusione tuttavia del settore dell'immigrazione

* Professore associato di diritto dell'Unione europea, Università di Milano.

c.d. legale¹, per il quale l'unanimità è rimasta necessaria fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) ha contribuito soprattutto a definire degli *standards* minimi, lasciando ampio margine di discrezionalità agli Stati, mediante la previsione di clausole opzionali. Un approccio, quello fondato su previsioni rimesse alla discrezione dei legislatori nazionali, non esente da ambiguità e incertezze interpretative, anche in ragione delle vaghe formule di compromesso adottate per pervenire ad un accordo.

Solo con il Trattato di Lisbona sono stati finalmente rimossi quei limiti procedurali che avevano fortemente condizionato il processo di armonizzazione, sottoponendo il complesso della materia alla procedura legislativa ordinaria. Inoltre, i nuovi artt. 78 e 79 TFUE hanno assegnato all'Unione un diverso obiettivo, ovvero lo sviluppo di una "politica comune". Questa evoluzione consente, in linea di principio, l'adozione di un quadro di riferimento più strutturato e comune fra Stati membri, idoneo a superare le significative differenze che ancora permangono tra gli Stati membri nel recepimento della relativa disciplina. Proprio su tale nuova base, nel 2016, la Commissione europea ha proposto di avviare la riforma del sistema comune europeo di asilo, sostituendo alcune delle precedenti Direttive con dei regolamenti.

Altro aspetto significativo è consistito nella rimozione, ad opera del Trattato di Lisbona, dei precedenti limiti al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia dell'Unione europea nello spazio di libertà sicurezza e giustizia, il cui intervento successivamente al 2009 ha potuto essere invocato in qualsiasi grado di giudizio (anzitutto potevano essere sottoposte questioni in via pregiudiziale solo dalle giurisdizioni di ultima istanza). Così, se fino al 2009 era stata pronunciata solo qualche decisione nell'ambito di procedimenti di rinvio pregiudiziale in questa materia, negli anni seguenti il numero è sensibilmente aumentato, con sentenze che hanno contribuito a meglio chiarire la portata degli atti adottati, ripercuotendosi poi inevitabilmente sulle legislazioni nazionali. Diverse le pronunce rese con riferimento alla normativa italiana, in alcuni casi costringendo il legislatore nazionale ad una modifica della disciplina in vigore².

1. *Decisione del Consiglio del 22 dicembre 2004 che assoggetta taluni settori contemplati dal titolo IV, parte terza del trattato che istituisce la Comunità europea alla procedura di cui all'articolo 251 di detto trattato*, in GUUE L 396 del 31.12.2004, p. 45 ss. Rimanevano, infatti, sottoposti alla procedura di unanimità i settori definiti all'art. 63, punto 3, lett. b) e punto 4, TCE, ovvero la definizione delle condizioni di ingresso e soggiorno e delle norme sulle procedure per il rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare; le misure che definiscono con quali diritti e a quali condizioni i cittadini di Paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro possono soggiornare in altri Stati membri.

2. L'incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sulla normativa italiana in materia di trattamento dello straniero ha riguardato soprattutto due ambiti: lo straniero in posizione irregolare, ed in particolare l'applicazione di sanzioni pe-

Tuttavia, le difficoltà all'effettivo esercizio delle competenze pur attribuite all'Unione, nei rapporti interistituzionali e tra Stati membri (con il Parlamento europeo pienamente associato al processo decisionale dal 2009 e l'ingresso di tredici nuovi Stati membri dal 2004), che si sono innestate in un ambito fortemente divisivo e politicamente sensibile, e le succitate peculiarità della tecnica legislativa che ne è seguita, hanno comportato lo sviluppo di una disciplina ancora largamente rimessa alla definizione nazionale. Tutto ciò evidentemente lascia persistere forti differenze tra Stati membri e permette di riferirsi a norme comuni solo in alcuni ambiti, generando incertezze per l'interprete chiamato a ricomporre e coordinare un coacervo multiforme, retto da principi fondanti che originano in diversi ordinamenti.

Tale disorganicità si constata soprattutto nella stratificazione normativa che caratterizza il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di seguito "Testo Unico"), ciclicamente rivisto in funzione delle necessità di adeguamento al diritto UE o delle scelte di politica dell'immigrazione espresse dai governi succedutisi.

nali in caso di violazione della disciplina sull'ingresso e il soggiorno, e lo straniero residente di lunga durata. In proposito deve senz'altro essere ricordata a sentenza *El Dridi* (CGUE 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi*, ECLI:EU:C:2011:268), che ha formulato un'ampia disamina della Direttiva, chiarendo in particolare quali sono gli obblighi cui debbono attenersi gli Stati nel dare attuazione al rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare, fissando la successione delle diverse fasi di tale procedura e i limiti entro cui può essere disposto il trattenimento, in quanto privazione della libertà, rendendo necessario un intervento del legislatore per rendere conforme la disciplina nazionale sull'espulsione ai principi formulati dalla Corte. Successivamente, le pronunce *Sagor e Mbaye* (CGUE, 6 dicembre 2012, *Sagor*, causa C-430/11, ECLI:EU:C:2012:777, e CGUE, 21 marzo 2013, *Mbaye*, causa C-522/11, ECLI:EU:C:2013:190) hanno riguardato la contravvenzione di cui all'art. 10 *bis* d.lgs. 286/1998, che sanziona con l'ammenda l'ingresso o la permanenza dello straniero nel territorio italiano senza idoneo titolo di soggiorno e da ultimo *Celaj* (CGUE, 1° ottobre 2015, causa *Celaj*, C-290/14, ECLI:EU:C:2015:640), ha esaminato la pena detentiva comminata ad un cittadino di un Paese terzo che entri irregolarmente nel territorio di uno Stato membro trasgredendo un precedente divieto di reingresso (Cfr. per un commento Masera L., *La Corte di giustizia UE dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso (art. 13 co. 13 TU imm.) conforme alla Direttiva rimpatri (2008/115/CE)*, «Diritto penale contemporaneo», 2015, disponibile on line. Altri profili atengono alla parità di trattamento con i cittadini nazionali nell'accesso a prestazioni sociali (CGUE, GC, 24 aprile 2012, *Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano* causa C-571/2010, ECLI:EU:C:2012:233 e CGUE, 21 giugno 2017, *Martinez Silva c. INPS e Comune di Genova*, causa C-449/16, ECLI:EU:C:2017:485), i presupposti per il rilascio del permesso di lungo soggiorno al familiare (CGUE, 17 luglio 2014, *Shamim Tahir c. Ministero dell'Interno, Questura di Verona*, causa C-469/13, ECLI:EU:C:2014:2094), i costi del permesso di soggiorno (CGUE, 2 settembre 2015, Causa C-309/14, *CGIL e INCA c. Presidenza del Consiglio dei Ministri*, ECLI:EU:C:2015:523), il diritto di essere ascoltati dei richiedenti protezione internazionale (CGUE, 26 luglio 2017, *Moussa Sacko contro Commissione Territoriale per il riconoscimento della Protezione internazionale di Milano*, causa C-348/16, ECLI:EU:C:2017:591).

Il presente contributo si propone di operare una riflessione in merito al rapporto instauratosi tra la legislazione nazionale e dell'Unione europea nelle materie dell'immigrazione e dell'asilo, soffermandosi su alcuni dei principali strumenti adottati ed evidenziando il ruolo svolto dal quadro giuridico sovranazionale nella definizione delle norme vigenti ed il processo di reciproca influenza tra Stati membri che è derivato dalla "comunitarizzazione" delle suddette politiche.

2. La politica di immigrazione

È nell'ambito dell'immigrazione c.d. legale, ovvero quella volta a definire le condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi, attraverso canali autorizzati e riconosciuti, che la competenza dell'Unione ha rinvenuto le maggiori difficoltà ad estrinsecarsi, consentendo un processo di armonizzazione solo parziale. Le prime misure adottate riguardavano il ricongiungimento familiare³ e lo *status* degli stranieri residenti di lunga durata⁴, mentre non fu possibile trovare un accordo su una proposta di Direttiva che avrebbe stabilito le condizioni d'ingresso e soggiorno per finalità di lavoro subordinato o autonomo⁵. Abbandonate le ambizioni iniziali, la disciplina riviene oggi la sua origine nel diritto UE solo con riferimento alle seguenti categorie di lavoratori subordinati: altamente qualificati (c.d. carta blu)⁶, stagionali⁷, oltre all'ingresso e soggiorno per trasferimenti intrasocietari⁸ e per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi, e collocamento alla pari⁹.

3. Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, GUCE L 251 del 3.10.2003, p. 12.

4. Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, in GUCE L 16 del 23.1.2004, p. 44 ss.

5. Proposta di Direttiva del Consiglio relativa alle condizioni d'ingresso e di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo, dell'11.5.2001, COM(2001) 386 def. Dopo una prima lettura in seno al Consiglio, la proposta venne definitivamente abbandonata.

6. Direttiva 2009/50/CE del Consiglio, del 25 maggio 2009, sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, in GUUE L 155 del 18.6.2009, p. 17 ss.

7. Direttiva 2014/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali, in GUUE L 94 del 28.3.2014, p. 375 ss.

8. Direttiva 2014/66/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi nell'ambito di trasferimenti intra-societari, in GUUE L 157 del 27.5.2014, p. 1 ss.

9. Direttiva (UE) 2016/801 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi per motivi

Il quadro è completato dalla Direttiva 2011/98/UE relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico¹⁰. La Direttiva concerne i cittadini di Paesi terzi che chiedono di soggiornare o sono stati ammessi in uno Stato membro a fini lavorativi, nonché a quelli ammessi a fini diversi, ma ai quali è consentito lavorare (art. 3, par. 1).

Anche in questo caso, la Direttiva si applica solo ai lavoratori subordinati e definisce una procedura unica di domanda volta al rilascio di un titolo combinato, comprensivo del permesso di soggiorno e di lavoro in un unico atto amministrativo, ed un complesso di diritti uniformi (essenzialmente economici e sociali) con l'obiettivo di ravvicinare lo *status* giuridico dei cittadini di Paesi terzi legalmente residenti negli Stati membri a quello dei cittadini dello Stato ospite. Nonostante il richiamo contenuto nel titolo ad un "permesso di soggiorno unico", essa non introduce condizioni di ingresso uniformi, in quanto, come ripetutamente puntualizzato nel testo, è fatta salva la competenza degli Stati membri a regolamentare l'ingresso, anche in termini di volumi, di cittadini di Paesi terzi ammessi a fini lavorativi (Considerando n. 6, art. 1, par. 2, Direttiva 2011/98, coerentemente a quanto previsto dall'art. 79, par. 4, TFUE)¹¹.

L'introduzione di clausole "di parità" nell'accesso ai diritti economici e sociali, in attuazione dell'obiettivo definito dal primo programma di Tampere di garantire l'equo trattamento dei cittadini di Paesi terzi, ravvicinandone lo *status* giuridico a quello dei cittadini degli Stati membri, si rinviene nelle diverse Direttive succitate relative alle diverse categorie di lavoratori, così come nella Direttiva di più ampia applicazione relativa ai soggiornanti di lunga durata, in termini simili, ma non identici, operando una frammentazione degli *status* ed obbligando l'interprete ad una ricognizione caso per caso¹². Criticità si sono poste nel nostro ordinamento quanto all'utilizzo di possibili restrizioni al principio di parità di trattamento, in relazione alla previdenza sociale, all'assistenza sociale e alla protezione sociale, nell'ambito della sicurezza sociale e nell'accesso a beni e servizi, «incluse le procedure per l'ottenimento dell'al-

di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi, e collocamento alla pari, in GUUE L 132 del 21.5.2016, p. 21 ss.

10. Direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di Paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di Paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro, in GUUE L 343 del 23.12.2011, p. 1 ss.

11. Cfr. Guariso A., *Direttiva 2011/98 e d.lgs. 40/14 di recepimento*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2015, p. 15 ss.

12. Sulla mancanza di coordinamento, in relazione al complesso di diritti spettanti al lavoratore, tra le diverse Direttive si veda Verschueren H., *Employment and Social Security Rights of Third-Country Labour Migrants under EU Law: An Incomplete Patchwork of Legal Protection*, «European Journal of Migration and Law», vol. 18, 2016, p. 373 ss.

loggio» (cfr., ad es. l'art. 11, par. 2 e 3, Direttiva 2003/109 e 12, par. 1 e 2, Direttiva 2011/98), consentite dalle Direttive a determinate condizioni. In due casi relativi alla legislazione italiana, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha negato la possibilità di introdurre delle limitazioni, anche perché il legislatore non aveva «manifestato in alcun modo una simile volontà»¹³ al momento del recepimento. I principi affermati nel caso *Martinez Silva* hanno, peraltro, posto fine ad un contrasto interpretativo nella giurisprudenza, in relazione alla normativa italiana in tema di concessione dell'assegno a favore di nuclei familiari con almeno tre figli minori di cui all'art. 65 della legge n. 448/1998 che, già modificato dalla legge europea 2013¹⁴ per estenderne l'attribuzione anche ai titolari di un permesso di soggiorno di lungo periodo e ai familiari dei cittadini dell'Unione (oltre ai cittadini italiani, ai cittadini UE dal 2000 e ai cittadini di Paesi terzi titolari dello *status* di rifugiato politico o della protezione sussidiaria dal 2007), era tuttavia ritenuto non applicabile ai titolari del permesso unico.

L'adozione di tale limitata disciplina si è riflessa, pertanto, nell'adeguamento solo di alcune disposizioni del Testo Unico, che attingono oggi al diritto dell'Unione¹⁵, mentre le condizioni di ingresso e soggiorno per la generalità dei lavoratori restano pienamente rimesse alla definizione del legislatore nazionale, libero di mantenere un regime di quote annuali.

Peraltro non solo le citate norme UE riguardano soltanto alcune categorie di lavoratori, ma nell'Unione europea continuano a permanere regimi nazionali che convivono con gli *status* elaborati dall'Unione e le analisi delle normative di trasposizione hanno messo in luce forte disomogeneità¹⁶.

13. CGUE, *Martinez Silva c. INPS e Comune di Genova*, cit., cfr. in particolare punto 30.

14. Art. 13 l. 6 agosto 2013, n. 97, recante Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – legge europea 2013. La disposizione è stata introdotta al fine del corretto recepimento della Direttiva 2003/109/CE, in relazione alla procedura di infrazione 2013/4009.

15. Cfr. in particolare artt. 9, 9 *bis* e 9 *ter*, 29 e 29 *bis*, oltre ad una riformulazione della norma che regola gli ingressi per casi particolari e che si è arricchita dei nuovi artt. 27 *bis*, *ter*, *quater*, *quinquies* e *sexies*, ed agli artt. 5, co. 3 *ter* e 24, 4 *bis*, co. 1 *bis*, 8, co. 8.1 e 8.2, 22, co. 5.1.

16. I dati *Eurostat* mettono in rilievo che nel 2018, a fronte di circa tredici milioni di permessi di soggiorno rilasciati dagli Stati membri per residenti di lunga durata, dieci milioni sono permessi nazionali (non fondati sulla Direttiva UE). Dati *Eurostat*, *Long-term residents by citizenship on 31 December of each year*, disponibili online. È la stessa Direttiva 2003/109/CE a consentire agli Stati membri di rilasciare permessi di soggiorno permanenti o di validità illimitata a condizioni più favorevoli. Tali permessi non conferiscono, tuttavia, il diritto di soggiornare negli altri Stati membri (art. 13). Tale disposizione è stata, evidente-mente, utilizzata dagli Stati membri per favorire il rilascio di permessi attributivi di status meramente nazionali. In merito ad es. alla coesistenza tra status derivante dalla Direttiva e status nazionali si veda l'analisi contenuta in Peers S., Guild E., Acosta Arcarazo D., Gro-nendjik K., Moreno-Lax V., "Long-Term Residents", in *EU Immigration*

Se la Commissione ha manifestato l'intenzione di vigilare ed adoperarsi per garantire un'applicazione più uniforme, gli ambiti di intervento non dovrebbero per il momento ampliarsi¹⁷.

3. Il ricongiungimento familiare e i soggiornanti di lunga durata: le condizioni di integrazione

Le Direttive 2003/86/CE e 2003/109/CE che disciplinarono rispettivamente il ricongiungimento familiare ed il conferimento, la revoca e i diritti relativi allo *status* di soggiornante di lungo periodo costituiscono probabilmente gli strumenti più rilevanti, in quanto riguardano la maggioranza degli stranieri, determinandone condizioni di ingresso e soggiorno ed introducendo per la prima volta una limitata possibilità di circolazione in altri Stati membri per i titolari dello *status* di soggiornante di lungo periodo. Ma proprio la significativa incidenza che avrebbero esercitato (il ricongiungimento familiare costituisce uno dei principali canali di ingresso nell'Unione europea ed è largamente il primo in Italia¹⁸, dove i permessi di lungo soggiorno UE ammontano ad oltre il 60% dei permessi rilasciati¹⁹) ha reso estremamente complesso il negoziato, obbligando la Commissione a presentare diverse proposte per superare le resistenze degli Stati membri, con esiti, soprattutto per la Direttiva sul ricongiungimento, di limitata armonizzazione. Come riconosciuto dalla stessa Commissione, «il carattere scarsamente vincolante della Direttiva lascia agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità e in alcuni di essi ha determinato un indebolimento delle norme quando delle disposizioni facoltative della Direttiva relative a determinate condizioni di esercizio del

and Asylum Law, vol. 2, Brill, Leiden-Boston, 2012, p. 287 ss. La disciplina italiana non prevede permessi per lungo soggiornanti, alternativi rispetto a quelli di lunga durata UE, e pertanto due terzi di tutti i permessi fondati sulla Direttiva emessi nell'Unione europea sono stati rilasciati in Italia.

17. Nel 2016 la Commissione avviò un processo di verifica circa l'adeguatezza della legislazione adottata nel settore dell'immigrazione c.d. legale, promuovendo un processo di consultazione approfondito, con il coinvolgimento del pubblico generale e delle principali parti interessate (Stati membri, Parlamento europeo, Comitato economico e sociale, organizzazioni non governative e parti sociali), come pure uno studio esterno. I risultati hanno posto in luce la generale adeguatezza allo scopo di questa legislazione, che ha consentito un livello minimo di armonizzazione delle procedure, pur rilevando il limitato impatto sulla generalità dei flussi migratori, si veda https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/legal-migration/fitness-check_en.

18. Nel 2018 a fronte di una riduzione del 7,9% nel rilascio di nuovi permessi (per un totale di 242.009 nuovi permessi di soggiorno) si segnala un ulteriore aumento dei nuovi permessi per motivi familiari, che, in termini relativi, sono pari ad oltre il 50% dei nuovi rilasci del 2018. Si veda Istat, *Cittadini non comunitari in Italia, 2018-2019*, 17.10.2019.

19. Dati Istat al 1° gennaio 2019.

diritto al raggruppamento familiare sono state applicate in modo troppo ampio o eccessivo»²⁰.

3.1. *L'attuazione della Direttiva 2003/86/CE*

L'attuazione della Direttiva 2003/86 in Italia appare emblematica delle criticità sollevate da questa tecnica legislativa che rimette numerose facoltà in capo agli Stati membri. Nel nostro Paese, infatti, il diritto al ricongiungimento familiare ha rappresentato un ambito privilegiato per le riforme del diritto dell'immigrazione succedutesi nell'ultimo ventennio, spesso ispirate da preoccupazioni di contrasto del fenomeno, le quali hanno trovato espressione nei vari pacchetti o decreti sicurezza che tutti hanno inciso sulla relativa disciplina.

L'Italia, nel recepire la Direttiva sul ricongiungimento familiare, attuata con il d.lgs. n. 5/2007 che ha modificato l'art. 29 Testo Unico, ed introdotto l'art. 29 *bis* che prevede un regime più favorevole in favore dei rifugiati, non si era, infatti, avvalsa delle diverse possibilità ivi contemplate di introdurre condizioni restrittive²¹, mantenendo le ipotesi di ricongiungimento già vigenti e previste in termini facoltativi dalla Direttiva (ricongiungimento con i genitori a carico e con i figli maggiorenni non in grado di mantenersi per ragioni di salute). L'attuazione della Direttiva modificò le rispettive previsioni di legge che, a seguito degli interventi introdotti con l. 189/02, risultavano più restrittive rispetto a quanto previsto dall'art. 4, par. 2, della Direttiva 2003/86. Nel complesso la nuova disciplina appariva conforme alle previsioni della Direttiva ed anzi per diversi aspetti più favorevole (sebbene il legislatore italiano si sia avvalso della clausola opzionale per estendere il ricongiungimento al solo genitore del richiedente e non del coniuge, consentito invece dalla Direttiva). Solo un anno dopo, tuttavia, facendo uso della facoltà di apportare integrazioni o modifiche alla normativa di recepimento, contenuta nella legge comunitaria 2004, ormai scaduta, ma prorogata dal Governo in sede di conversione del d.l. n. 112/2008 (art. 1, co. 3, legge di conversione), il legislatore ha apportato alcune rilevanti modifiche ai profili regolati dalla Direttiva UE, emendando il novero di possibili beneficiari e le condizioni del loro ricongiungimento, oltre al regime probatorio, alla condizione reddituale, ed al termine di conclusione del procedimento.

Le clausole opzionali contemplate dalla Direttiva sono state pertanto utilizzate dal legislatore per un ripensamento della materia, sostanzialmente

20. *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare*, COM(2008) 610 def. dell'8.10.2008, p. 15.

21. Si vedano in particolare le previsioni dell'art. 4.4 e 4.5, dell'art. 8, dell'art. 9.1 e dell'art. 12.1 Direttiva 2003/86.

ripristinando le condizioni introdotte dalla l. 189/02, in particolare per quanto attiene al ricongiungimento con i figli maggiorenni e con i genitori.

La prima ipotesi è stata, pertanto, modificata in senso restrittivo, introducendo il requisito che sussista l'impossibilità di provvedere alle indispensabili esigenze di vita derivante per ragioni oggettive da una condizione di salute che comporti invalidità totale. Parimenti, è stato reso più difficoltoso anche il ricongiungimento del genitore, ripristinando le condizioni contemplate dalla l. 189/02 e richiedendo ulteriormente, per il ricongiungimento con il genitore ultrasessantacinquenne, la disponibilità di un'assicurazione sanitaria idonea a «garantire la copertura di tutti rischi nel territorio nazionale» ovvero dell'iscrizione volontaria al SSN, previo pagamento di un contributo da determinarsi con decreto ministeriale.

La decisione di utilizzare la delega integrativa e correttiva per imporre condizioni più restrittive all'esercizio del diritto è apparsa censurabile sotto il profilo dell'opportunità e di dubbia legittimità, posto che la disposizione già in vigore appariva perfettamente compatibile con le previsioni della Direttiva oggetto del recepimento e quindi, come tale, non necessitava di alcuna «correzione»²². La Corte di cassazione ha, tuttavia, escluso l'abusività dell'intervento correttivo, ritenendolo consentito proprio in virtù delle clausole opzionali di cui si è detto. La Corte ha, pertanto, affermato che «la limitazione all'esercizio del diritto degli ascendenti diretti in primo grado alle più rigorose condizioni di idoneità parentale al sostegno nel Paese di origine, introdotta con la modifica dell'art. 29, co. 1, lett. d), del Testo Unico, così come novellato dall'art. 1, co. 1, lett. d), del d.lgs. n. 160 del 2008, non si pone in contrasto con l'art. 4 della Direttiva 2003/86/CE, che la legge delega n. 62 del 2005 aveva autorizzato a recepire e di cui il d.lgs. n. 160 del 2008 costituisce un intervento correttivo, dal momento che la previsione comunitaria consente, ma non impone l'estensione del diritto agli ascendenti, indicando modalità di valore esclusivamente descrittivo in sede di recepimento»²³.

In senso più positivo, raccogliendo una sollecitazione della stessa Commissione europea²⁴, in assenza delle condizioni per la prevista revisione della

22. Pastore M., *Il decreto legislativo 160/2008: restrizioni per decreto al diritto al ricongiungimento familiare*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», nn. 3-4, 2008, p. 74 ss.; Cascelli A., *Recenti modifiche alla disciplina del ricongiungimento familiare di cittadini extracomunitari*, «Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti», 2.7.2010.

23. Cass. civ., sez. VI, 11.9.2012, n. 15184.

24. Nonostante la lettera della Direttiva, con la comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente gli orientamenti per l'applicazione della Direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento, COM(2014) 210 def. del 3.4.2014, la Commissione aveva esortato gli Stati membri ad adottare norme che riconoscano diritti analoghi, in relazione al ricongiungimento, ai titolari dei due status. L'art. 3, par. 2, Direttiva 2003/86, esclude, infatti, l'applicazione della Direttiva, e quindi le condizioni più favorevoli previste per il ricongiungimento del rifugiato, nei confronti del beneficiario di protezione sussidiaria.

Direttiva 2003/86²⁵, con il d.lgs. 18/2014 è stato modificato l'art. 22 del d.lgs. 251/2007, estendendo le condizioni più favorevoli per il ricongiungimento familiare del rifugiato di cui all'articolo 29 *bis*, al titolare della protezione sussidiaria²⁶.

3.2. *L'attuazione della Direttiva 2003/109*

La Direttiva 2003/109 persegue un duplice obiettivo: da un lato l'armonizzazione delle norme e pratiche nazionali sul riconoscimento dello *status* di residente di lungo periodo per i cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti, dall'altro la definizione delle condizioni alle quali essi possono soggiornare in uno Stato membro dell'Unione diverso da quello in cui hanno ottenuto tale *status*. Una possibilità che si è, tuttavia, rivelata di scarso impatto fino ad oggi, essendo stati pochi i cittadini di Paesi terzi che si sono avvalsi della suddetta facoltà, probabilmente a causa dell'eccessiva rigidità degli Stati membri nell'applicazioni delle condizioni previste²⁷. L'acquisizione dello *status* è permanente, a meno che non venga revocato in presenza di uno dei presupposti specificamente previsti, e fornisce poi una tutela rafforzata contro le misure di allontanamento.

Rispetto ad alcuni Stati membri che non disponevano di un permesso di soggiorno per i residenti di lunga durata e per i quali l'adozione della Direttiva ha inciso profondamente sulla disciplina dell'immigrazione, il recepimento a mezzo del d.lgs. 3/2007 ha comportato la revisione dell'art. 9 Testo Unico, che già disciplinava la carta di soggiorno "nazionale". La trasposizione ha riportato ai termini originariamente previsti dalla legge Turco-Napolitano, poi estesi dalla l. 189/02, prevedendo che il permesso di soggiorno di lunga durata possa essere rilasciato agli stranieri titolari di permesso di soggiorno regolarmente in Italia da almeno cinque anni²⁸ (con esclusione dei titoli di soggiorno indicati al co. 3), i quali dispongano di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale ovvero, qualora la richiesta sia relativa anche ai familiari, di un reddito sufficiente e di un alloggio idoneo, requisiti entrambi determinati secondo i parametri previsti dall'art. 29 per il ricongiungimento familiare.

25. Art. 19 Direttiva 2003/86.

26. L'Italia ha raccolto l'invito della Commissione insieme ad altri tredici Stati membri. Si veda la relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della Direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare, COM(2019) 162 def. del 29.3.2019.

27. Si veda la relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della Direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, COM(2019) 161 def. del 29.3.2019.

28. Il termine di sei anni per l'acquisto della carta di soggiorno era stato introdotto dall'art. 9 l. 189/02, che aveva modificato *in parte qua* il testo dell'art. 9 d.lgs. 286/98.

L'attuazione della Direttiva ha, inoltre, modificato la disciplina delle cause di diniego e di revoca del titolo di soggiorno a tempo indeterminato, nonché dell'espulsione del titolare di permesso di soggiorno UE, eliminando gli automatismi collegati all'esistenza di condanne o alla pendenza di procedimenti penali, previsti per la carta di soggiorno dall'art. 9 originario, e introducendo limiti alla potestà di espulsione. I diritti e le facoltà che vengono riconosciuti dall'art. 9, co. 12 al soggiornante di lungo periodo, in attuazione della clausola di parità di cui all'art. 11 Direttiva, non sono dissimili da quelle che già erano collegate, nella disciplina previgente, alla titolarità della carta di soggiorno. Tuttavia, la previsione di un complesso di diritti in condizione di parità con il cittadino italiano di fonte sovranazionale ha avuto l'effetto di imporre un ulteriore, inderogabile limite, alla discrezionalità del legislatore. Oltre al ricordato intervento della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *Kamberaj*, con riferimento ad una legge provinciale, diverse sono state le pronunce della Corte costituzionale²⁹ relative a normative regionali che limitavano l'accesso a prestazioni sociali, ed in particolare all'edilizia residenziale pubblica, richiedendo il previo soggiorno sul territorio regionale³⁰ o nazionale³¹ oltre i termini di ragionevolezza e proporzionalità. La previsione di parità di trattamento ha, in alcuni casi, costretto il legislatore a correggere ingiustificate differenze che avevano comportato l'avvio di una procedura di infrazione³².

Con il nuovo articolo 9 *bis* è stato regolato il trattamento riservato in territorio italiano agli stranieri titolari di permesso di soggiorno UE rilasciato da un altro Stato membro e ai loro familiari. Il soggiornante di lungo periodo riconosciuto in altro Stato dell'Unione può, infatti, trasferirsi in Italia per periodi superiori ai tre mesi per esercitarvi un'attività economica, per frequentare corsi di studio o formazione e per ogni altro scopo lecito, purché in tal caso disponga di un'assicurazione sanitaria e di «mezzi di sussistenza non occasionali», determinati nella misura del doppio dell'importo minimo previsto per l'esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria e di una assicurazione sanitaria per il periodo del soggiorno.

29. Per una disamina dettagliata si rinvia a Chiaromonte W., *Lavoro e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2013.

30. Cfr. Corte cost., sentenza n. 168 del 2014 con riferimento alla legge della Regione Valle D'Aosta.

31. Cfr. Corte cost., sentenza n. 106 del 2018 con riferimento alla legge Regione Liguria.

32. Cfr. ad esempio la procedura di infrazione avviata dalla Commissione con l'invio di una lettera di messa in mora (procedura n. 2013/4009), relativa alla carta acquisti di cui al d.l. 25.6.2008 n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, in favore di persone in condizioni di disagio economico, ultrasessantacinquenni o genitori/tutori di un minore di età inferiore ai 3 anni, originariamente prevista solo in favore dei cittadini italiani ed estesa dalla legge di stabilità 2014 anche a favore dei cittadini di Stati membri dell'Unione europea e loro familiari e dei titolari del permesso di soggiorno di lunga durata, al fine di evitare la possibile condanna.

Utilizzando la facoltà di cui all'art. 14, par. 4, della Direttiva (che consente agli Stati membri di limitare il numero totale di persone che possono rivendicare il diritto di soggiorno, a condizione che tali limitazioni fossero già previste per l'ammissione di cittadini di Paesi terzi dalla legislazione vigente al momento dell'adozione della stessa Direttiva), il legislatore italiano (così come quello austriaco e rumeno) ha previsto che il permesso di soggiorno UE di lungo periodo rilasciato da altro Stato membro possa essere convertito in permesso per lavoro subordinato o autonomo solo nell'ambito delle quote definite nel decreto flussi annuale.

La disciplina italiana è stata oggetto di diversi interventi della Corte di giustizia dell'Unione europea. Oltre alla ricordata sentenza *Kamberaj*, nel caso *CGIL e INCA*, richiamando i principi già espressi in relazione alla legislazione olandese, la Corte ha ritenuto che la Direttiva 109/2003 non consenta l'imposizione ai cittadini di Paesi terzi che chiedono il rilascio o il rinnovo di un permesso di soggiorno del pagamento del contributo (di importo variabile tra 80 e 200 euro) introdotto dal decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 6 ottobre 2011, ritenendolo sproporzionato rispetto alla finalità perseguita dalla Direttiva ed atto a creare un ostacolo all'esercizio dei diritti conferiti dalla stessa. D'altro canto, con la sentenza resa nel caso *Tahir* la Corte ha, invece, ritenuto non compatibile con la Direttiva una prassi più favorevole applicata da alcune questure italiane in relazione alla durata del soggiorno del familiare di persona che abbia già acquisito lo *status* di soggiornante di lungo periodo, puntualizzando che il familiare non può essere esentato dalla condizione prevista all'art. 4, par. 1, della citata Direttiva, e che permessi rilasciati a condizioni più favorevoli, pur consentiti dall'art. 13 Direttiva, non sono permessi di soggiorno UE di lunga durata e non conferiscono, in linea di principio, al titolare il diritto di soggiornare per più di tre mesi nel territorio di Stati membri diversi da quello che gli ha concesso lo *status* di soggiornante di lungo periodo.

3.3. *Le condizioni di integrazione*

In termini simili le Direttive sul ricongiungimento familiare (art. 7, par. 1) e i soggiornanti di lungo periodo (art. 5, par. 2) sanciscono la facoltà per gli Stati membri di introdurre condizioni di integrazione contemplate dalle Direttive sul ricongiungimento familiare e sui soggiornanti di lunga durata. La filosofia sottostante a queste previsioni appare risiedere in una visione di integrazione intrinsecamente contraddittoria: da un lato, il ricongiungimento familiare e l'accesso ad uno *status* rafforzato per quanti abbiano vissuto all'interno dello Stato membro per un tempo ragionevolmente lungo sono ritenuti funzionali al percorso di integrazione, come si afferma nelle conclusioni del programma di Tampere, dall'altro lato, in ottemperanza ad una visione che

stava emergendo in alcuni Stati membri³³, l'impossibilità di dare prova di adeguata integrazione o capacità di integrazione (per i familiari che devono ricongiungersi) costituisce impedimento per l'accesso alle suddette posizioni.

Nel processo di recepimento delle Direttive, agli Stati membri era pertanto consentito introdurre dei criteri vincolanti di integrazione, quali condizioni giuridiche obbligatorie per avere accesso al complesso di diritti e libertà che queste Direttive conferiscono. Ciò è del resto puntualmente avvenuto ad esempio in Francia, dove le modifiche apportate alla disciplina dell'immigrazione nel 2007³⁴, e che tra le altre cose hanno introdotto il «*contrat d'accueil et d'intégration pour la famille*» che subordina il ricongiungimento familiare dello straniero di età compresa tra i sedici e i sessantacinque anni al superamento di un accertamento linguistico e alla frequenza di un apposito programma di integrazione civica nel Paese di origine, sono state giustificate in ragione della necessità di dare attuazione alla Direttiva in questione³⁵, nonostante la previsione avesse carattere facoltativo.

In Italia, tali condizioni non sono state incluse al momento del recepimento nel 2007, bensì in una fase successiva. Il dibattito politico che si sviluppò in Europa, a seguito dell'introduzione di quelle previsioni nella Direttiva, ne propagò la diffusione tra gli Stati membri ed attualmente le condizioni di integrazione, seppur con modalità eterogenee, sono previste in una decina di Paesi UE³⁶.

Nel processo di progressivo inasprimento della disciplina sull'immigrazione, che ha caratterizzato soprattutto l'ultimo decennio, anche il legislatore italiano ha rivolto l'attenzione verso tale tematica, che è apparsa funzionale a tale politica. L'art. 4 *bis* del Testo Unico è stato introdotto dalla l. 94/2009,

33. L'introduzione di tali condizioni era stata richiesta dagli Stati membri (Olanda, Germania e Austria) che simili condizioni avevano introdotto nei rispettivi ordinamenti. Si veda in proposito Halleskov L., *The Long-Term residents directive: A fulfilment of the Tampere objective of Near-Equality*, «European Journal of Migration and Law», vol. 7, 2005, p. 181 ss.

34. *LOI n. 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*.

35. «L'article 1^{er} fait application de ce dispositif de préparation au parcours d'intégration républicaine aux étrangers de plus de seize ans pour lesquels est sollicité le bénéfice du regroupement familial. Ces dispositions sont dans le droit fil de la directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial qui, dans son article 7, paragraphe 2, prévoit que les Etats membres peuvent exiger des ressortissants de pays tiers qu'ils se conforment aux mesures d'intégration dans le respect du droit national». Si veda la relazione illustrativa: www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?sessionId=06F844F7A1610D142CCE003AB3C0BE31.tplgfr21s_2?idDocument=JORFDOLE000017758173&type=expose&typeLoi=&legislature=.

36. Per un'analisi dettagliata si veda EMN Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2016, *Family Reunification of Third-country Nationals in the EU plus Norway: National Practices*, aprile 2017, disponibile su: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/00_family_reunification_synthesis_report_final_en_print_ready_0.pdf.

quale ulteriore presupposto per il rilascio del titolo di soggiorno. Sulla base del suddetto accordo, lo straniero si impegna a raggiungere determinati «obiettivi di integrazione», il cui mancato conseguimento può comportare la perdita del titolo di soggiorno e l'espulsione dal territorio nazionale. La scelta del nome, che evidentemente suscita perplessità, trattandosi di un impegno essenzialmente a carico dello straniero, assunto sulla base di condizioni predefinite³⁷, evoca analoghe iniziative attuate in altri Stati europei (si pensi al *contrat d'intégration républicaine* in vigore in Francia, all'*integrationsvereinbarung* in Austria).

3.4. *Il contrasto all'immigrazione irregolare*

Più agevole si è rivelata la convergenza del consenso intorno alle norme relative al contrasto all'immigrazione irregolare, con l'adozione di un complesso di strumenti che ha portato ad un inasprimento del quadro sanzionatorio-repressivo nei confronti di chi favorisce l'ingresso, il transito ed il soggiorno illegali³⁸, impieghi cittadini di Paesi terzi in posizione irregolare³⁹, nonché dei vettori che trasportano nel territorio dei Paesi dell'Unione europea cittadini di Paesi terzi privi dei documenti d'ingresso necessari⁴⁰.

Lo strumento più controverso è rappresentato dalla c.d. Direttiva rimpatri, con la quale sono state dettate le norme e le procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Essa segue un altro strumento, adottato qualche anno prima al fine di consentire il riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini di Paesi terzi⁴¹.

37. Zorzella N., *L'accordo di integrazione. Ultimo colpo di coda di un governo cattivo*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2011, p. 58 ss.

38. Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in GUUE L 168 del 30.6.2009 p. 24 ss.

39. Direttiva 2002/90/CE sul favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, che impone sanzioni appropriate per chiunque intenzionalmente aiuti una persona a entrare in modo illegale in uno Stato membro, in GUCE L 328 del 5.12.2002, p. 17 ss. e decisione quadro 2002/496/GAI relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento, dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, che prevede la consegna degli autori del reato accompagnata da misure di espulsione, in GUCE L 328 del 5.12.2002, p. 1.

40. Direttiva 2001/51/CE del Consiglio, del 28 giugno 2001, che integra le disposizioni dell'articolo 26 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, in GUCE L 187 del 10.7.2001. Si veda anche la Direttiva 2004/82/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 concernente l'obbligo dei vettori di comunicare i dati relativi alle persone trasportate, in GUUE L 261 del 6.8.2004.

41. Direttiva 2001/40/CE sul riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini di Paesi terzi in GUCE L 149 del 28.5.2001, p. 34 ss.

L'attuazione in Italia della Direttiva rimpatri deve essere collocata in un contesto di rafforzamento dell'apparato di contrasto dell'immigrazione irregolare, attuato anche attraverso una sempre più stretta intersezione tra diritto penale e diritto dell'immigrazione. La disciplina nazionale vigente in materia di rimpatrio, al momento della scadenza del termine di recepimento, presentava diversi profili di incompatibilità con la normativa comunitaria, cui il Ministero dell'interno tentò di porre rimedio con una circolare indirizzata alle competenti autorità, con l'intento di favorire un'interpretazione della normativa vigente conforme alla Direttiva⁴².

Tuttavia le differenze strutturali della normativa italiana rispetto all'impianto proposto dalla Direttiva erano troppo marcate, perché se ne potesse garantire il rispetto con la sola interpretazione. L'espulsione coattiva, accompagnata da un divieto di reingresso di dieci anni, costituiva la misura di applicazione generale e, in caso di impossibilità di esecuzione immediata dell'allontanamento, il trattenimento era applicato in via ordinaria anziché residuale, con un significativo ricorso a sanzioni penali.

Alcune di tali incongruenze, e in particolare la compatibilità con gli artt. 15 e 16 della Direttiva della previsione della pena della reclusione da uno a cinque anni, nel caso di inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale di cui all'art. 14, co. 5 *ter* e 5 *quater* del Testo Unico, fu oggetto di un rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte d'appello di Trento dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *El-Dridi*.

Scaduto il termine per il recepimento della Direttiva, ritenendo che le disposizioni in questione avessero i caratteri per la diretta applicabilità, la Corte giudicò incompatibile non solo la succitata norma specifica, ma anche di qualsiasi altra disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 che potesse comprometterne l'effetto utile⁴³. In particolare, rilevava la Corte, una pena detentiva, come quella in questione, «rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta Direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare»⁴⁴.

I giudici italiani si sono prontamente conformati all'indicazione della Corte di disapplicare la norma ritenuta incompatibile e, in particolare, la Corte di cassazione, lo stesso giorno della sentenza, dichiarò che la pronuncia della Corte di Lussemburgo, interpretando in maniera autoritativa il diritto dell'Unione con effetto diretto per tutti gli Stati membri e le rispettive giurisdizioni, avesse inciso sul sistema normativo nazionale, con un effetto paragonabile a

42. Circolare del 17 dicembre 2010, Prot. 400/B/2010.

43. Cfr. CGUE, *El Dridi*, cit., punto. 61.

44. Amalfitano C, *La reclusione degli immigrati irregolari per la violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. direttiva rimpatri*, «Cassazione penale», 2011, p. 2786 ss.

quello della legge, «con portata abolitrice della norma incriminatrice»⁴⁵. L'urgente intervento legislativo che ne seguì, onde evitare l'avvio di una procedura di infrazione⁴⁶, non modificò in modo sostanziale la struttura del sistema italiano di espulsione⁴⁷, la legislazione e la prassi essendo ancora caratterizzate da un'elevata prevalenza del meccanismo di espulsione coattiva, anche in ragione del difficile soddisfacimento dei requisiti per la partenza volontaria.

Contribuisce a rendere l'allontanamento coattivo ed il trattenimento misure di applicazione generale, la previsione che l'assenza del passaporto costituisce di per sé, senza una valutazione complessiva della situazione individuale, un indizio della sussistenza del rischio di fuga⁴⁸, escludendo il ricorso a misure alternative, a scapito del principio di proporzionalità che dovrebbe invece caratterizzare l'uso di tali strumenti. Certamente le criticità legate alla definizione del rischio di fuga non caratterizzano solo il sistema italiano. Infatti, la Commissione europea ha individuato nozioni e interpretazioni incoerenti del rischio di fuga e del ricorso al trattenimento come una delle principali criticità nell'applicazione della Direttiva nella gran parte degli Stati membri. Per evitare interpretazioni divergenti o inefficaci, la Commissione ha proposto un elenco comune, non esaustivo, di criteri oggettivi per determinare l'esistenza di tale rischio nell'ambito di una valutazione globale delle circostanze specifiche del singolo caso⁴⁹.

4. Il sistema di asilo

Tra i maggiori risultati conseguiti dall'Unione europea dall'avvio della nuova competenza si può annoverare la creazione di un Sistema Comune Europeo di Asilo ("SECA"), che fondandosi sulla Convenzione di Ginevra relativa allo statuto dei rifugiati del 1951, ha introdotto anche una forma di protezione sussidiaria, di carattere complementare e supplementare rispetto alla protezione sancita in detta Convenzione. Il SECA si è strutturato sulla base

45. Cass. pen. sez. I, 28/04/2011, n. 22105. Si veda Nascimbene B, *Immigrazione, Corte di giustizia e norme nazionali. L'immigrazione, gli afflussi dal Nord Africa, la crisi economica*, «Il Corriere giuridico», 1337, 2011.

46. Il recepimento è stato attuato con il d.l. 23 giugno 2011, n. 89, convertito con modifiche dalla legge 2 agosto 2011, n. 129, che ha modificato il Testo Unico. Natale A., *La direttiva 2008/115/CE. Il decreto legge di attuazione n. 89/2011 - Prime riflessioni a caldo*, «Diritto penale contemporaneo», 2011, www.penalecontemporaneo.it.

47. Gallo D., *La voie italienne de la criminalisation des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière partiellement remise en cause*, «Revue des affaires européennes», vol. 2011, p. 433 ss.

48. Art. 13, co. 4 *bis*, lettera a) del Testo Unico.

49. Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione), COM(2018) 634 def. del 12.9.2018.

di un complesso di strumenti (quattro Direttive specifiche sulle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo, sulla protezione temporanea, sul riconoscimento della qualifica di rifugiato e sulle procedure per ottenere tale riconoscimento, cui vanno aggiunti i regolamenti che compongono il c.d. sistema di Dublino), oggetto di riforma, eccetto la Direttiva sulla protezione temporanea, tra il 2011 e il 2013. La tecnica di armonizzazione per mezzo di Direttive, anche in questo caso fondata su norme minime quanto meno nella prima fase di attuazione (2001-2005), ha rimesso ampia discrezionalità agli Stati membri, lasciando persistere sensibili divergenze applicative del sistema.

Pur con i suddetti limiti, la materia dell'asilo e il *corpus* normativo che ne regola le diverse fasi (accoglienza, procedura di riconoscimento, presupposti e contenuto degli *status* di protezione) costituisce certamente un ambito di significativa rilevanza quanto all'impatto sul nostro diritto nazionale, data la perdurante assenza di una legge organica che desse attuazione all'art. 10, 3° co. Cost. Le norme dell'Unione e quelle nazionali di trasposizione hanno, infatti, contribuito a colmare la lacuna legislativa, giacché le diverse iniziative di legge nella materia succedutesi tra il 1990 e il 2007 si erano rivelate frammentarie e confuse, anche in relazione alla distinzione fra asilo e *status* di rifugiato⁵⁰. La nozione di asilo contenuta nell'art. 10 Cost., e la sfera dei potenziali beneficiari (stranieri ai quali sia impedito l'esercizio effettivo delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione, indipendentemente dalla circostanza che lo straniero abbia subito o tema di subire, in caso di ritorno, delle persecuzioni), restano infatti assai ampie, anche se gli strumenti internazionali e le norme dell'Unione europea forniscono una protezione elevata.

4.1. *Gli status di protezione*

L'adozione delle Direttive che compongono il SECA ha, pertanto, introdotto tre nuove forme di protezione (*status* di rifugiato, protezione sussidiaria e temporanea) riconducibili alla nozione di protezione internazionale, di cui all'art. 78 TFUE. La protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati, funzionale anche alla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'acco-

50. Si vedano in particolare la legge Martelli (n. 39/90) e il regolamento di attuazione (d.p.r. 15.5.1990, n. 136, art. 2), che istituì una "Commissione centrale" competente a determinare il riconoscimento dello *status* di rifugiato, e la l. 30.7.2002, n. 189, che inserì nella legge Martelli gli articoli da 1 *bis* a 1 *septies* e il nuovo regolamento di attuazione (d.p.r. 16.9.2004, n. 303). Sulle proposte di riforma che si sono succedute cfr. Nascimbene B., *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma.*, Cedam, Padova, 1997; Bonetti P., "Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano", in Nascimbene B. (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, p. 1134 ss.

glienza degli stessi, richiede un complesso meccanismo di avvio, ed è finora rimasta inattuata, nonostante nei casi recenti di incremento significativo degli arrivi di persone in cerca di protezione (primavera araba, “crisi migratoria”), essa fosse stata più volte invocata⁵¹, anche dall’Italia. Sussisteva poi la c.d. protezione umanitaria, di cui all’art. 5, co. 6 del Testo Unico, di efficacia puramente nazionale, ammissibile quale forma di protezione ulteriore in caso di sussistenza di seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano, in assenza dei requisiti prescritti per il riconoscimento degli *status* comunitari. Il mantenimento nella legislazione nazionale di tale forma di protezione, prevista peraltro nella gran parte degli Stati membri, ha trovato una legittimazione nella Direttiva 2008/115, la quale aveva sancito la facoltà degli Stati membri (art. 6, par. 4) di rilasciare in qualsiasi momento, «per motivi umanitari, caritatevoli o di altra natura», un permesso di soggiorno autonomo o un’altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di una Paese terzo il cui soggiorno è irregolare⁵². Pertanto per oltre dieci anni, fino all’intervento riformatore del legislatore nazionale nel 2018⁵³, il sistema di protezione italiano si è esplicato mediante tre forme di protezione effettive: due di matrice sovranazionale (*status* di rifugiato, fondato sulla Convenzione di Ginevra del 1951, espressamente richiamata quale parametro di riferimento dall’art. 78, par. 1, TFUE, e *status* di protezione sussidiaria) ed una nazionale (c.d. protezione umanitaria), che insieme hanno assicurato un’ampia tutela idonea a ricomprendere una molteplicità di situazioni pregiudizievoli e di rischi a cui l’individuo potesse essere esposto.

4.2. *L’impatto sul sistema di asilo nazionale*

Il d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, che recepì nell’ordinamento italiano la Direttiva 2004/83/CE⁵⁴, dettò criteri particolareggiati per l’applicazione dei

51. Ineli-Ciger M., *Time to Activate the Temporary Protection Directive, Why the Directive can Play a Key Role in Solving the Migration Crisis in Europe*, «European Journal of Migration and Law», vol. 18, 2016, p. 1 ss.

52. In merito alla relazione tra le forme di protezione nazionali e la protezione internazionale prevista dal diritto UE si veda Colombo E., *Il ruolo della protezione umanitaria nel panorama normativo europeo e le possibili implicazioni della sua abolizione*, «eurojus.it», 1, 2019.

53. Decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni nella legge n. 132 del 1° dicembre 2018, di seguito il “Decreto sicurezza 2018”.

54. Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull’attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, in GUUE L 304 del 30.9.2004, p. 12 ss.

concetti contenuti dalla Convenzione di Ginevra (quale l'appartenenza ad un determinato gruppo sociale), risolvendo in senso positivo alcuni dubbi interpretativi (ad esempio nel caso in cui il rischio di persecuzione o danno grave sia sorto in una fase successiva alla partenza dal Paese di origine), ed introducendo all'interno della normativa italiana la nuova forma di protezione sussidiaria e nozioni importanti sino ad allora non previste (quali ad esempio quella di responsabile della persecuzione o di danno grave). Il legislatore non si avvale di diverse disposizioni facoltative, tra cui la possibilità di escludere dalla protezione chi, almeno in una parte del territorio di origine, abbia accesso alla protezione. La trasposizione della Direttiva qualifiche ha definito anche il complesso di diritti spettanti ai titolari dello *status* di rifugiato e di protezione sussidiaria, prevedendo per questi ultimi il rilascio di un permesso di durata triennale, rinnovabile, in termini più favorevoli rispetto alla Direttiva che prevedeva il rilascio di un permesso di durata almeno annuale. Il d.lgs. 21 febbraio 2014 n. 18, con cui è stata recepita la Direttiva qualifiche rifusa 2011/95/UE⁵⁵, ha tra l'altro puntualizzato alcuni concetti (tra cui le condizioni per la protezione nel Paese di origine, per la cessazione della protezione, l'appartenenza ad un gruppo sociale) e ha parificato i due *status*, prevedendo che ai beneficiari di entrambe le protezioni sia rilasciato un permesso di durata quinquennale.

Il d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, di recepimento della Direttiva 2005/85/CE⁵⁶, introdusse un'unica procedura di richiesta di protezione internazionale, eliminando la procedura semplificata introdotta dalla l. 189/02, e rimettendo alla valutazione delle autorità nazionali preposte, senza preventivi filtri dell'autorità di polizia, la valutazione circa la sussistenza dei presupposti per una delle due forme di protezione (*status* di rifugiato e di protezione sussidiaria) da accertarsi in via graduata partendo dallo *status* più "forte". Il decreto ha, in termini positivi, specificato i casi di inammissibilità della domanda, introdotto l'esame prioritario per i casi manifestamente fondati o in cui il richiedente appartenga a categorie di persone vulnerabili, non utilizzando alcune facoltà previste dalla Direttiva, quali quelle relative ad una procedura in frontiera, al Paese terzo sicuro ed al Paese di primo asilo, nonché prevedendo il gratuito patrocinio in fase di ricorso, mentre la facoltà di introdurre una procedura accelerata è stata applicata dal successivo d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, di recepimento della Direttiva rifusa 2013/32/UE⁵⁷.

55. Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, in GUUE L 337 del 20.12.2011, p. 9 ss.

56. Direttiva 2005/85/CE del Consiglio, del 1 dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato, in GUUE L 326 del 13.12.2005, p. 13 ss.

57. Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di prote-

Anche sul piano dell'accoglienza, la trasposizione della Direttiva 2003/9/CE⁵⁸ ha rappresentato un'occasione di intervento significativo su un sistema che a partire dagli anni Novanta si era configurato in termini di frammentarietà e disorganicità. Con il decreto legislativo 30 maggio 2005, n. 140 (che recepì la Direttiva europea sugli *standards* minimi di accoglienza) furono definiti i ruoli dei vari attori coinvolti nella gestione dell'accoglienza e regolate sia le procedure per l'accesso alle strutture che le condizioni materiali di accoglienza, con un'attenzione per le categorie vulnerabili. Il d.lgs. 142/2015, recependo la Direttiva rifusa 2013/33/UE⁵⁹, ha proseguito il percorso di consolidamento della nuova disciplina dell'accoglienza tracciando un sistema articolato in più fasi⁶⁰. Un sistema che tuttavia si è rivelato largamente insufficiente rispetto alle necessità, portando al ricorso ordinario alle strutture teoricamente destinate alla prima accoglienza, ove tuttavia gli *standards* imposti dalle Direttive non sono assicurati adeguatamente. L'inadeguatezza, in termini di capacità ricettiva e di accesso agli *standards* previsti dalla Direttiva, è stato peraltro rilevato dalla Commissione europea, che avviò una procedura di infrazione⁶¹, e da alcune pronunce delle Corti europee che hanno ritenuto il trasferimento dei richiedenti asilo in applicazione del regolamento Dublino configurasse una violazione dell'art. 3 CEDU, esponendo gli stranieri al rischio di trattamenti inumani e degradanti, quanto meno nei confronti delle categorie più vulnerabili (famiglie con minori, disabili, gravi problemi psichici ecc.)⁶².

zione internazionale, in GUUE L 180 del 29.6.2013, p. 60 ss.; Cfr. In merito all'evoluzione della disciplina sulle procedure si veda Consoli D., Schiavone G., *Verso una migliore tutela dello straniero che chiede asilo? Analisi delle principali novità in materia di diritto di asilo introdotte a seguito del recepimento della direttiva 2005/85/CE con il d.lgs. 25/2008 e il d.lgs. 159/2008*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», n. 3-4, 2008, p. 89 ss.

58. Direttiva 2003/9/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, in GUCE L 31 del 6.2.2003, p. 18 ss.

59. Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, in GUUE L 180 del 29.6.2013, p. 96 ss.

60. Per una ricostruzione dettagliata dell'evoluzione del sistema di accoglienza si veda Giovannetti M., *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2019, disponibile on line.

61. Procedura di infrazione (n. 2012/2189).

62. Corte EDU, GC, 4 novembre 2014, *Tarakhel contro Svizzera*, ric. n. 29217/12, che indirettamente accerta la grave inadeguatezza delle condizioni di accoglienza offerte dall'Italia, con specifico riferimento alla tutela della famiglia e dei minori. Diversi i casi trattati da corti nazionali. Si vedano più di recente Rechtbank Den Haag (Olanda), decisione del 20.4.2017 (con riferimento ad uno straniero disabile); Upper Tribunal (Regno Unito), *SM & Ors v SSHD*, decisione del 4.12.2018 (con riferimento a stranieri con gravi vulnerabilità psichiatriche, la pronuncia contiene un'ampia disamina delle condizioni di accoglienza in Italia).

4.3. *L'inasprimento normativo fondato sul diritto UE*

Anche per la disciplina sull'asilo valgono le considerazioni già formulate sopra con riferimento alla materia dell'immigrazione. Le Direttive che compongono il SECA furono recepite dal legislatore con un atteggiamento complessivamente di favore e, in linea generale, non applicando le disposizioni opzionali introdotte su richiesta degli Stati membri più restrittivi. Il legislatore è ricorso alle suddette facoltà in una fase successiva, divenendo le stesse funzionali all'inasprimento della disciplina. Tra gli interventi successivi, per i quali si è operato un richiamo al quadro giuridico dell'Unione europea, si può menzionare la soppressione del grado di appello per la procedura di riconoscimento della protezione internazionale, introdotta dal c.d. decreto Minniti-Orlando⁶³, che istituì le sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e di libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea. Apertamente ispirato ad una logica deflattiva dei procedimenti amministrativi innanzi alle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, nonché dei relativi ricorsi giurisdizionali, «in considerazione dell'aumento esponenziale delle domande di protezione internazionale e delle impugnazioni giurisprudenziali, collegato alle crisi internazionali in atto», il decreto in questione, poi convertito in legge, è intervenuto in maniera significativa sulla procedura di riconoscimento della protezione internazionale e sul successivo eventuale procedimento giurisdizionale. In particolare, il decreto modificò il d.lgs. 25/2008, stabilendo al nuovo art. 35 *bis* che il decreto emesso in primo grado dal Tribunale non fosse reclamabile, in deroga a quanto previsto con riguardo ai procedimenti camerali in genere dall'art. 739 c.p.c. ma solo ricorribile per Cassazione entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione del decreto a cura della cancelleria, da effettuarsi anche nei confronti della parte non costituita. Con riguardo alla scelta legislativa in favore di un unico grado di merito, nella relazione illustrativa si osservava come la mancata previsione di un secondo grado di merito sia «pienamente compatibile con la giurisprudenza della Corte di giustizia UE», citando a tal fine la sentenza resa nel caso *Samba Diouf*⁶⁴, in cui la Corte aveva affermato che la Direttiva 2005/85 non impone l'esistenza di un doppio grado di giudizio, a condizione che sia possibile esperire un ricorso dinanzi a un organo giurisdizionale, come garantito dall'art. 39 della stessa Direttiva. Sempre nella relazione, a sostegno della scelta del legislatore, si menzionava un'analisi comparata dei sistemi di impugnazione in vigore nei diversi Stati membri, da cui emergeva la prevalenza di Paesi (fra cui Francia, Spagna, Paesi Bassi e Belgio) nei quali,

63. Decreto Legge 17 febbraio 2017, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 13 aprile 2017, n. 46.

64. CGUE, sentenza del 28 luglio 2011, *Brahim Samba Diouf contro Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, causa C-69/10, ECLI:EU:C:2011:524, punto 69.

con riguardo alle controversie in materia di asilo, l'esame in fatto e in diritto è riservato esclusivamente al primo grado, mentre il procedimento di secondo grado può aver ad oggetto esclusivamente profili di legittimità.

Numerosi e controversi gli interventi operati dal legislatore con il c.d. Decreto sicurezza del 2018 e meritevoli di valutazione rispetto alle previsioni dettate dal diritto UE (tra cui l'esclusione dal nuovo sistema SIPROIMI dei richiedenti protezione internazionale) per i quali si rinvia ad altri capitoli del presente volume, ma che in generale mettono nuovamente in luce il tentativo del legislatore di utilizzare tutti i margini di azione facoltativi previsti dai diversi strumenti dell'Unione europea in chiave restrittiva. In tale prospettiva si segnala, in particolare, l'individuazione di una lista di Paesi terzi sicuri, rispetto ai quali si può presumere, salvo prova contraria, che non sussistano rischi idonei a far sorgere le esigenze di protezione e che segna un ripensamento, rispetto alla scelta legislativa operata un decennio prima. Si tratta dell'art. 7, co. 1, lettera a), del decreto sicurezza 2018, che ha inserito un art. 2 *bis* nel testo del d.lgs. 25/2008 che riproduce sostanzialmente il contenuto degli artt. 36 e 37 e l'Allegato I della Direttiva 2013/32/UE. Come si è detto, tale facoltà (già prevista anche dall'art. 27 Direttiva 2005/85) non era stata esercitata in sede di recepimento della prima Direttiva procedure, né della seconda. Il recente decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale del 4 ottobre 2019, dando attuazione al nuovo art. 2 *bis*, ha invece dettato una lista, da aggiornarsi periodicamente, di Paesi da considerarsi sicuri. Ad ispirare e giustificare l'innovazione, in termini similari alla succitata soppressione del grado di appello, è stata richiamata la circostanza che numerosi Stati membri hanno fatto uso della predetta facoltà⁶⁵. In termini similari, il richiamo alle facoltà previste dalla Direttiva 2013/32/UE è stato posto a fondamento di ulteriori modifiche operate dal Decreto sicurezza del 2018⁶⁶, quali l'ampliamento del campo di applicazione della procedura c.d. accelerata⁶⁷, che prevede tempi di esame e decisione più rapidi, con effetto sospensivo non automatico in caso di ricorso avverso il diniego, l'intervento in senso estensivo sulle ipotesi di

65. Servizio studi del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, *Decreto-legge immigrazione e sicurezza pubblica*, 2018, disponibile on line.

66. Su questi aspetti si veda Fachile S., Massimi A., Leo L., *Le nuove procedure accelerate: lo svilimento del diritto di asilo*, «Questione giustizia», 3.11.2019, disponibile on line.

67. Art. 28 *bis*, co. 1, d.lgs. n. 25 del 28 gennaio 2008. Ai sensi dell'art. 28 *bis*, co. 1 *ter*, del d.lgs. n. 25 del 28 gennaio 2008, come modificato dal decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni nella legge n. 132 del 1° dicembre 2018, tale procedura accelerata è stata estesa anche al caso in cui il richiedente presenti la domanda di protezione internazionale direttamente alla frontiera o nelle zone di transito di cui al co. 1 *quater*, dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli e nei casi di cui all'articolo 28, co. 1, lettera *c-ter* (domanda presentata da un richiedente proveniente da un Paese designato di origine sicuro). In tali casi la procedura può essere svolta direttamente alla frontiera o nelle zone di transito.

manifesta infondatezza delle domande⁶⁸ e sulla disciplina relativa alla c.d. domanda reiterata, di cui si introduce una definizione⁶⁹.

5. Conclusioni

In conclusione, quindi, l'adozione di un quadro giuridico dell'Unione europea nelle materie dell'immigrazione e asilo ha certamente favorito un processo di armonizzazione, introducendo ulteriori limiti e *standards* di riferimento (norme dei Trattati, Carta europea dei diritti fondamentali, diritto derivato) nella fase di attuazione e applicazione della normativa nazionale da parte delle autorità preposte. Tuttavia, da un lato, tale quadro appare ancora di portata limitata, date le difficoltà all'esercizio di detta competenza, e dall'altro lato, l'adozione prevalentemente di Direttive, che si connotano per una molteplicità di clausole opzionali, ha avuto l'effetto di frammentare la disciplina, prestandosi a revisioni successive e contingenti, in funzione delle visioni politiche dei governi nazionali, che si sono succeduti e, sotto molti aspetti, si sono influenzati reciprocamente.

68. Art. 28 *ter*, d.lgs. n. 25 del 28 gennaio 2008, introdotto dal decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni nella legge n. 132 del 1° dicembre 2018.

69. Art. 2, lett. *b-bis*, d.lgs. n. 25 del 28 gennaio 2008, introdotto dal decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni nella legge n. 132 del 1° dicembre 2018.

30 anni di legislazione italiana in materia di condizione giuridica della persona straniera. Alcune chiavi di lettura

di Massimo Pastore* e Nazzena Zorzella**

«Prima o poi qualcuno di noi verrà ammazzato
ed allora ci si accorgerà che esistiamo».

Jerry Essan Masslo, Umtata 4 dicembre 1959 - Villa Litterno, 25 agosto 1989

Sommario: 1. Lo straniero è il nemico. Le disposizioni sugli stranieri del Testo unico di pubblica sicurezza del 1931. – 2. Affermazioni di principio e realtà dei fatti: l'articolo 10 della Costituzione e la disciplina "per circolari" della condizione giuridica dello straniero in Italia. – 3. La legge Martelli del 1990 e gli Accordi di Schengen. – 4. L'ingresso dell'Italia nell'area Schengen e il Testo Unico immigrazione del 1998. – 5. La difficile stabilizzazione della condizione giuridica del cittadino straniero. – 6. segue: la programmazione dei flussi d'ingresso in Italia. – 7. Un accenno alle riforme mancate: il passaggio delle competenze dall'autorità di PS all'ente locale, la partecipazione politica dei cittadini stranieri e la cittadinanza ai minori stranieri. – 8. Le conseguenze di una politica dell'immigrazione sbagliata. – 9. L'urgenza di invertire la logica è la vera emergenza del terzo millennio.

1. Lo straniero è il nemico. Le disposizioni sugli stranieri del Testo unico di pubblica sicurezza del 1931

Come è noto agli studiosi della materia, la prima legge italiana in materia di immigrazione risale all'anno 1986 (legge n. 943 del 30.12.1986) e fu emanata, seppure con grave ritardo¹, per dare attuazione alla Convenzione OIL n. 143 del 1975, recante Norme sulle immigrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti, ratificata dall'Italia con legge n. 158 del 1981.

* Avvocato ASGI del foro di Torino.

** Avvocata ASGI del foro di Bologna.

I paragrafi da 1 a 4 sono attribuibili a Pastore M., quelli da 5 a 9 a Zorzella N., pur nella condivisione generale dell'elaborato.

1. Cester C., *La disciplina dei lavoratori extracomunitari in Italia*, «Nuove leggi civili commentate», n. 6, 1988.

Fino alla legge del 1986, la disciplina della condizione giuridica dei cittadini stranieri in Italia era affidata unicamente al Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (TULPS) di epoca fascista² ed al relativo Regolamento di attuazione³, alle disposizioni del codice penale del 1930 relative all'espulsione come misura di sicurezza (artt. 235 e 312 c.p.) nonché alle regole di "diritto internazionale privato", dettate dagli artt. da 16 a 31 delle Disposizioni preliminari al codice civile (preleggi) del 1942, il cui art. 16 subordinava al principio di reciprocità l'ammissione dello straniero al godimento dei diritti civili riconosciuti al cittadino.

Frutto di un'epoca in cui lo straniero era considerato di per sé un potenziale nemico, la scarna normativa del TULPS disciplinava gli obblighi di segnalazione, ai quali erano soggetti sia gli stranieri (che dovevano *dare contezza di sé* e fare la dichiarazione di soggiorno all'autorità di P.S. entro tre giorni dal loro ingresso in Italia o dai successivi spostamenti da un comune a un altro), sia chi dava loro lavoro o cedeva la proprietà o il godimento di beni immobili.

L'immigrazione e l'insediamento di stranieri in territorio italiano erano dunque questioni trattate esclusivamente sotto il profilo della sicurezza e dell'ordine pubblico, secondo un sistema fortemente caratterizzato dalla soggezione ai poteri della polizia e del Ministero dell'interno. La condizione di irregolarità del soggiorno era per lo più soggetta ad una forma di repressione penale "indiretta": di regola, infatti, l'allontanamento per motivi di ordine pubblico dello straniero irregolare veniva disposto dal prefetto con le forme del foglio di via obbligatorio, la cui inosservanza, consistente nell'"allontanarsi dall'itinerario ad essi tracciato", comportava l'arresto obbligatorio e la condanna alla pena da uno a sei mesi, con successiva traduzione alla frontiera.

Analoga disciplina era dettata per l'espulsione mediante foglio di via obbligatorio o per il respingimento alla frontiera degli stranieri «indigenti o che esercitino il meretricio o mestieri dissimulanti l'ozio, o il vagabondaggio o la questua» (art. 271 d.p.r. 635/40). Solo nei casi più gravi (per condanne penali o per motivi di ordine pubblico) il prefetto disponeva l'espulsione immediata, con divieto di rientro in territorio nazionale a tempo indeterminato. Significativo è poi il fatto che, fino al 1986, l'unico intervento normativo in materia sia stata l'introduzione dell'espulsione nei confronti degli stranieri «che non dimostrano, a richiesta dell'autorità di pubblica sicurezza, la sufficienza e la liceità delle fonti del loro sostentamento in Italia» (art. 25 legge n. 152/1975, c.d. legge Reale).

Dal sistema del foglio di via obbligatorio, che restò in vigore fino al 1989 e che costituisce il primo esempio di utilizzo improprio del sistema penale, con funzioni ancillari rispetto al procedimento amministrativo di allontanamento

2. Regio Decreto n. 773/1931, Titolo V, *Degli Stranieri*.

3. R.D. n. 635/1940.

dal territorio nazionale degli stranieri irregolari, derivò un processo di criminalizzazione su larga scala degli stranieri in condizione irregolare⁴, il cui numero andava crescendo man mano che l'Italia, per una serie di ragioni tra cui spiccano in particolare gli effetti delle “politiche di stop” agli ingressi per motivi di lavoro adottate nei primi anni Settanta dai Paesi europei di tradizionale immigrazione, si trasformava da Paese di emigrazione a Paese di transito dei flussi migratori verso l'Europa, per diventare infine un Paese di destinazione di tali flussi⁵.

2. Affermazioni di principio e realtà dei fatti: l'articolo 10 della Costituzione e la disciplina “per circolari” della condizione giuridica dello straniero in Italia

Nonostante la previsione dell'articolo 10, co. 2, della Costituzione italiana del 1948, secondo cui la condizione giuridica dello straniero deve essere regolata dalla legge (c.d. riserva di legge) in conformità delle norme e dei trattati internazionali (c.d. riserva di legge rinforzata), la normativa del TULPS è rimasta in vigore per altri 40 anni dopo il 1948. Solo a partire dagli anni Ottanta, infatti, con la graduale trasformazione dell'Italia da Paese di emigrazione a Paese di immigrazione, si registrano i primi interventi normativi espressamente rivolti a regolamentare i flussi di ingresso e a disciplinare la condizione giuridica degli immigrati stranieri in Italia. Si tratta di due leggi – la n. 943/86 e la n. 39/90 – che affrontavano solo alcuni aspetti del fenomeno migratorio, fornendo nel loro insieme una disciplina ancora frammentaria e lacunosa.

In particolare, la legge n. 943 del 1986, essendo volta a dare una prima attuazione al principio della parità di trattamento tra lavoratori stranieri e lavoratori nazionali sancito dalla Convenzione OIL n. 143 del 1975, trattava il solo aspetto lavorativo, disciplinando modalità e condizioni per l'accesso al lavoro (consentito con il rilascio di nulla osta da parte della Direzione Provinciale del

4. Sugli effetti criminalizzanti delle misure di allontanamento previste dal TULPS si rinvia a Castelli C., Croci M., Di Lecce M., Gandus N., Imprudente E., *La giustizia lampo (Ricerca su due mesi di direttissime nella Pretura di Milano)*, «Questione giustizia», 1986, p. 371 ss.; Pastore M., *Produzione normativa e costruzione sociale della devianza e criminalità tra gli immigrati*, Quaderni ISMU, Milano, 1995, p. 11 ss.; Perduca A., *Allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato e orientamenti giurisprudenziali*, «Questione giustizia», 1986, p. 689 ss.; Pepino L., Zanchetta P.L., *L'Italia degli stranieri: il controllo amministrativo e penale*, «Questione giustizia», 1989, p. 657 ss.

5. Gli effetti di lungo periodo delle politiche degli *stop* adottate dai Paesi europei di tradizionale immigrazione sono analizzati da Collinson S., *Le migrazioni internazionali e l'Europa*, il Mulino, Bologna, 1994. Mi si consenta anche il rinvio a Pastore M., “Le politiche degli Stati europei”, in Lonni A. (a cura di), *I diritti di Odisseo. Appunti sparsi in materia di immigrazione*, Ed. dell'Orso, Torino, 1998.

Lavoro, previa verifica dell'indisponibilità di lavoratori italiani e comunitari iscritti all'Ufficio di collocamento) e per l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare (art. 4, l. 943/86).

L'entrata in vigore della legge 943/86 veniva accompagnata da una procedura di regolarizzazione delle situazioni pregresse, rivolta da un lato agli stranieri a qualsiasi titolo residenti o dimoranti in territorio italiano, dall'altra ai datori di lavoro che impiegavano irregolarmente manodopera straniera.

Obiettivo dichiarato era quello di legalizzare la presenza di tutti quegli stranieri che, attratti dal mercato del lavoro italiano, vi avevano fatto facilmente ingresso, per lo più come turisti, senza potere poi ottenere un permesso di soggiorno, peraltro non previsto e non disciplinato dalla legge fino alla fine degli anni Ottanta (legge n. 39/90, cd. legge Martelli)⁶. Sino ad allora, infatti, all'obbligo di «dare contezza di sé», di cui all'art. 142 del TULPS, non seguiva il rilascio di una vera e propria autorizzazione al soggiorno. L'autorità di P.S., dopo aver verificato l'assenza di motivi ostativi alla permanenza in territorio italiano, rilasciava allo straniero una "ricevuta", che costituiva prova dell'avvenuta presentazione e che doveva essere esibita ad ogni richiesta da parte dell'autorità di P.S. Questo almeno in teoria, visto che, con l'andare del tempo, la "ricevuta" prese nell'uso comune il nome di "permesso di soggiorno": la mera certificazione prevista dal TULPS si trasformò in autorizzazione amministrativa di fatto, la cui disciplina, non essendo regolata dalla legge, veniva via via dettata dai Ministeri competenti mediante "circolari", che si trovarono così a svolgere un'impropria funzione para-legislativa, in un regime di assoluta discrezionalità⁷.

La condizione giuridica degli stranieri in Italia, già caratterizzata come si è visto dalla soggezione ai poteri della polizia, risultò così ulteriormente connotata da notevole incertezza, sia quanto alle fonti normative e ai loro contenuti, sia quanto alle possibilità di tutela giurisdizionale contro i poteri della P.A., con riguardo sia al permesso di soggiorno e alle relative circolari del Ministero dell'interno, sia per il rilascio del nulla osta all'ingresso e dell'autorizzazione al lavoro, secondo le disposizioni emanate dal Ministero del lavoro⁸. Tutto

6. La situazione che ne derivava è stata efficacemente descritta come caratterizzata dalla contraddizione insita in «una politica di "porte spalancate" all'ingresso e di "inserimento impossibile" ad ingresso avvenuto», da Pepino L., Zanchetta P.L., *op. cit.*

7. Si veda in proposito l'ampia raccolta di circolari curata da Nascimbene B., *Lo straniero nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1988.

8. L'Italia non era peraltro l'unico Paese in cui il controllo dei movimenti migratori era considerato «una materia lasciata all'assoluta discrezionalità delle pubbliche autorità», le cui regole spesso non venivano nemmeno pubblicate ed erano quindi sottratte al controllo giurisdizionale, il che non faceva che «accrescere i poteri delle autorità» (Groenendijk K., *Immigrazione e diritto in Europa nella seconda metà del XX secolo*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 1999, p. 11 ss.). Per uno studio comparato degli ordinamenti inglese, francese e tedesco, v. Melica L., *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 45 ss.

ciò, naturalmente, in spregio alla previsione della riserva di legge rinforzata di cui all'art. 10, co. 2, Cost.

3. La legge Martelli del 1990 e gli Accordi di Schengen

Sul finire degli anni Ottanta del secolo scorso era ormai da tempo avvertita l'esigenza di proseguire il cammino iniziato con la legge 943/86 la quale, pur avendo finalmente dettato importanti disposizioni normative in tema di lavoro e accesso al collocamento dei lavoratori stranieri, servizi socio-sanitari, diritto al ricongiungimento familiare e visti di ingresso per motivi di lavoro, aveva ancora rinviato la disciplina di istituti della massima importanza, a cominciare da quelli riguardanti le condizioni di ingresso e di soggiorno degli stranieri in Italia.

Se rispetto a tali questioni era senz'altro necessario – se non altro per ragioni di ordine costituzionale – un intervento normativo ad ampio raggio, non vi è dubbio che la scelta del governo di ricorrere alla decretazione d'urgenza, alla fine del 1989, fu favorita e giustificata dall'ondata emotiva suscitata dall'omicidio, il 25 agosto 1989 a Villa Literno, di Jerry Esslan Masslo, bracciante agricolo sudafricano la cui domanda di asilo era stata dichiarata inammissibile perché non proveniente da un Paese europeo (come previsto dalla c.d. riserva geografica, rimasta in vigore fino al d.l. n. 416/89) e dalla grande manifestazione nazionale antirazzista del 7 ottobre, che seguì all'omicidio. Di fronte alla situazione “emergenziale” che si era venuta così a creare, il governo, inizialmente orientato a presentare al Parlamento un “pacchetto” di sette disegni di legge, ciascuno predisposto dal Ministero competente e tutti coordinati dal vice-Presidente del Consiglio Claudio Martelli⁹, dopo la metà di dicembre 1989 sostituiva l'ipotesi di lavoro iniziale con quella di presentare un'unica legge-quadro, che avrebbe seguito il normale *iter* parlamentare, con la sola eccezione della sanatoria, le cui disposizioni sarebbero state stralciate e introdotte con decreto legge. Del tutto inaspettatamente, però, prevaleva infine l'ipotesi dell'emanazione di un decreto legge “ad ampio raggio”, contenente non solo la sanatoria, ma anche gran parte delle materie oggetto dei sette disegni di legge iniziali. Il decreto legge n. 416 del 30 dicembre 1989 fu così convertito dalla legge n. 39 del 28 febbraio 1990¹⁰ senza una reale discussio-

9. I progetti di legge avrebbero dovuto riguardare: a) le norme generali sull'ingresso e sul soggiorno; b) le misure per i rifugiati; c) la sanatoria per i lavoratori stranieri e per i datori di lavoro; d) l'introduzione del sistema della programmazione dei flussi migratori; e) l'assistenza sanitaria; f) l'inserimento dei minori nella scuola dell'obbligo e negli istituti superiori; g) l'accesso all'Università.

10. Per un commento articolo per articolo della legge n. 39/90, si veda Nascimbene B. (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di rifo-*

ne parlamentare, per evitare il rischio che un'eventuale mancata conversione travolgesse e vanificasse le disposizioni sulla sanatoria e sull'abolizione della riserva geografica per i rifugiati: disposizioni che erano divenute operative con la pubblicazione del decreto legge e che sarebbero decadute in caso di mancata conversione, con conseguenze palesemente inique nei confronti di chi si era già auto-denunciato all'autorità di P.S.

Paradossalmente, il ricorso alla decretazione d'urgenza proprio quando si trattava di approvare il primo intervento normativo ad ampio raggio in materia di immigrazione può esser letto come il retaggio della concezione che considerava il trattamento degli stranieri in Italia come "questione di governo", da risolvere con atti amministrativi sottratti al controllo parlamentare.

D'altro canto non si deve dimenticare che, nel periodo che intercorre tra la legge del 1986 e la legge del 1990, erano proseguite, in un clima di grande confidenzialità quando non di completa segretezza, le manovre dei cinque Paesi promotori dell'iniziativa di Schengen, volta ad individuare e sperimentare un modello di area di libera circolazione delle persone che potesse fare da traino per gli altri Paesi dell'Unione europea, garantendo che i pericoli per l'ordine e la sicurezza pubblica derivanti dall'abolizione dei controlli alle frontiere interne venissero compensati dallo spostamento dei controlli alle frontiere esterne, dal loro rafforzamento e dall'armonizzazione delle normative nazionali che disciplinavano tali controlli.

Se si rileggono le disposizioni della legge 39/90 alla luce del fatto che fu poi lo stesso vice-presidente del Consiglio, il 27 novembre dello stesso anno, a sottoscrivere il protocollo di adesione dell'Italia all'Accordo di Schengen del 1985 ed alla Convenzione di Schengen del 1990, ci si accorgerà che buona parte di esse rispondevano alla necessità di iniziare ad adeguare la normativa italiana alle previsioni contenute in tali Accordi, evitando d'altro canto che l'"obiettivo non dichiarato" della legge Martelli diventasse oggetto di discussione, in Parlamento e nella piazza.

Sta di fatto che buona parte delle disposizioni stralciate dal progetto di legge iniziale per essere inserite nel decreto legge riguardavano le modalità di ingresso e le condizioni di soggiorno degli stranieri in Italia (disciplina dei visti, dei permessi di soggiorno e delle espulsioni), ovvero proprio quelle norme di "polizia dell'immigrazione" che gli accordi di Schengen si proponevano di armonizzare e rendere più efficienti e che pertanto non potevano certo continuare ad essere regolate in via esclusivamente amministrativa, a fronte del nuovo quadro internazionale che si andava delineando. In proposito, deve innanzitutto rilevarsi che la legge Martelli dedica ampio spazio alla disciplina

ma, Parte Seconda, Cedam, Padova, 1997, p. 95 ss. Si veda anche, sulla "legge Martelli", Adinolfi A., *I lavoratori extracomunitari. Norme interne e internazionali*, il Mulino, Bologna, 1992; Bonetti P., *La condizione giuridica del cittadino extracomunitario. Lineamenti e guida pratica*, II ed., Maggioli, Rimini, 1993.

dei controlli alle frontiere esterne, introducendo condizioni e modalità che sono chiaramente riprese dal testo della Convenzione di Schengen del 1990, non limitandosi ad introdurre disposizioni di carattere generale sul rilascio dei visti di ingresso, ma introducendo anche disposizioni “di dettaglio” sulle modalità con cui effettuare i controlli che appaiono chiaramente riprese da quanto previsto nella Convenzione di Schengen del 1990 (si vedano ad es. l’art. 2, co. 2, della l. 39/90, che introduce l’obbligo per gli operatori di frontiera di apporre il timbro di ingresso sul passaporto degli stranieri che per qualsiasi motivo fanno ingresso in Italia e l’obbligo di rilevare i dati degli stranieri che entrano in Italia e di trasmetterli al C.E.D. del Ministero dell’interno; l’art. 3, co. 1, che detta disposizioni sui controlli di frontiera e sui requisiti per ottenere l’autorizzazione all’ingresso; l’art. 3, co. 5, che riguarda i casi di respingimento alla frontiera per motivi di ordine pubblico o sicurezza, o per mancanza di mezzi di sostentamento).

Chiaramente derivata dalle previsioni della Convenzione di Schengen era poi la disposizione di cui all’art. 3, co. 2, con la quale il Ministro degli affari esteri veniva delegato a ridefinire entro il 30 giugno 1990 «i paesi dai quali è richiesto il visto», tenendo conto, «nel contesto delle relazioni bilaterali e multilaterali esistenti e di quelle da definire, della provenienza dei flussi più rilevanti [...]». In questo caso il rinvio agli accordi di Schengen sembra quasi esplicito, essendo l’elenco comune dei Paesi ai cui cittadini è richiesto il visto uno degli strumenti più importanti per il nuovo sistema di controllo comune delle frontiere esterne (v. art. 9 Conv. Schengen 1990).

Altrettanto evidente è anche l’origine delle disposizioni con le quali vengono introdotte nell’ordinamento italiano, come previsto dagli artt. 26 e 27 della Convenzione di Schengen del 1990, le c.d. sanzioni ai vettori, che colpiscono i trasportatori i quali accettino a bordo viaggiatori stranieri privi di tutti i requisiti per essere ammessi nel Paese di destinazione (art. 3, co. 9 e 10, l. 39/90) e che, insieme con gli Accordi di riammissione, costituiscono uno dei principali strumenti attraverso i quali i Paesi che aderiscono a Schengen si ripropongono di trasferire i controlli alle frontiere esterne, assegnandoli di fatto vuoi a soggetti privati (i vettori), vuoi a Paesi “cuscinetto” con i quali vengono stipulati appositi Accordi di riammissione¹¹.

11. Sugli accordi di Schengen e gli strumenti volti al trasferimento dei controlli alle frontiere esterne, cfr. Pastore M., *Soppressione dei controlli alle frontiere comuni, controllo delle frontiere esterne e cooperazione di polizia secondo gli accordi di Schengen*, «Questione giustizia», 3-4, 1992, pp. 651-679; Nascimbene B. (a cura di), *Da Schengen a Maastricht, Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, Milano, 1995; Apap J., *Questioni pratiche e probabili conseguenze derivanti dall’ingresso nell’area Schengen: allargamento e area di libertà, sicurezza e giustizia, alla ricerca di un migliore equilibrio*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2003, p. 11 ss.; Cutitta P., *Frontiere e controlli migratori tra Germania, Polonia e Repubblica Ceca*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2003, p. 61 ss.; Cutitta P., Vassallo Paleologo F. (a cura

Lo stesso ritiro della c.d. “riserva geografica” – ovvero della limitazione posta dall’Italia per l’adesione alla Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati, con la quale si limitava l’applicazione della Convenzione, e quindi la possibilità di ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato, soltanto ai richiedenti provenienti da Paesi europei – costituiva senz’altro un atto dovuto, nella prospettiva dell’adesione dell’Italia alle nuove regole per l’individuazione della responsabilità per l’esame delle domande di asilo, contenute non solo negli accordi di Schengen (Capitolo VII, artt. 28 e ss. Conv. 1990), ma anche dalla contestuale Convenzione di Dublino del 15 giugno 1990.

Perfino la “sanatoria” introdotta dalla legge Martelli, infine, nella misura in cui costituisce un’operazione di identificazione di massa della popolazione straniera soggiornante in uno dei Paesi che faranno parte della futura “area Schengen”, appare congruente con il disegno di predisporre le condizioni per la firma dell’adesione dell’Italia agli accordi in questione. Come è stato a suo tempo osservato, infatti, con la chiusura della sanatoria vengono temporaneamente ridefiniti i confini tra immigrazione “regolare” e “irregolare”¹².

Coerentemente quindi con la legislazione già in vigore fino al decreto legge “Martelli-Schengen”, anche nel nuovo testo della legge 39/90 gran parte delle previsioni riguardano lo straniero come persona soggetta a controlli a tutela dell’ordine pubblico e della sicurezza, le cui possibilità di ingresso e soggiorno devono essere debitamente autorizzate, a pena di espulsione in caso di inosservanza delle norme in materia di immigrazione. Ciò che cambia, nella prospettiva di adesione agli accordi di Schengen, è che i controlli, in particolare quelli riguardanti il passaggio delle frontiere esterne, dovranno in futuro essere effettuati non solo in base all’interesse nazionale, ma nell’interesse di tutte le parti contraenti.

Le scelte di “politica dell’immigrazione” restano di competenza nazionale, sia per quanto concerne gli ingressi legali (per motivi di lavoro, familiari, di studio, ecc.) sia per quanto riguarda la condizione giuridica degli immigrati regolarmente soggiornanti. Alle misure previste dalla Convenzione di Schengen spetterà invece il compito di spostare e rafforzare i controlli alle frontiere esterne della “Fortezza Europa”, al fine di difendere l’area comune di libera circolazione dalla “minaccia” costituita (costruita, enfatizzata) dall’immigrazione illegale. Come già in passato, ed anzi ancor di più, l’immigrazione è considerata un pericolo da arginare, piuttosto che una risorsa da governare.

di), *Migrazioni Frontiere Diritti*, ESI, Napoli, 2006; Cellamare G., *La disciplina dell’immigrazione nell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006; Di Filippo M., “Controllo delle frontiere e ruolo della cooperazione internazionale”, in Calamia A., Di Filippo M., Gestri M. (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Cedam, Padova, 2012, pp. 127-157.

12. Pastore M., *La nuova legge sugli stranieri extracomunitari: disciplina innovativa o razionalizzazione dell’esistente?*, «Questione giustizia», 2, 1990.

4. L'ingresso dell'Italia nell'area Schengen e il Testo Unico Immigrazione del 1998

Pur avendo ratificato gli Accordi di Schengen nel 1993 (legge n. 388 del 30.9.1993), l'Italia ha potuto darvi effettiva attuazione soltanto ben più tardi, quando ormai con il Trattato di Amsterdam del 2.10.1997 l'*acquis Schengen* era stato incorporato nel diritto dell'Unione europea, ovvero solo a partire dal 31 marzo 1998, in coincidenza con l'entrata in vigore della legge n. 40 del 6 marzo 1998 (c.d. Turco-Napolitano), poi trasfusa nel Testo Unico sull'immigrazione del 1998 (d.lgs. n. 286 del 25.7.1998) che, pur avendo subito nel corso degli anni rilevanti modifiche, rimane tuttora il testo di base per la disciplina dell'immigrazione e della condizione dello straniero in Italia.

La legge n. 40 del 1998 è stata giustamente salutata come una riforma organica, e per questo a maggior ragione necessitata, della disciplina dell'immigrazione e della condizione giuridica dello straniero in Italia¹³, destinata quindi a superare la frammentazione e la parzialità dei (pochi) precedenti interventi normativi e caratterizzata dal fatto di non essere unicamente o prevalentemente dedicata alle norme di "polizia dell'immigrazione" concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato (disposizioni che sono contenute nel Titolo II della legge), ma di affrontare anche la disciplina del lavoro (Titolo III), il diritto all'unità familiare e la tutela dei minori (Titolo IV), nonché di dettare norme in materia di sanità, istruzione, alloggio e assistenza sociale e di introdurre disposizioni in materia di lotta contro le discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi (Titolo V). Dopo l'entrata in vigore della legge Turco-Napolitano, e ad essa strettamente collegata, con il d.p.c.m. 16.10.1998 (c.d. decreto Prodi) fu inoltre varata una nuova procedura di regolarizzazione¹⁴.

Dal 1998 ad oggi, come si è detto, assai numerosi sono stati gli interventi volti a modificare il Testo Unico sull'immigrazione¹⁵. Se si passano in rasse-

13. Resta tuttavia ancora attuale il commento critico di L. Pepino, il quale rilevava come la nuova legge fosse «ricca di novità positive per quanto riguarda gli inclusi ma, nonostante le intenzioni dichiarate, assai restrittiva nel settore della politica dell'immigrazione in senso stretto (della politica, cioè, che stabilisce chi da *esterno* può diventare *interno*)» (Pepino L., *Immigrazione, politica, diritto (note a margine della legge n. 40/1998)*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 1999, p. 11 ss.

14. Sui rapporti tra immigrazione clandestina e/o irregolarità del soggiorno, e procedure di regolarizzazione, in Italia e in altri Paesi europei, cfr. Palidda S., *Effetti perversi di una politica ostile alle migrazioni*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 1999, p. 28 ss.; Maisano L., *Le porte d'Europa. Inchiesta sull'immigrazione clandestina*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2001, p. 31 ss.; Apap J., *Procedure di regolarizzazione in Europa e criteri di ammissione. Prima parte*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2001, p. 53 ss.; *Id.*, *Procedure*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2001, p. 25 ss.

15. Tra i molti commenti alla legge 40/98 ed alla successiva evoluzione della normativa italiana sull'immigrazione, si segnala in particolare Bonetti P., «I profili generali del-

gna le modifiche via via apportate, sarà agevole peraltro rendersi conto che la maggior parte di esse riguarda le disposizioni del Titolo II del TU, ed in particolare la disciplina degli ingressi, del soggiorno e delle espulsioni, mentre altre riforme di più ampio respiro sono state introdotte per recepire le Direttive dell'UE in materia¹⁶ (Direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare; Direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo¹⁷; Direttiva “rimpatri” 2008/115/CE¹⁸; Direttiva 2004/38/CE relativa al diritto di libera circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari¹⁹).

la normativa italiana sugli stranieri dal 1998”, in Nascimbene B. (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, pp. 4-81; Rossi E., “Immigrazione e diritti a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano”, in Rossi E., Biondi Dal Monte F., Vrenna M. (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, il Mulino, Bologna, 2013, pp. 61-90; Morozzo Della Rocca P. (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*, III ed., Maggioli, Rimini, 2018.

16. Sulle politiche dell'UE, v. Nascimbene B., “Il “diritto degli stranieri”. Le norme nazionali nel quadro delle norme di diritto internazionale e comunitario”, in Nascimbene B. (a cura di), *Diritto degli stranieri, op cit.*, pp. XXXI-LIII. V. anche in proposito Morcavallo U., *I diritti degli immigrati nell'Europa sovranazionale*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2001, pp. 22 ss.; Nascimbene B., Mafrolla E.M., *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione e asilo*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2002, pp. 13 ss.; Favilli C., *I principali atti adottati dall'Unione europea in dieci anni di politica di immigrazione e di asilo*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2009, pp. 13 ss.; Ianniello-Saliceti A., “Le politiche dell'Unione europea per gli immigrati nella dimensione regionale e globale”, in Rossi E., Biondi Dal Monte F., Vrenna M., *op. cit.*, pp. 169-228.

17. Per un commento alle due Direttive relative al diritto al ricongiungimento familiare e allo *status* di soggiornante di lungo periodo, cfr. Di Pascale A., Pastore M., *Il recepimento delle direttive sul ricongiungimento familiare e sui soggiornanti di lungo periodo*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2007, p. 13 ss.

18. Si veda, in proposito, Balboni M., *Compatibilità col diritto comunitario dell'espulsione e dell'accompagnamento coattivo alla frontiera, immediatamente esecutivi: alcuni spunti di riflessione*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2003, p. 53; Canetta E., *La disciplina comunitaria in materia di rimpatrio dei cittadini dei paesi terzi in posizione irregolare nel territorio degli Stati membri*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2007, p. 34 ss.; Savio G., *Obblighi internazionali e comunitari in materia di garanzie procedurali avverso l'espulsione dei migranti in Europa*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2009, p. 29 ss.; *Id.*, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2011, p. 30 ss.; Liguori A., *L'attuazione della direttiva rimpatri in Italia*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2011, p. 15 ss.

19. Sulla Direttiva sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e dei loro familiari, cfr. Lang A. e Nascimbene B., *L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2007, p. 43 ss. Si vedano, anche, tra gli altri, Maggiotto A., *I familiari extracomunitari: prime applicazioni giurisprudenziali sui requisiti per il riconoscimento dello status previsto dalla Dir. 2004/38/CE*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2009, p. 120 ss.; Lang A., *Il valore giuridico della carta di soggiorno*

Ciò denota come, nonostante il passare degli anni e il graduale passaggio all'Unione europea di competenze in tema di immigrazione e asilo, l'immigrazione da Paesi terzi continui ad essere considerata, o utilizzata, come una "minaccia" per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, da fronteggiare da un lato – come richiede Schengen – con sempre maggiori investimenti nella difesa delle frontiere esterne (quelle marittime, in particolare, con il loro terribile bilancio di vite umane)²⁰, dall'altro con il ciclico inasprimento delle norme in materia di visti, soggiorno ed espulsioni, spesso collegate all'introduzione o all'inasprimento di sanzioni penali²¹. Ciò vale innanzitutto per le

di familiare di cittadino italiano o cittadino UE nella giurisprudenza della Cassazione, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2012, p. 105 ss.

20. Cfr. in proposito Scovazzi T., *La lotta all'immigrazione clandestina alla luce del diritto internazionale del mare*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2003, p. 48 ss.; Vassallo Paleologo F., *Obblighi di protezione e controlli delle frontiere marittime*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2007, p. 13 ss.; Trevisanut S., *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Jovene, Napoli, 2012; Papanicolopulu I., *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it, 3, 2017; Papanicolopulu I., Baj G., *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it, 1, 2020; Ruggiero C., *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Salassa e Raketete*, in www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it, 1, 2020.

21. A proposito della criminalizzazione dei migranti, via via attuata o con l'introduzione di nuove fattispecie penali, tra le quali spicca il "reato di clandestinità", oppure mediante l'inasprimento delle pene per determinati reati, o ancora introducendo l'"aggravante della clandestinità", si rinvia per una completa rassegna a Degl'Innocenti L., *Stranieri irregolari e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008. Si segnalano inoltre, quanto alla spesso controversa introduzione di nuove disposizioni di carattere penale, i contributi di Pepino L., *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2002, p. 9 ss.; Olivieri del Castillo R., *L'ambito penale della legge 30 luglio 2002, n. 189: la costruzione della muraglia*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2002, p. 81 ss.; Casadonte A., "Profili penalistici", in Nascimbene B. (a cura di), *Diritto degli stranieri, op. cit.*, pp. 634-700; Palazzo F., *Sicurezza urbana ed immigrazione: illusioni e realtà della repressione penale*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2004, p. 24 ss.; Savio G., *Prime riflessioni sulle modifiche penali introdotte dalla legge n. 271 del 2004*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2004, p. 71 ss.; Caputo A., *Obiettivo. Il processo degli immigrati: dati e orientamenti a confronto. Prove di processo speciale*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2006, p. 29 ss.; Ruggiero V., *Stranieri e illegalità nell'Italia criminogena*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2008, p. 13 ss.; Renoldi C., Savio G., *Legge 125/2008: ricadute delle misure a tutela della sicurezza pubblica sulla condizione giuridica dei migranti*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3-4, 2008, p. 24 ss.; Morozzo della Rocca P., *Gli effetti collaterali del reato di presenza irregolare*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2009, p. 129 ss.; Renoldi C., *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2009, p. 38 ss.; Pepino L., *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2009, p. 9 ss.; Savio G., *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presen-*

contestatissime modifiche al TU introdotte dalla legge n. 189/2002 (c.d. Boss-Fini)²².

Raramente tali interventi sono connessi ad effettive necessità di inasprimento della lotta contro l'immigrazione illegale, la quale peraltro ha ampiamente dimostrato di essere una componente strutturale ed ineliminabile della popolazione immigrata in Italia. Più spesso invece l'enfatizzazione del pericolo risponde ad esigenze o scelte di carattere politico-ideologico, o comunque alla necessità di giustificare importanti cambiamenti legislativi, per lo più in nome della difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica.

Nel corso degli ultimi anni, la politica sull'immigrazione, sia europea che nazionale, si è concentrata sul controllo esterno delle frontiere, delegando a Paesi terzi il blocco degli ingressi, con le conseguenze ben descritte nell'intervento in questa pubblicazione dedicato proprio ad esso²³.

Sul piano interno nazionale, la condizione giuridica della persona straniera si è andata sempre più caratterizzandosi per una tendenziale precarizzazione per effetto di interventi normativi restrittivi e, dal 2012 in avanti, è venuto prepotentemente alla ribalta il fenomeno della protezione internazionale, anche, ma non solo, a causa della politica di blocco degli ingressi, in Italia così come in Europa. Nei paragrafi che seguono si cercherà di indicare alcune tracce di lettura di tutto questo.

5. La difficile stabilizzazione della condizione giuridica del cittadino straniero

Una caratteristica comune a tutti gli interventi legislativi che, dal 1986 in poi, hanno cercato di disciplinare con legge la condizione giuridica del cittadino straniero, come stabilito dall'art. 10, co. 2 della Costituzione, è stata di considerarlo principalmente come lavoratore, accettandone l'inserimento nella società italiana solo se attivo nel mercato del lavoro, irrilevante la durata della presenza sul territorio nazionale. In attuazione della Convenzione OIL n. 143/75 (ratificata con legge 158/81), il TU d.lgs. 286/98 ha garantito, è indubbio, il diritto alla legale permanenza in Italia anche a seguito della perdita del posto di lavoro, ma si tratta di un tempo limitato, alla scadenza del quale il

*za illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2009, p. 59 ss.; Leanza E., “Diritto penale dell'immigrazione”, in Morozzo della Rocca P. (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza, op. cit.*, pp. 275-326.*

22. Tra i molti commenti relativi alla *legge Bossi-Fini*, si segnalano in particolare i contributi di Pepino L., *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2002, p. 9 ss.; Olivieri del Castillo R., *L'ambito penale della legge 30 luglio 2002, n. 189: la costruzione della muraglia*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2002, p. 81 ss.

23. Si veda in questo volume Gennari L., Cecchini L.C., Crescini G., pp. 133 ss.

cittadino straniero perde il diritto al soggiorno²⁴, a prescindere dalla risalenza della sua presenza sul territorio nazionale.

In verità, prima del TU d.lgs. 286/98, la legge Martelli (n. 39/90) prefigurava la possibilità di conseguire una stabilizzazione della condizione giuridica in ragione del *tempo* vissuto in Italia, in quanto prevedeva che successivamente al primo rinnovo la durata del permesso di soggiorno fosse doppia (in prevalenza, dai 2 anni si passava ai 4), con onere di dimostrare una capacità reddituale (pari all'importo della pensione sociale) soltanto in occasione del primo rinnovo del titolo di soggiorno²⁵. La prassi delle questure ed alcune pronunce giurisprudenziali hanno, tuttavia, esteso questo ultimo onere anche ai rinnovi successivi («dal momento che la “ratio” della disposizione in argomento è invero quella di consentire ai soli stranieri, dotati di sufficienti mezzi di sostentamento, di soggiornare nel territorio dello Stato»: Cons. St. n. 1755/2006), eliminando così la valenza positiva della previsione.

Con l'avvento della legge n. 40/98, trasfusa poi nel TU d.lgs. 286/98, quella *ratio* è stata esplicitata con l'art. 6, co. 5, secondo cui «l'autorità di pubblica sicurezza, quando vi siano fondate ragioni, richiede agli stranieri informazioni e atti comprovanti la disponibilità di un reddito, da lavoro o da altra fonte legittima, sufficiente al sostentamento proprio e dei familiari conviventi nel territorio dello Stato» e con l'affermazione della necessità di dimostrare, ad ogni rinnovo, la sussistenza dei requisiti per l'ingresso (art. 5, co. 5 TU). Dunque, se l'ingresso è avvenuto per motivi di lavoro, il rinnovo è consentito solo in presenza di un'attività lavorativa effettivamente svolta, fatto salvo il periodo di disoccupazione per una durata non inferiore ad un anno (che nella prassi è diventato il limite temporale massimo), anche se con la riforma attuata dalla legge 92/2012 è stata prevista la possibilità di ancorare detto periodo a quello in cui il lavoratore straniero percepisce le prestazioni di sostegno al reddito o, successivamente, se in grado di dimostrare un reddito non inferiore a quello previsto per il ricongiungimento familiare (art. 22, co. 11 TU 286/98).

La medesima sorte tocca anche a differenti tipologie di permesso di soggiorno, quali studio o famiglia, per entrambi i quali la condizione lavorativa a cui accedono, in caso di conversione rispetto all'originario motivo di ingresso, soggiace alle medesime regole del cittadino straniero titolare di permesso per lavoro.

È evidente, dunque, la stretta connessione tra regolarità di soggiorno e lavoro e tra questa e la capacità reddituale che il cittadino straniero è in grado

24. Art. 22, co. 11 TU 286/98, originariamente co. 9.

25. Art. 4, co. 8 d.l. 416/89 (conv. con mod. in legge n. 39/90): «Il rilascio del primo rinnovo del permesso di soggiorno conseguito ai sensi del presente articolo è subordinato all'accertamento che lo straniero disponga di un reddito minimo pari all'importo della pensione sociale. Tale reddito può provenire da lavoro dipendente anche a tempo parziale, da lavoro autonomo, oppure da altra fonte legittima».

di dimostrare, rispetto a cui non assume alcun valore il tempo di permanenza in Italia.

Eccezioni a tale regola generale si sono avute solo nel 2007, per effetto della riforma al TU operata dal d.lgs. 5/2007, di attuazione della Direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare, che ha introdotto nel TU l'obbligo di tenere conto *anche* dei legami familiari, nonché a seguito dell'attuazione della Direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo (d.lgs. n. 3/2007), che ha introdotto lo *status* di soggiornante di lungo periodo dopo 5 anni di regolare presenza sul territorio e con disponibilità di un reddito non inferiore all'importo dell'assegno sociale annuo.

Tuttavia, solo nel caso dei cittadini stranieri titolari di permesso UE di lungo soggiorno, una volta acquisito lo *status*, prevale il tempo di presenza in Italia e la capacità reddituale non è più un requisito necessario per il mantenimento del titolo, che è a tempo indeterminato e non può essere revocato se il titolare perda quella originaria capacità²⁶.

Nel caso, invece, dei nuclei familiari – pur se l'esistenza di legami di tale natura impedisce la perdita automatica del permesso di soggiorno se venuti meno i requisiti originari che ne hanno consentito il rilascio –, nella prassi la tendenza è di chiedere sempre la dimostrazione del reddito previsto per il ricongiungimento familiare. Pretesa che non pare coerente con la pronuncia della Corte costituzionale n. 202/2013, che, estendendo il divieto di automatismo ostativo in presenza di vincoli familiari anche se non è stata seguita la procedura del ricongiungimento familiare prevista dall'art. 29 TU 286/98, ha inteso dare prevalenza a detti legami rispetto a tutti i requisiti previsti ordinariamente per il mantenimento del diritto al soggiorno. Con questo non si intende affermare che i legami familiari di per sé consentano automaticamente il diritto alla permanenza in Italia, ma che il questore deve operare un bilanciamento tra le regole ordinarie ed i criteri previsti dal legislatore²⁷, motivandolo adeguatamente.

Eccezioni, dunque, alla regola generale dell'indifferenza del tempo di presenza ed alla capacità reddituale, che hanno faticato ad essere effettivamente

26. Cfr. TAR Milano n. 115/2015; n. 645/2015; n. 1477/2015. Cfr. la Scheda ASGI, *Permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, del 30.6.2018*, in www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/07/2018_6_permesso_soggiorno_lungo_periodo.pdf.

27. Art. 5, co. 5 TU 286/98: «[...] Nell'adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'articolo 29, si tiene anche 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».

applicate, a causa della resistenza a dare valore alla stabilità della presenza sul territorio nazionale e all'inserimento nella comunità sociale.

Quanto al legame tra soggiorno e lavoro, ha avuto una formalizzazione con l'introduzione operata dalla legge n. 189/2002, cd. "Bossi-Fini", del *contratto di soggiorno* (art. 5 bis TU), con cui si è inteso legare indissolubilmente il lavoratore straniero al suo datore di lavoro, prevedendo che il contratto di lavoro contenga, a pena di nullità, sia la garanzia di un alloggio, sia l'impegno alle spese di viaggio per il rientro nel Paese di provenienza, entrambi gravanti sul datore di lavoro. Obblighi da dimostrare ad ogni rinnovo del permesso di soggiorno *ex art. 13, co. 2 bis e 36 bis d.p.r. 394/99*, introdotti con la riforma del regolamento di attuazione nel 2004 (d.p.r. 334/2004).

Oltre alla palese discriminazione espressa da detta norma²⁸, non può negarsi l'esplicitazione, senza ambiguità, dell'imprescindibile legame tra lavoro e condizione giuridica del cittadino straniero, tenuto conto dell'importanza della dimostrazione di un alloggio/domicilio da parte del lavoratore straniero, ai fini del rinnovo del titolo di soggiorno, e dunque la correlata dipendenza dal rapporto di lavoro, con inevitabili ripercussioni anche sulle relazioni tra lavoratore e datore di lavoro (condizioni lavorative ed eventuali rivendicazioni). Nella prassi, il contratto di soggiorno si è dimostrato di scarsa efficacia, quantomeno per gli oneri in capo al datore di lavoro, tant'è che quasi sempre la disponibilità di un'abitazione è stata fornita dal lavoratore e la garanzia per le spese di rientro nel Paese di origine di fatto non richiesta.

Rimane la forte valenza ideologica della pretesa imposta dalla Bossi-Fini, per le ragioni dianzi accennate e solo 10 anni dopo la sua introduzione l'obbligo del contratto di soggiorno è stato abolito per i rinnovi dei permessi di soggiorno successivi al primo, ad opera del d.l. n. 5/2012 (convertito con mod. in legge n. 35/2012), il cui art. 17 prevede che la comunicazione UNILAV sostituisca, ad ogni effetto, il contratto di soggiorno, mentre gli artt. 13, co. 2 bis e 36 bis d.p.r. 394/99 sono stati formalmente abrogati nel 2014 dal d.lgs. 40/2014, di attuazione della Direttiva 2011/98/UE relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico.

Si tratta di riforme che, pur positive, non hanno eliminato la forte dipendenza tra attività lavorativa e regolarità di soggiorno, che, infatti, ha avuto un forte impatto in occasione della crisi economica iniziata nel 2008, quando molti cittadini stranieri hanno perso il permesso di soggiorno a causa

28. Cfr. Montanari A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, Cedam, Padova, 2010; Calafà L., *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, il Mulino, 2012; Mc Britton M., *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Cacucci Editore, 2017; Chiaromonte W., *Ideologia e tecnica della disciplina sovranista dell'immigrazione. Protezione internazionale, accoglienza e lavoro dopo il "decreto Salvini"*, «Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali», 2019, p. 321 ss. Si veda anche in questo volume Chiaromonte W., pp. 229 ss. e Paggi M., pp. 251 ss.

dell'intervenuta disoccupazione. Solo nel 2018 la tendenza alla riduzione dei permessi si è leggermente invertita, grazie a quelli per lavoro stagionale²⁹, ciò che è coerente con quanto qui sostenuto, in quanto questa tipologia di lavoro non stabilizza affatto la condizione del lavoratore straniero ma gli consente un soggiorno temporaneo, funzionale alle esigenze del mercato del lavoro italiano, senza obblighi per lo Stato di organizzare e garantire un'integrazione sociale.

Del tutto coerente con questo approccio è la durata del permesso di soggiorno. Come già detto, la legge n. 39/90 prevedeva che al secondo rinnovo il permesso di soggiorno avesse di norma validità doppia rispetto all'iniziale di 2 anni (art. 4, co. 6), così tendendo ad una parziale stabilizzazione del soggiorno, ma la disposizione è stata eliminata dalla legge 40/98 e dal TU 286/98³⁰ e la riforma del 2002 ha operato un'ulteriore restrizione legando la durata del permesso a quella del contratto di lavoro³¹. Quest'ultima previsione ha avuto un impatto certamente negativo sulla condizione del lavoratore straniero e della sua famiglia, tenuto conto anche della generale modifica delle tipologie contrattuali intervenuta nella legislazione lavoristica negli anni 2000,

29. Secondo i dati ISTAT, pubblicati il 17.10.2019, nel 2018 c'è stato un aumento dei permessi di soggiorno per lavoro (+ 19.7%), anche se, precisa l'Istituto di statistica «si tratta di permessi di breve durata: il 27% ha una durata di sei mesi o inferiore; inoltre, quasi il 22% dei permessi per lavoro è stato rilasciato a cittadini statunitensi (in parte personale civile delle basi Nato)», www.istat.it/files//2019/10/Cittadini-non-comunitari-in-Italia-2018.pdf. Si veda anche il *IX Rapporto annuale. Gli immigrati nel mercato del lavoro in Italia*, a cura del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/studi-e-statistiche/Documents/Nono%20Rapporto%20Annuale%20-%20Gli%20stranieri%20nel%20mercato%20del%20lavoro%20in%20Italia%202019/IX-Rapporto-annuale.pdf.

30. Questo il testo dell'originario art. 5, co. 3 TU 286/98: «3. La durata del permesso di soggiorno è quella prevista dal visto d'ingresso, nei limiti stabiliti dal presente testo unico o in attuazione degli accordi e delle convenzioni internazionali in vigore. La durata non può comunque essere: a) superiore a tre mesi, per visite, affari e turismo; b) superiore a sei mesi, per lavoro stagionale, o nove mesi, per lavoro stagionale nei settori che richiedono tale estensione; c) superiore ad un anno, in relazione alla frequenza di un corso per studio o per formazione debitamente certificata; il permesso è tuttavia rinnovabile annualmente nel caso di corsi pluriennali; d) superiore a due anni, per lavoro autonomo, per lavoro subordinato a tempo indeterminato e per ricongiungimenti familiari; e) superiore alle necessità specificamente documentate, negli altri casi consentiti dal presente testo unico o dal regolamento di attuazione».

31. Questo il testo dell'art. 5, co. 3 *bis* TU 286/98, introdotto dalla legge 189/2002 e ancora in vigore: «La durata del relativo permesso di soggiorno per lavoro è quella prevista dal contratto di soggiorno e comunque non può 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».

che ha visto imporsi una molteplicità di contratti di lavoro occasionali e precari, tra i quali quelli a chiamata e/o interinali (o di somministrazione), facendo subito emergere la criticità per il mantenimento della regolarità di soggiorno dei lavoratori stranieri³², costretti a ravvicinati rinnovi dei permessi.

La generale precarizzazione della condizione giuridica del cittadino straniero, soggetto a continui controlli di “accettabilità” della presenza, ha indotto un aggravamento per la stessa organizzazione amministrativa delle questure, davanti alle quali il cittadino straniero deve chiedere il rinnovo del titolo, con tempi lunghissimi di definizione del procedimento, che spesso superano la stessa validità del permesso rilasciato e comunque con una difficoltà del rinnovo in presenza di contratti precari.

C'è da interrogarsi sull'irrazionalità di questa “filosofia” utilitaristica del legislatore, di ogni tempo e colore politico, che non tiene conto che la presenza, oramai pluriennale, dei cittadini non comunitari in Italia (al 1° gennaio 2019 pari a 3.717.406, pari al 6.1% della popolazione³³) impone di affrontare la questione migratoria in termini più efficienti e democratici, sottraendola al discorso politico pubblico che la usa per contrapporre categorie sociali deboli e per legittimare l'avversione nei confronti degli stranieri³⁴. Sono molti gli studi che dimostrano che la migrazione in Italia è una realtà strutturale³⁵, che i lavoratori stranieri non “rubano” il lavoro agli italiani e che contribuiscono con il 9% al PIL nazionale³⁶, che l'incidenza dei cittadini stranieri nell'accesso all'edilizia pubblica è pari al 12,8% (comprensivo sia di cittadini europei che di Paesi terzi)³⁷, ma sono dati che quasi mai vengono veicolati nella comunicazione pubblica, legittimando la percezione sociale negativa e l'inerzia del legislatore a porre in essere riforme che consentano un'effettiva integrazione ed un approccio alla migrazione non più solo lavorativo³⁸.

32. Cfr. la ricerca del 2006 dell'Istituto di Ricerche Economiche e Sociali (IRES), Altieri G., Galossi E., Mora M. (a cura di), *Lavoratori non comunitari e lavoro in somministrazione a tempo determinato*, Collana dell'Osservatorio Centro Studi, https://ebitemp.it/wp-content/uploads/2015/03/ebitemp_ires_noncomunitari.pdf.

33. Va evidenziato che il numero complessivo di cittadini stranieri presenti in Italia – comprensivo sia di cittadini comunitari che di Paesi terzi – è di 5 milioni e 255 mila, pari all'8,1%, ma in relazione ai soli cittadini di Paesi terzi la percentuale scende al 6,1%. Si veda: www.istat.it/it/files//2019/10/Cittadini-non-comunitari-in-Italia-2018.pdf.

34. <https://riforma.it/it/articolo/2019/11/13/gli-stranieri-ci-rubano-il-lavoro-la-risposta-e-no>.

35. Tra gli ultimi, cfr. Colucci M., *Storia dell'immigrazione straniera in Italia*, Carocci Editore, Roma, 2018.

36. www.fondazioneleonemoressa.org/2019/11/11/coffee-break-lavoro.

www.fondazioneleonemoressa.org/2019/10/01/rapporto-2019-sulleconomia-dellimmigrazione.

37. Cfr. articolo dal sito on-line Pagella Politica del 21.11.2019, *Case popolari: immigrati avvantaggiati, italiani emarginati?*, che riporta dati forniti da Federcasa, <https://pagellapolitica.it/dichiarazioni/8449/case-popolari-immigrati-avvantaggiati-italiani-emarginati>.

38. Si veda in questo volume Carbone V., Gargiulo R., Russo Spena M., pp. 390 ss.

Va considerata, al riguardo, la questione delle c.d. seconde generazioni, figli e figlie di immigrati nati in Italia o arrivati da piccoli, i quali hanno qui intessuto i propri legami sociali-culturali-scolastici ma che risentono, sotto il profilo giuridico, della stessa precarietà giuridica dei genitori “originari immigrati”.

6. Segue: la programmazione dei flussi d’ingresso in Italia

L’approccio utilitaristico, funzionale alle esigenze del mercato del lavoro italiano, trova conferma nel sistema italiano di programmazione dei flussi d’ingresso in Italia dei cittadini stranieri per motivi di lavoro. Già previsto dalla legge Martelli, il sistema di regolazione degli ingressi per motivi di lavoro è stato mantenuto nel TU del 1998, che ha affinato un sistema farraginoso ed irrealistico, soprattutto laddove pretende sostanzialmente che l’incontro tra offerta e domanda di lavoro avvenga “a distanza”. Per entrare in Italia con regolare visto lavorativo, il cittadino straniero deve, infatti, aspettare che il governo emani il decreto flussi (con cui indica il numero di visti rilasciabili), che il datore di lavoro in Italia partecipi alla “gara” per ottenere una quota e, solo se questa viene attribuita, che venga inviato il “nulla osta” al Consolato italiano nel Paese di appartenenza o stabile residenza del futuro lavoratore straniero, al fine del rilascio del visto d’ingresso. Si tratta di una procedura che, oltre alla lunga attesa di definizione (da 6 mesi a circa 1 anno), presuppone che un datore di lavoro chieda l’autorizzazione all’ingresso per un lavoratore straniero che teoricamente non conosce, perché ancora residente nel suo Paese.

Sistema che implica necessariamente che il futuro lavoratore straniero entri in Italia con un visto turistico (che negli anni è stato soggetto a notevoli restrizioni per i Paesi di maggiore provenienza migratoria, rendendo difficile il suo rilascio) o, più spesso, irregolarmente e trovi un lavoro, ma senza potere ottenere un permesso di soggiorno di lavoro, poiché non è previsto il suo rilascio senza essere entrati con il visto lavorativo. Circolo vizioso che oggettivamente rende imprescindibile un periodo di irregolarità di soggiorno e che espone il lavoratore straniero al rischio di espulsione, che a sua volta impedirà per anni il rilascio di un visto lavorativo (art. 4, co. 3 TU 286/98).

Evidenti sono l’irrazionalità e l’ipocrisia sottese ad un siffatto meccanismo, che come dimostrano svariati studi ha determinato nel corso dei decenni la necessità di procedere a periodiche regolarizzazioni, come emerge dalla Tab. 1, finalizzate a fare emergere l’irregolarità, sanandola, in cui erano stati costretti a vivere centinaia di migliaia di lavoratori stranieri³⁹.

39. I dati sono di nostra elaborazione ed in parte ripresi dal Dossier di IDOS – Punto Nazionale di Contatto dell’EMN in collaborazione con il Dossier Statistico Immigrazio-

Tab. 1 - Regolarizzazioni dal 1982 al 2012

1979/1982 (in via amministrativa con Circolari del Ministero del lavoro 17.12.1979, 8.3.1980, 2.3.1982, 9.9.1982)	5.000
1986 (legge 943/86)	105.000
1989-1990 (d.l. n. 416/1989 con in l. 39/90 c.d. Martelli)	222.000
1995 (d.l. n. 19/1995 c.d. Dini)	246.000
1998 (d.p.c.m. 16.10.1998 e d.lgs. 113/1999)	217.000
2002 (legge 189/2002 Bossi-Fini e d.l. n. 195/2002 conv. in legge 222/202)	650.000
2009 (legge n. 102/2009 c.d. Maroni – solo per assistenza domestica)	222.182
2012 (legge 109/2012)	134.576
Totale	1.801.758

Il numero delle persone straniere regolarizzatesi dal 1982 al 2012 è, dunque, la metà dei cittadini stranieri di Paesi terzi attualmente censiti in Italia in quanto titolari di permesso di soggiorno⁴⁰.

L'evidente irragionevolezza del sistema è aggravata dal fatto che da molti anni non viene emanato un effettivo decreto flussi per lavoro ordinario (e non solo stagionale)⁴¹, ad eccezione delle conversioni di chi è già in Italia, che trasforma il proprio titolo di soggiorno rilasciato per motivi di studio o lavoro stagionale in permesso per lavoro. Peraltro, la stessa programmazione dei flussi per lavoro stagionale mostra l'inadeguatezza della previsione, del tutto insufficiente rispetto al fabbisogno del mercato del lavoro, come dimostra anche l'ultimo decreto flussi del marzo 2019⁴², a seguito del quale sono state presentate 47.056 domande di visto per lavoro stagionale, a fronte di quote massime indicate in 18.000 e, da aprile all'inizio 2020, sono stati rilasciati solo 9.932 nulla osta⁴³. Dunque, solo un terzo delle domande potrà essere accettato.

A mitigare tale rigido sistema, il TU, d.lgs. 286/98, prevedeva la possibilità, nell'ambito del decreto flussi, di ingresso con visto per ricerca di lavoro

ne Caritas/Migrantes e con il supporto del Ministero dell'interno, anno 2005, *L'approccio nazionale nei confronti dei cittadini stranieri illegalmente soggiornanti: caratteristiche e condizioni sociali*, p. 55. https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/illegally-resident/it_emn_ncp_country_study_research_study_ii_illegal_finalit_feb07_it.pdf.

40. www.istat.it/it/files//2019/10/Cittadini-non-comunitari-in-Italia-2018.pdf.

41. Si veda anche in questo volume Chiaromonte W., pp. 229 ss. e Paggi M., pp. 251 ss.

42. www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/04/09/19A02411/sg.

43. www.camera.it/leg18/824?tipo=A&anno=2019&mese=11&giorno=13&view=&commissione=01#data.20191113.com01.allegati.all00050.

(art. 23 TU 286/98⁴⁴), cui conseguiva il rilascio di un permesso annuale per reperire, in condizione di regolarità di soggiorno, un'attività lavorativa. A parte il risibile suo utilizzo, la previsione è stata definitivamente abrogata dalla legge Bossi-Fini del 2002, nonostante fosse, e potrebbe ben essere a tutt'oggi, uno strumento fondamentale per impedire l'immigrazione irregolare e per fare realmente incontrare domanda ed offerta di lavoro.

Il sistema di programmazione dei flussi, ha reso necessario, come detto, le periodiche regolarizzazioni ma nel contempo ha impedito una effettiva e concreta politica dell'immigrazione, lasciando spazio, negli ultimi anni, da un lato all'esplosione della protezione internazionale, unico canale di ingresso in Italia (favorito dagli sconvolgimenti sociali e politici avvenuti in molti Paesi soprattutto dell'Africa e dell'Asia), dall'altro alla strumentalizzazione politica della realtà sociale dell'immigrazione.

7. Un accenno alle riforme mancate: il passaggio delle competenze dall'autorità di PS all'ente locale, la partecipazione politica dei cittadini stranieri e la cittadinanza ai minori stranieri

Funzionale all'approccio descritto nei precedenti paragrafi è la mancata riforma amministrativa della *competenza al rilascio del permesso di soggiorno*, ancora oggi saldamente in mano all'autorità di pubblica sicurezza, a dimostrazione che la condizione giuridica del cittadino straniero è e rimane una questione innanzitutto di ordine pubblico e di sicurezza. Se all'inizio della "stagione" legislativa, nel 1986, la competenza alle questure rappresentava una continuità del passato rispetto ad un fenomeno nuovo, oggi non ha alcuna giustificazione, poiché nel corso del tempo quasi 4 milioni di persone straniere si sono stabilite in Italia, più della metà è titolare di permesso di lungo soggiorno (il 62,3% dei regolarmente presenti⁴⁵), i minori sono circa 1 milione (molti di essi nati in Italia) e pertanto non vi è ragione perché il titolo di soggiorno

44. Art. 23 TU d.lgs. 286/98: «Il cittadino italiano o straniero regolarmente soggiornante, che intenda farsi garante dell'ingresso di uno straniero, per consentirgli l'inserimento nel mercato del lavoro, deve presentare entro 60 giorni dalla pubblicazione dei decreti di cui all'articolo 3, co. 4, apposita richiesta nominativa, alla questura della provincia di residenza, la cui autorizzazione all'ingresso costituisce titolo per il rilascio del visto di ingresso. Il richiedente deve dimostrare di poter effettivamente assicurare allo straniero alloggio, copertura dei costi per il sostentamento e l'assistenza sanitaria per la durata del permesso di soggiorno. L'autorizzazione all'ingresso viene concessa, se sussistono gli altri requisiti per l'ingresso, nell'ambito delle quote stabilite e secondo le modalità indicate nei decreti di attuazione del documento programmatico per gli ingressi per lavoro e deve essere utilizzata entro e non oltre sei mesi dalla presentazione della domanda. Essa consente di ottenere, previa iscrizione alle liste di collocamento, un permesso di soggiorno per un anno a fini di inserimento nel mercato del lavoro [...]».

45. www.istat.it/it/files//2019/10/Cittadini-non-comunitari-in-Italia-2018.pdf.

debba essere rilasciato dall'autorità di pubblica sicurezza che presiede alla tutela dell'ordine pubblico e non alla regolarità amministrativa delle persone che condividono un territorio.

Le condizioni, invero, per ottenere il permesso di soggiorno, o il suo rinnovo, sono disciplinate dalla legge, con una formalmente minima incidenza di attività discrezionale (comunque collegata a criteri previsti legislativamente⁴⁶) e l'eventuale presenza di elementi ostativi (quali condanne penali o inammissibilità c.d. Schengen) potrebbe essere acquisita da un'autorità amministrativa, quale ad esempio il Comune, attraverso informative alle questure o accesso diretto alle banche dati giudiziarie. A metà degli anni 2000 ci sono stati alcuni tentativi di "sperimentare" il passaggio di competenze dalle questure ai Comuni⁴⁷, ma senza che sia seguita una modifica legislativa e l'unica novità è stata l'affidamento a Poste italiane⁴⁸ dell'inoltro delle domande di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno, ma tenendo ben stretta la competenza della questura per la verifica dei requisiti per il rilascio del titolo.

Ancora oggi, dunque, l'immigrazione è gestita innanzitutto come problema di ordine pubblico, favorita da un discorso pubblico che non si pone questo problema ma, anzi, lo legittima.

Accanto a questa barriera amministrativa e giuridica tra cittadini stranieri ed italiani, un'ulteriore occasione mancata dal legislatore italiano riguarda il *voto amministrativo per i cittadini stranieri* regolarmente soggiornanti da 5 anni, come previsto dalla Convenzione di Strasburgo del 1992 sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale⁴⁹. L'Italia ha, infatti, ratificato detta Convenzione con la legge 203/1994 ma ha escluso proprio il Capitolo C relativo al diritto di voto⁵⁰. Il disegno di legge n. 3240 che avrebbe portato alla legge Turco-Napolitano, n. 40/1998 (poi trasfusa nel TU d.lgs. 286/98), conteneva uno specifico articolo, il 38, che riconosceva il diritto di voto attivo e passivo al cittadino straniero titolare di carta di soggiorno (all'epoca riconoscibile dopo 6 anni di regolare presenza e residenza e con reddito da lavoro di importo non inferiore all'assegno sociale annuo), ma è stato stralciato dal testo approvato, in quanto il governo ha ritenuto preferibile presentare un progetto di legge costituzionale che aggiungesse all'art. 48 della Co-

46. Si pensi, ad esempio, all'art. 5, co. 5 TU 286/98.

47. www.permessidisoggiorno.anci.it/reteassistenza.aspx; www.fieri.it/wp-content/uploads/2013/04/Amministrare-immigrazione-Scarica-il-rapporto-finale.pdf; http://old.asgi.it/home_asgi.php%3Fn=368&l=it.html.

48. www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stamp/notizie/immigrazione/app_notizia_21956.html.

49. www.coe.int/t/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/144; http://unipd-centrodiritiumani.it/it/strumenti_internazionali/Convenzione-sulla-partecipazione-degli-stranieri-alla-vita-pubblica-a-livello-locale-1992/106.

50. www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:Legge:1994-03-08;203.

stituzione la previsione del diritto di voto amministrativo anche per i cittadini stranieri. Disegno di legge che, però, non è mai più stato esaminato⁵¹.

Peraltro, la legge n. 40/98 e l'originario TU contenevano una previsione generale per la partecipazione al voto amministrativo degli stranieri che richiama espressamente la Convenzione di Strasburgo⁵², ma non è stata intesa come ratifica implicita anche del Capitolo C di essa, con conseguente esclusione del diritto partecipativo⁵³.

La timidezza e la miopia politica sottese a questa straordinaria occasione mancata hanno impedito ai cittadini stranieri di "contare" politicamente, di diventare categoria sociale alla pari di tante altre, a cui la politica si sarebbe dovuta rivolgere per raccogliergli le specifiche istanze, contribuendo a determinare i governi territoriali ed implementando una effettiva cittadinanza sociale.⁵⁴

Un ulteriore tassello – volutamente omissivo dai vari legislatori succedutesi nel tempo, sia pur con differenti motivazioni ma con medesimo risultato –, riguarda la *cittadinanza ai minori stranieri* nati in Italia o qui arrivati da piccoli.

In generale, va detto che già la legge sulla cittadinanza, n. 91/1990, risente di un'impostazione non certamente aperta all'inserimento dei nuovi cittadini, privilegiando lo *jus sanguinis* e l'ampia discrezionalità amministrativa nell'accettare od escludere le richieste di acquisizione della cittadinanza⁵⁵.

Tuttavia, in questo quadro di per sé restrittivo (aggravato, di recente, dal d.l. n. 113/2018, c.d. decreto sicurezza), la previsione che anche a livello di opinione pubblica ha suscitato maggiore interesse riguarda i minori stranieri, oggi quasi 1 milione, i quali se nati in Italia possono, al raggiungimento della maggiore età, dichiarare la volontà di diventare cittadini italiani a determinate

51. *La partecipazione politica degli stranieri a livello locale*, Working Paper a cura di ASGI e FIERI (Forum Internazionale ed Europeo di Ricerche sull'Immigrazione), in www.fieri.it/wp-content/uploads/2005/12/rf_partecipazione_politica_stranieri_2005_135846-11022009_ita_1.pdf.

52. Questo il testo dell'originario art. 7 legge 40/98, poi divenuto art. 9 TU 286/98: «Oltre a quanto previsto per lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato, il titolare della carta di soggiorno può:

- a) fare ingresso nel territorio dello Stato in esenzione di visto;
- b) svolgere nel territorio dello Stato ogni attività lecita, salvo quelle che la legge espressamente vieta allo straniero o comunque riserva al cittadino;
- c) accedere ai servizi ed alle prestazioni erogate dalla pubblica amministrazione, salvo che sia diversamente disposto;
- d) partecipare alla vita pubblica locale, esercitando anche l'elettorato quando previsto dall'ordinamento e in armonia con le previsioni del capitolo C della Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, fatta a Strasburgo il 5 febbraio 1992».

53. Cfr. Tribunale di Verona 23.5.2003, in http://old.asgi.it/home_asgi.php%3Fn=documenti&id=1437&l=it.html.

54. Sulla questione, si veda in questo volume Algostino A., pp. 450 ss.

55. Sulla questione, si veda in questo volume Ciervo A., pp. 469 ss.

condizioni⁵⁶. Se, invece, i minori sono arrivati in Italia da bambini ed hanno frequentato le scuole italiane non hanno analogo diritto ma solo di chiedere la concessione dello *status* dopo 10 anni di residenza, dimostrando un determinato reddito ed una immacolata fedina penale. Diritto soggetto ad ampia discrezionalità amministrativa.

La riforma della legge sulla cittadinanza per i minori stranieri è stata oggetto di una straordinaria campagna sociale e politica – *L'Italia sono anch'io* – promossa da associazioni di giovani immigrati e del Terzo settore, che nel 2011 ha raccolto 200.000 firme per la presentazione di una proposta di legge di iniziativa popolare, che prevedeva, tra le altre, l'acquisto della cittadinanza anche a chi fosse arrivato in Italia entro il 10° anno di età o avesse frequentato corsi di istruzione primaria o secondaria (c.d. *jus culturae*)⁵⁷. Proposta di legge che, ripresa negli anni successivi e con introduzione di varie modifiche, è stata, da ultimo, affossata nel 2017, nel timore del governo all'epoca in carica di offrire ai partiti politici di opposizione l'occasione per rinfocolare il già acceso dibattito politico e mass-mediatico sull'immigrazione.

Ancora una volta, da questione sui diritti, l'immigrazione è divenuta strumento di contesa politica.

8. Le conseguenze di una politica dell'immigrazione sbagliata

Oggetto di particolare attenzione del legislatore, preoccupato di introdurre regole sempre più rigide per l'ingresso ed il soggiorno man mano che l'immigrazione è diventata una realtà strutturale e non più episodica, l'immigrazione ha visto nel corso degli anni un sempre maggiore intervento normativo dettato dalla necessità di far coincidere la disciplina giuridica con il discorso politico predominante, caratterizzato da una crescente ostilità nei confronti degli stranieri o, nella migliore delle ipotesi, dalla sottovalutazione dell'impatto sociale della nuova realtà.

Gli interventi normativi si sono succeduti a partire dalla legge Bossi-Fini del 2002, poi con la legge sicurezza c.d. Maroni, del 2009, con interventi normativi di aggiustamento o di attuazione di Direttive europee nel 2007, 2012 e 2014, con quelli del 2017 in materia di protezione internazionale ed infine con

56. L'art. 4, co. 2 legge 91/1992 stabilisce che «Lo straniero nato in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età, diviene cittadino se dichiara di voler acquistare la cittadinanza italiana entro un anno dalla suddetta data» e l'art. 33 legge n. 69/2013 ha precisato che «non sono imputabili eventuali inadempienze riconducibili ai genitori o agli uffici della Pubblica Amministrazione, ed egli può dimostrare il possesso dei requisiti con ogni idonea documentazione», introducendo anche l'obbligo per i Comuni di dare precisa informazione ai minori stranieri nati in Italia del diritto a diventare cittadini italiani.

57. www.litaliasonoanchio.it/fileadmin/materiali_italiaanchio/pdf/Cittadinanza_PROGETTO_DI_LEGGE.pdf.

i decreti c.d. sicurezza del 2018 e del 2019. Il tutto intervallato fino al 2012, come detto, da periodiche regolarizzazioni.

Produzione normativa che, per certi versi, ha anticipato o è stata parallela a riforme in altri settori della società, quale il lavoro o, di recente, l'opposizione sociale. Si pensi, ad esempio, alla temporaneità del permesso di soggiorno e al suo stretto legame con l'attività lavorativa, che ha determinato una generale precarizzazione della condizione giuridica del cittadino straniero e, per converso, alla trasformazione del mercato del lavoro e delle sue regole giuridiche negli ultimi 20 anni, che ha radicalmente mutato la condizione di lavoratore, rendendola precaria e con meno diritti rispetto a quelli acquisiti negli anni precedenti. Si pensi anche alla riduzione dei diritti di difesa del lavoratore che, se licenziato, non ha più il diritto ad essere reintegrato nel posto di lavoro ma solo ad un'indennità risarcitoria, che può avere il suo "parallelo" nell'abrogazione del giudizio di appello nelle cause di protezione internazionale, frutto della riforma del 2017. In entrambi i casi si tratta di riduzione dell'effettività di diritti fondamentali per categorie di persone socialmente deboli.

Oppure pensiamo agli ultimi decreti c.d. sicurezza, soprattutto quello del 2018, n. 113, che è intervenuto restrittivamente sia in materia di protezione internazionale, nel contempo aggravando le sanzioni penali per reati connessi all'opposizione sociale, quali il blocco stradale, l'occupazione di edifici, o il danneggiamento di beni delle forze di polizia, così accorpendo categorie sociali *ex sé* ritenute pericolose.

A parte questo parallelismo, l'assenza di una realistica e razionale politica migratoria è in parte responsabile di quanto accaduto negli ultimi anni a seguito dei mutamenti politico-sociali avvenuti nei Paesi del Nord Africa a partire dal 2011 e per l'aggravarsi a livello mondiale delle condizioni economiche, sociali e climatiche di gran parte dei Paesi storicamente più svantaggiati. Fenomeni che hanno indotto un aumento dell'immigrazione in Italia ed in Europa, rispetto a cui entrambe si sono trovate impreparate, reagendo con politiche sostanzialmente di chiusura, di respingimenti e di delega ai Paesi terzi (Turchia, Niger, Egitto, Sudan, Libia, ecc.) per il contenimento della migrazione. Immigrazione che ha, dunque, cambiato volto, non più per motivi di lavoro ma principalmente per il riconoscimento della protezione internazionale, come definita dal sistema europeo d'asilo e, in assenza di canali regolari di ingresso ed in concomitanza con il dissolvimento dello Stato libico e della guerra in Siria, si è assistito ad un improvviso (ma non imprevedibile) aumento degli ingressi irregolari in Europa e tra gli Stati membri prevalentemente nei Paesi che si affacciano sul Mediterraneo (Italia, Grecia, Spagna).

L'Unione europea e l'Italia hanno reagito, si è accennato, con politiche di chiusura e di esternalizzazione dei controlli di frontiera⁵⁸. Significative sono,

58. Cfr. ASGI, *L'esternalizzazione delle frontiere e della gestione dei migranti: politiche migratorie dell'unione europea ed effetti giuridici*. www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/01/2020_1_Documento-Asgi-esternalizzazione.pdf.

tra i tanti atti, l'Agenda europea 2015⁵⁹, il costoso Accordo tra i Capi di governo dell'UE e la Turchia nel 2016 (per trattenere i profughi siriani in fuga dalla guerra), l'Accordo/Memorandum Italia-Libia del 2017 (con cui, sostanzialmente, si è delegato alla Guardia costiera libica il contenimento ed il respingimento dei migranti in fuga da quel Paese), la Comunicazione della Commissione COM (2019) 126 final, del 6 marzo 2019⁶⁰ (che persiste nell'approccio iniziato nel 2015 di esternalizzazione dei controlli di frontiera a discapito di un'effettiva politica europea dell'immigrazione).

Atti ai quali non è stata accompagnata né una revisione del sistema di ripartizione tra gli Stati UE della presa in carico dei richiedenti asilo, di cui al Regolamento n. 604/2013 (c.d. Dublino III, che conserva ancora il criterio della responsabilità del Paese di primo arrivo, penalizzando gli Stati costieri e/o di frontiera), né soprattutto una seria programmazione dei flussi d'ingresso, lasciando spazio ai partiti c.d. sovranisti e populistici di veicolare in maniera sempre più forte un discorso di ostilità sociale.

Nello specifico dell'Italia, il/la richiedente asilo è divenuto rapidamente una figura sociale totalmente negativa, criminalizzata da coloro che hanno evocato un'invasione del tutto inesistente ma non per questo meno strumentalizzabile socialmente, consentendo al legislatore di turno di restringere i diritti dei richiedenti asilo comprimendo innanzitutto il diritto di difesa (decreto legge n. 13/2017, c.d. Minniti-Orlando), di firmare Accordi con la Libia per trattenere le partenze dei migranti, di criminalizzare e rendere punibile l'attività delle ONG di salvataggio nel Mediterraneo, fino al radicale intervento del legislatore nel 2018 e nel 2019, con i c.d. decreti sicurezza: d.l. n. 113/2018 e d.l. n. 53/2019.

Con questi ultimi, abrogando l'art. 5, co. 6 TU 286/98, è stata eliminata la possibilità di riconoscimento della protezione umanitaria, che rappresentava più del 20% dei riconoscimenti della tutela, sono state aggravate le procedure di riconoscimento della protezione, è stato smantellato il sistema di accoglienza e reso più difficile il diritto a diventare cittadini italiani⁶¹. Decreti con i quali sono stati introdotti anche aggravamenti dei reati collegati alle opposizioni sociali, accorpando sotto l'ombrello della "sicurezza"

59. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0240&from=EN>. Agenda europea che ha introdotto il sistema dei c.d. *hot-spot*, centri di raccolta dei cittadini stranieri sbarcati sul territorio nazionale, miranti sia alla ripartizione delle competenze territoriali degli Stati membri per le domande di protezione internazionale, sia per la distinzione tra richiedenti asilo e c.d. migranti economici; Agenda con cui si è profilato un sistema di esternalizzazione dei controlli di frontiera europea.

60. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/IT/COM-2019-126-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>.

61. www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/quadrino_statistico_per_gli_anni_1990-2018.pdf. Si veda la pagina del sito ASGI dedicata al decreto sicurezza del 2018 in www.asgi.it/decreto-immigrazione-sicurezza-documenti-asgi.

categorie sociali non gradite, secondo una declinazione politica sempre più aggressiva⁶².

Con il secondo decreto sicurezza, del 2019, si è cercato di legittimare la politica del Ministero dell'interno dell'epoca di vietare l'ingresso delle navi umanitarie nei porti italiani, sanzionandone pesantemente la violazione⁶³.

Non è questa la sede per una disamina approfondita della questione, ma non può non evidenziarsi che la caratterizzazione negativa del richiedente asilo è, per certi versi, coerente e speculare con l'approccio generale alla persona straniera e soprattutto al lavoratore straniero, in quanto la negatività del primo trova spiegazione (anche) nella estraneità del lavoro ai fini del riconoscimento del diritto alla protezione⁶⁴ e nella correlata veicolazione, nel discorso pubblico, del sospetto che il richiedente asilo, in realtà, nasconda una migrazione economica. Sul piano formale il richiedente asilo non è soggetto alle regole ordinarie per l'acquisizione del visto d'ingresso e del permesso di soggiorno, data la natura fondamentale del diritto, e pertanto sfugge alla rigida *ratio* della normativa in materia di immigrazione, diventando per ciò stesso destinatario di tentativi di restringimento delle possibilità di riconoscimento anche per non "allargare le maglie" dell'immigrazione.

9. L'urgenza di invertire la logica è la vera emergenza del terzo millennio

Nel tratteggiare il percorso legislativo degli ultimi 30 anni in materia di immigrazione abbiamo posto l'accento sulle caratteristiche principali (invero non le uniche) dell'approccio alla questione migratoria, senza dar conto della platea di diritti sociali riconosciuti o riconoscibili al cittadino straniero regolarmente soggiornante, soprattutto di lungo periodo, che hanno avuto un significativo sviluppo anche nella c.d. stagione antidiscriminazione⁶⁵.

Omissione con cui non si vuole negare l'importanza di quei diritti sociali ma solo evidenziare che anche le battaglie giuridiche per il loro effettivo riconoscimento e il silenzio sul loro significato, a livello di opinione e di discorsi pubblici, confermano l'assenza di una cultura politica che abbia come obiettivo

62. Cfr., tra le tante analisi, Pepino L., *Le nuove norme su immigrazione e sicurezza: punire i poveri*, in Rubrica Diritti senza confini, www.questionegiustizia.it/articolo/le-nuove-norme-su-immigrazione-e-sicurezza-punire-i-poveri_12-12-2018.php.

63. Cfr. il documento ASGI, *Il D.L. n. 53/2019, convertito, con modificazioni, nella L. n. 77/2019. Analisi critica del c.d. "Decreto sicurezza bis" relativamente alle disposizioni inerenti il diritto dell'immigrazione*, in www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/09/2019_Commento-decreto-sicurezza-bis_13_9_.pdf.

64. Il richiedente asilo può lavorare, decorsi 60 gg. dalla domanda (*ex art. 25 d.lgs. 251/2007*) ma non è questa la motivazione del suo soggiorno.

65. Si vedano in questo volume Guariso A., pp. 527 ss. e Flamini M., pp. 546 ss.

la cittadinanza sociale per tutti/e coloro che, non nativi/e, hanno lasciato il proprio Paese per cercare nella parte del mondo economicamente più sviluppata una dignità di esistenza che non avevano “per nascita”.

Tema che riguarda il diritto di migrare, il movimento di persone o popoli che è una costante della storia umana, fin dalla sua nascita, ma che nell'epoca contemporanea subisce repressioni ed esclusioni a difesa di territori della parte del mondo che paradossalmente ha raggiunto un maggiore grado di benessere e che dunque dovrebbe avere maggiori possibilità di inserimento di nuovi abitanti. Eppure, «la nazione non può fare appello a nessun diritto di suolo per negare l'ospitalità, né tanto meno ad un diritto di sangue», perché non esiste un diritto originario di proprietà della terra, come afferma la filosofa Donatella Di Cesare nel suo *Stranieri residenti*, il primo tentativo di costruire una filosofia della migrazione⁶⁶. Nel corso dei secoli quello che originariamente era vissuto e ritenuto un diritto ‘naturale’ – lo *jus peregrinandi* – è stato via via abbandonato ed inserito in confini giuridici, trasformandolo in *jus migrandi*, per assoggettarlo alle limitazioni dello Stato, che solo può determinare chi entra e chi esce dai propri confini⁶⁷.

Il diritto di migrare ha, nella nostra Costituzione, un preciso fondamento negli artt. 16 e 35 e la Corte costituzionale ha affermato che la libertà d'emigrazione è un diritto fondamentale della persona, che lo Stato “riconosce” e non attribuisce (Corte cost. 269/86, n. 34/57 e 19/59). A livello internazionale è riconosciuto in molteplici atti: art. 13 Dichiarazione universale diritti umani; art.2 Protocollo IV della CEDU, art. 8 Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 45/158 del 18 dicembre 1990, entrata in vigore il 1° luglio 2003 ma che ad oggi è stata ratificata da soli 52, tra i quali nessuno dell'Unione europea e dell'Europa solo dall'Albania.

Migrazione, dunque, come diritto fondamentale ma affermarlo, in questi tempi, sembra una provocazione visionaria, soprattutto quando si cerca di collegare l'emigrazione all'immigrazione, unendo i due imprescindibili segmenti di un unico corno per rivendicare il *diritto alla mobilità*. Eppure, della migrazione l'Europa stessa ha imprescindibile bisogno. Nella Comunicazione 635 del 12.9.2018, *Ampliare l'offerta di percorsi legali verso l'Europa, componente indispensabile di una politica migratoria equilibrata e globale*⁶⁸, la Commissione UE riporta che nel 2018 i posti vacanti nell'UE erano 3,8 milioni e «dal 2012 la percentuale dei posti vacanti (rispetto al totale di quelli disponibili) ha

66. Di Cesare D., *Stranieri residenti*, Bollati Boringhieri, Torino, 2017.

67. Si veda l'interessante studio a cura di Meccarelli M., Palchetti P., Sotis C., *Ius peregrinandi*, Editrice EUM, Macerata, 2012.

68. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0635&from=EN>.

registrato un aumento costante» e in vari Paesi la carenza strutturale di manodopera è del 40%, raggiungendo il 50% in Germania, Polonia, Slovacchia e Ungheria. La Comunicazione evidenzia l'invecchiamento della popolazione europea e la diminuzione di quella in età lavorativa, stimata nei prossimi 2 decenni in 22 milioni in meno, pari al 7%, mentre la diminuzione della forza lavoro dal 2015 al 2035 sarà di 18,3 milioni, pari ad una riduzione del 7,4%.

Un ulteriore dato interessante, a livello europeo, giunge dalla Federazione europea dei servizi individuali (EFSI), che auspica una forte riforma del settore dei servizi domestici, da sostenere con investimenti pubblici, perché «nei prossimi anni, con l'invecchiamento della popolazione, questo tipo di servizi darà lavoro a 5 milioni di persone in più». Secondo la EFSI nell'Unione europea sarebbero 12 milioni le famiglie che assumono in nero lavoratrici e lavoratori nel settore domestico (c.d. assistenti familiari e colf), di cui il 91% donne. In Italia la percentuale raggiunge il 70%⁶⁹.

Dati che attestano che i Paesi dell'Unione europea hanno bisogno di lavoratori stranieri e pertanto ci sarebbe spazio e giustificazione per politiche europee ed italiane non di chiusura delle frontiere ma, al contrario, di apertura e razionalizzazione degli ingressi. Forse, è giunto il momento di cambiare, ma non pare che la politica ne avverta il bisogno, giacché ripropone schemi irrazionali sempre più estremi, quali il controllo esterno delle frontiere e l'erigere muri sempre più alti, materiali e giuridici.

Per altro verso, in una visione non puramente utilitaristica sul fenomeno migratorio, non legata cioè alla mera figura produttiva del migrante, un vero cambio di prospettiva deve riguardare il *diritto alla mobilità* come scelta della persona, che può avere origine nel bisogno di affrancarsi da condizioni materiali estreme o precarie che lo Stato di appartenenza non è in grado di risolvere (questione che interroga le ragioni delle disuguaglianze mondiali, l'impatto che le economie liberiste hanno su di esse e sull'ambiente, la responsabilità degli Stati occidentali nella produzione di quelle disuguaglianze, la natura dei conflitti mondiali, la disuguaglianza di genere, ecc. ecc.), ma che può essere determinata anche dal bisogno di scoprire e vivere altre realtà. Diritto alla mobilità che appartiene, dovrebbe appartenere, al diritto di libertà della persona, presupposto per costruire o ricostruire un concetto di comunità territoriale che prescindano da un inesistente diritto primario alla terra e che consideri anche il punto di vista della persona migrante⁷⁰, nonché l'universalità effettiva dei diritti umani⁷¹.

69. Fonte: EuropaToday 21.6.2018 <https://europa.today.it/lavoro/europa-badanti-colf-sommerso.html>.

70. In questa prospettiva cfr. la *Carta di Palermo*, stilata all'esito di un convegno internazionale nel 2015, in www.comune.palermo.it/js/server/uploads/iosonopersona/carta_di_palermo_2015.pdf. Si veda anche Palidda S., *Mobilità umane. Introduzione alla sociologia delle migrazioni*, Raffaello Cortina, Milano, 2008.

71. Greblo E., *I confini della mobilità*, «Etica & Politica/Ethics & Politics», XVIII, 2, 2016, pp. 389-417: «Stando agli impegni morali di tipo universalistico incorporati nelle

Prospettiva ben lontana dalla realtà attuale ma che è inevitabile cominciare a prendere in considerazione con razionalità e senza ideologismi, partendo dalla constatazione dei danni prodotti sulle persone e nella società da 30 anni di legislazione e di politica sull'immigrazione ingiusta e sbagliata.

Costituzioni democratiche, è ingiustificato impedire a un essere umano di avvalersi del diritto alla mobilità, perché si tratta di una delle libertà fondamentali. Il riconoscimento del diritto universale all'attraversamento dei confini, che si oppone a ogni forma di restrizione ai movimenti degli esseri umani, sembra, in questo senso, la sola posizione coerente con la volontà proclamata di eliminare discriminazioni e sofferenze e di includere nell'ambito del reciproco rispetto chi fugge da fame e da guerre» - www2.units.it/etica/2016_2/GRE-BLO.pdf.

Esternalizzazione delle frontiere e gestione della rotta mediterranea tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali

di Lucia Gennari, Cristina Laura Cecchini e Giulia Crescini*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le tappe fondamentali dell'irrigidimento della frontiera mediterranea: dal codice di condotta per le ONG alla politica dei "porti chiusi", 2.1. L'arretramento delle istituzioni europee dallo svolgimento di attività SAR, 2.2. La delega delle attività SAR alle autorità libiche, 2.3. La criminalizzazione degli attori della società civile per le attività di soccorso in mare e la politica dei "porti chiusi". – 3. La qualificazione delle operazioni di soccorso e il diritto all'accesso alle informazioni, 3.1. La natura giuridica delle operazioni di soccorso, 3.2. Le operazioni di soccorso e il coinvolgimento di assetti militari, 3.3. La qualificazione delle operazioni di soccorso nella giurisprudenza amministrativa in materia di accesso agli atti. – 4. Conclusioni.

1. Premessa

All'interno del processo di esternalizzazione strutturato nell'ambito delle politiche europee a partire dal 2016, il *Memorandum* d'intesa, sottoscritto il 2 febbraio 2017, tra la Libia e l'Italia, riveste un ruolo di primaria importanza con riferimento alla rotta mediterranea. L'accordo è stato siglato tra il Governo italiano nella persona dell'allora Presidente del Consiglio Paolo Gentiloni e quello libico di Riconciliazione nazionale rappresentato dal Ministro del Governo Fayed Al Sarraj.

Lo scopo ufficiale di tale accordo è quello di raggiungere soluzioni idonee alla stabilizzazione del Paese intervenendo su fenomeni che vengono esplicitamente individuati come le cause che influiscono negativamente sulle Parti tra cui «il fenomeno dell'immigrazione clandestina e il suo impatto, la lotta contro il terrorismo, la tratta degli esseri umani e il contrabbando di carburante». Viene riaffermata così, nelle premesse dell'atto, la necessità di cooperare per

* Le Autrici sono avvocate e consulenti giuridiche in Roma, socie ASGI.

l'individuazione di soluzioni urgenti in particolare «alla questione dei migranti clandestini che attraversano la Libia per recarsi in Europa via mare, attraverso la predisposizione dei campi di accoglienza temporanei in Libia sotto l'esclusivo controllo del Ministero dell'interno libico, in attesa del rimpatrio o del rientro volontario nei Paesi di origine». Tali finalità vengono perseguite sulla base di impegni che si declinano attraverso un accordo di soli otto articoli di cui solo due disciplinano effettivamente e in concreto gli obblighi assunti tra le Parti regolando vincoli quasi del tutto inerenti al controllo della frontiera, al blocco dei migranti e ad attività ad essi funzionali.

Nonostante le finalità esplicitate, non sono mai menzionate nel testo le parole “diritti umani” e il Governo libico non viene chiamato ad assumere alcun impegno in relazione al rispetto e alla tutela dei diritti fondamentali dei migranti.

In tale ambito i centri di detenzione vengono formalmente richiamati quali luoghi di trattenimento finalizzati al rimpatrio o al rientro volontario nei Paesi di origine dei migranti ivi trattenuti. Il funzionamento di essi viene esplicitamente finanziato e, di conseguenza legittimato, e la formazione del personale libico operante al loro interno viene delineata al solo scopo di contribuire all'individuazione dei metodi più adeguati ad affrontare il fenomeno dell'immigrazione clandestina e la tratta degli esseri umani. Anche il sostegno alle organizzazioni internazionali presenti e che operano in Libia nel campo delle migrazioni, e che per la prima volta vengono esplicitamente menzionate, viene legato al perseguimento dell'obiettivo di proseguire gli sforzi mirati al rientro dei migranti nei Paesi di origine compreso il rientro volontario. La lettera dell'accordo, sembra pertanto ispirarsi non già all'impostazione a cui sarebbe onerata lo Stato italiano in virtù della Carta costituzionale e degli obblighi internazionali in materia di diritti umani ma, piuttosto, all'approccio che caratterizza la legislazione libica che criminalizza l'ingresso irregolare, il soggiorno e l'uscita dal territorio senza operare alcuna distinzione tra rifugiati, vittime di traffico, minori o altri migranti bisognosi di protezione e nell'ambito della quale, la deportazione e la detenzione sono le uniche risposte effettivamente regolate ed implementate.

Il presente contributo mira ad analizzare come, a partire dalla conclusione dell'accordo, anche nella gestione della rotta mediterranea il processo di esternalizzazione abbia prodotto nei fatti risultati contrari a quelli esplicitati dagli Stati nelle proprie finalità con un aumento delle morti in mare e l'implementazione di azioni che, lungi dall'incidere sul traffico hanno avuto come risultato quello di un peggioramento della situazione dei migrati sul territorio libico. In particolare si intende procedere ad analizzare il processo con cui si è intervenuto sulle partenze dalla Libia e la ricostruzione delle tappe fondamentali con cui si è arrivati al sostanziale blocco dei migranti, si intende fare luce sulla trasformazione di tale processo che ha modificato gli interventi volti al perseguimento delle suddette finalità da interventi a carattere umanitario ad azioni

operative di polizia di frontiera e, successivamente, a vere e proprie operazioni militari.

Tale cambiamento non riguarda solo la sostanza delle attività effettivamente implementate ma anche la narrazione giuridico politica delle stesse ed ha prodotto enormi contrasti tra finalità e azioni messe in campo laddove, la lotta al traffico e alla tratta, ha assunto progressivamente sempre più i connotati di un'esigenza di sicurezza e ordine pubblico perdendo invece, in maniera sempre più prevalente, il carattere di assistenza alle vittime e tutela dei diritti umani fondamentali.

È evidente che il testo stesso del Memorandum rifletta, seppur nella sua essenzialità, tale tendenza che ha caratterizzato nel suo complesso l'intero processo di esternalizzazione.

Si evidenzia, infatti, come con riferimento agli interventi relativi al soccorso, già a partire dal 2015 anche la Commissione europea profilava la necessità di implementare operazioni che perdendo il loro connotato umanitario divenivano vere e proprie attività di politica di sicurezza e difesa comune finalizzati alla demolizione delle reti dei trafficanti di esseri umani.

Inizia così la modificazione del racconto pubblico di quanto accade nel Mediterraneo laddove viene dato molto spazio narrativo alla necessità che le operazioni di *search and rescue* siano strutturate in maniera da non alimentare l'aggravamento del fenomeno dell'immigrazione irregolare. In tale quadro, la riduzione drastica degli arrivi e il coinvolgimento delle autorità libiche vengono celebrati come la via maestra per il raggiungimento degli scopi ufficialmente perseguiti. L'Italia, attraverso la cooperazione formalmente instaurata a partire dalla sottoscrizione del Memorandum ha un ruolo chiave nella gestione di tale strategia che ha portato ad una drastica diminuzione degli arrivi sul territorio pari a circa l'81% in meno nell'anno 2018.

Si intende fare luce su come l'accento posto sugli obiettivi di tipo securitario e militare sia strumentale al tentativo di inquadrare in maniera differente un'operazione, qual è quella realizzata mediante la collaborazione con la Libia della gestione del fenomeno migratorio, che è funzionale al tentativo di rendere giuridicamente accettabili la violazione sistematica degli obblighi derivanti dal diritto interno ed internazionale in materia di *non refoulement*, e rispetto dei diritti umani fondamentali.

Per fare ciò il contributo si concentra sull'analisi della gestione della frontiera marittima e sull'evoluzione dell'attività di ricerca e soccorso al fine di evidenziare come progressivamente si è realizzata, anche su questo fronte, una delega alle autorità libiche attraverso la prassi del *pull back* che ha sostituito il precedente modello del *push back* già censurato dalla Corte europea dei diritti umani. Attraverso l'analisi del contenzioso in materia di accesso agli atti si evidenzia come il cambio di prospettiva verso una "militarizzazione" della frontiera sia funzionale ad una pericolosa limitazione dell'accesso alle informazioni su quanto accade in mare che rischia di opacizzare l'attività di

monitoraggio in relazione al rispetto dei diritti umani con evidenti ricadute su un quadro già compromesso da una totale assenza di qualsivoglia condizionalità della collaborazione instaurata con i Paesi terzi ed in particolare con la Libia le cui autorità, come evidenziato, non sono chiamate ad assumere nessun impegno in relazione al miglioramento delle condizioni e al trattamento dei migranti. L'esatto inquadramento di tale operazione giuridica, a parere di chi scrive è fondamentale al fine di valutare, in maniera più complessa, anche in relazione alla gestione delle frontiere, il bilanciamento necessario tra l'esigenza di garantire un livello di sicurezza maggiore e le garanzie di libertà della persona senza snaturare i principi su cui queste si fondano anche in vista della necessità di rinnovare tali accordi e della dichiarata volontà di ridiscuterne i termini soprattutto in relazione alla frontiera mediterranea e alla cooperazione con la Libia.

2. Le tappe fondamentali dell'irrigidimento della frontiera mediterranea: dal codice di condotta per le ONG alla politica dei "porti chiusi"

Per quanto riguarda le attività di ricerca e soccorso in mare, il cambio di paradigma, da quello umanitario a quello del controllo e del contenimento della mobilità, si è concretizzato nel progressivo arretramento dell'Unione europea e degli Stati membri dallo svolgimento delle attività SAR nel Mediterraneo centrale, nella delega di tali attività alle c.d. autorità libiche e nella marginalizzazione e criminalizzazione delle organizzazioni non governative attive nella ricerca e soccorso in mare¹.

Per meglio comprendere come questo mutamento abbia influenzato le dinamiche che riguardano le attività SAR è utile prima di tutto inquadrarne la disciplina nell'ambito del diritto internazionale del mare, per poi analizzare gli strumenti giuridici e le prassi che sono stati funzionali ai processi di esternalizzazione oggetto del presente contributo.

In base al diritto internazionale vige un obbligo per i comandanti di prestare soccorso alle persone in pericolo in mare (art. 98 Unclos e 33/V SOLAS) a cui si ritiene complementare il compito degli Stati – attraverso i centri di coordinamento del soccorso in mare (MRCC) – di supporto e coordinamento delle navi soccorritrici nella Regione SAR (SRR) di propria responsabilità², inclusa l'individuazione di un *place of safety* (POS) nel più breve tempo possibile anche al fine di sollevare la nave che ha effettuato il soccorso dalla relativa responsabilità e permetterle di riprendere le proprie attività.

1. In questo senso Carrera S., Cortinovis R., *Search and rescue, disembarkation and relocation arrangements in the Mediterranean. Sailing away from responsibility?*, «CEPS Paper in Liberty and Security in Europe», 10, 2019.

2. Convenzione SOLAS, cap. V reg. 7.

Tale disposizione discende in particolare dall'attuazione della Convenzione sulla ricerca ed il salvataggio in mare, adottata ad Amburgo il 27.4.1979 (c.d. Convenzione SAR). L'insieme delle norme interne e sovranazionali in materia sancisce quindi l'obbligo, per chiunque sia in grado di farlo, di prestare assistenza in mare a chi si trovi in una situazione di pericolo con correlato e immediato avviso alle autorità competenti previsto dall'art. 3 del d.p.r. 662/94. Viene poi definito "soccorso d'ufficio", il soccorso obbligatorio che fa capo al Corpo delle Capitanerie di Porto in tutte le sue articolazioni di Amministrazione marittima, finalizzato alla salvezza della vita in mare.

La Convenzione SAR obbliga gli Stati parte a garantire che sia prestata assistenza ad ogni persona in pericolo in mare, a prescindere dalla nazionalità, dallo *status* o dalle circostanze nelle quali tale persona viene trovata³. Tale obbligo include anche quello di fornire le prime cure mediche o di altro genere alle persone soccorse e il loro trasferimento in un luogo sicuro a terra⁴. Gli Stati sono infine tenuti a cooperare al fine di garantire l'osservanza del principio dell'integrità dei servizi SAR.

A tale fine gli Stati costieri individuano e dichiarano formalmente una propria specifica area di responsabilità (SRR), in cui si assumono l'onere di garantire l'efficiente prestazione dei citati servizi, in modo tale da coprire l'intero globo terracqueo.

Sulla base del principio di cooperazione tra Stati nella tutela della vita in mare, il fatto che un evento SAR avvenga al di fuori della zona di competenza dell'MRCC contattato per la gestione delle operazioni di soccorso non esonera tale Stato dall'obbligo di adoperarsi rispetto a tale evento. Al contrario, il primo Centro di coordinamento che abbia avuto notizia di una situazione di pericolo deve ritenersi responsabile per tale situazione finché il Centro competente per la zona SAR in questione, o quello più adatto a prestare assistenza, non abbiano formalmente assunto il coordinamento dell'evento⁵.

Dal momento in cui il centro di coordinamento e soccorso è informato della situazione, lo stesso diventa, quindi, titolare di una serie di obblighi.

Se l'emergenza ha luogo al di fuori della zona SAR di competenza del primo MRCC, quest'ultimo è tenuto a notificare la segnalazione di *distress* al MRCC competente (par. 3.6.5)⁶ altrimenti deve coordinare le operazioni

3. Convenzione SAR, Cap. 2.1.10.

4. Convenzione SAR, Cap. 1.3.2.

5. Si veda in tal senso la ricostruzione delle norme e dei principi che discendono dal diritto internazionale del mare del Tribunale per i Ministri di Catania nella richiesta di autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro dell'interno Matteo Salvini del 7.12.2018, testo disponibile su http://questionegiustizia.it/doc/trib_catania_decreto_salvini.pdf.

6. Quando si trasferisce il coordinamento di un'operazione SAR a un altro MRCC o RSC (*Rescue sub-centre*), tale trasferimento deve essere documentato nel registro MRCC o RSC (par. 3.6.5). Le procedure per trasferire la responsabilità SMC (*search and rescue mission co-ordinator*, Coordinatore della missione di ricerca e salvataggio) a un al-

di soccorso che saranno materialmente poste in essere da qualsiasi nave per qualsiasi ragione presente nell'area interessata, sia navi governative, incluse quelle militari, sia quelle mercantili, compresi pescherecci, navigli da diporto e navi adibite a servizi speciali, come quelle utilizzate da alcune ONG per finalità SAR, cioè su ogni nave che possa utilmente intervenire per il salvataggio della vita in mare.

Come ribadito dalle Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare IMO, le operazioni di soccorso si ritengono concluse solo con lo sbarco delle persone soccorse in un luogo sicuro (POS)⁷. Nel caso in cui le persone soccorse stiano fuggendo da un Paese attraversato da un conflitto come la Libia appare evidente la necessità che il diritto internazionale del mare trovi applicazione insieme al diritto dei diritti umani, con particolare riferimento alla Convenzione di Ginevra del 1951, alla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, alla Carta europea dei Diritti Fondamentali, alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

In quest'ottica rilevano in primo luogo il rispetto del principio di *non refoulement* (art. 33 Convenzione di Ginevra) e del diritto alla vita (art. 2 CEDU) e il divieto di tortura e di ogni altro trattamento inumano e degradante (art. 3 CEDU).

Il diritto internazionale del mare non definisce rigidamente, se non nelle Linee guida sopra citate, il concetto di *place of safety* ma vengono in rilievo in questo ambito il regolamento UE n. 656/2014 recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata da Frontex e il Codice delle Frontiere Schengen. In particolare l'art. 2 par. 12 del regolamento definisce il POS come «un luogo in cui si ritiene che le operazioni di soccorso debbano concludersi e in cui la sicurezza per la vita dei sopravvissuti non è minacciata, dove possono essere soddisfatte le necessità umane di base e possono essere definite le modalità di trasporto dei sopravvissuti verso la destinazione successiva o finale tenendo conto della protezione dei loro diritti fondamentali nel rispetto del principio di non

tro MRCC dovrebbero includere: una discussione personale tra i coordinatori SAR di entrambi gli MRCC interessati; il primo MRCC può invitare l'altro MRCC ad assumere la responsabilità, o l'altro MRCC può offrirsi di assumere la responsabilità; la responsabilità rimane in capo al primo MRCC fino a quando l'altro MRCC non accetta formalmente la responsabilità; tutti i dettagli delle azioni intraprese tra gli MRCC; il trasferimento di responsabilità deve essere registrato da entrambi i coordinatori SAR nel registro MRCC; informare del trasferimento tutte le strutture SAR coinvolte.

7. Resolution MSC.167(78) cap. 6.12: «A place of safety (as referred to in the Annex to the 1979 SAR Convention, paragraph 1.3.2) is a location where rescue operations are considered to terminate. It is also a place where the survivors' safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met. Further, it is a place from which transportation arrangements can be made for the survivors' next or final destination».

respingimento». Il Codice delle Frontiere Schengen a sua volta ribadisce che l'applicazione delle norme del codice stesso non può mai pregiudicare i diritti di richiedenti asilo e rifugiati (art. 3).

La possibilità di considerare conforme al diritto internazionale del mare e dei diritti umani il trasferimento di persone migranti soccorse nel Mediterraneo in un porto libico è stata esclusa dalla giurisprudenza interna in diverse occasioni e altresì dalle Agenzie delle Nazioni Unite⁸, dal Consiglio d'Europa⁹ e dalla stessa Commissione europea¹⁰.

2.1. *L'arretramento delle istituzioni europee dallo svolgimento di attività SAR*

A partire dalla primavera del 2018 è stato possibile osservare un rapido ed evidente arretramento dalle attività SAR da parte dell'Unione europea e degli Stati membri e una sempre maggiore delega di tali attività alle autorità libiche. Questo processo è avvenuto in parallelo a quello di marginalizzazione e criminalizzazione dell'operato delle navi private, tanto delle Ong quanto di altri tipi di imbarcazioni.

Per quanto riguarda il primo aspetto può essere utile citare alcuni eventi particolarmente significativi.

Come noto, già a partire dal 2014 con la conclusione dell'operazione italiana – militare e umanitaria – *Mare nostrum* e la sua sostituzione con l'operazione *Triton* condotta dall'agenzia europea Frontex, i mezzi e le risorse impiegati nel Mediterraneo centrale per il controllo della frontiera marittima che venivano anche utilizzati per il soccorso in mare, hanno subito una significativa riduzione.

Nel febbraio 2018 veniva lanciata una nuova operazione – con un nuovo piano operativo – della Guardia di Frontiera e Costiera Europea (EBCG - *European Border and Coast Guard*)¹¹: l'operazione *Themis*. Dalle poche informazioni pubblicate in merito all'operazione sono emerse alcune novità significati-

8. *Joint Communication for special procedures* del 15 maggio 2019, disponibile su www.statewatch.org/news/2019/may/un-it-sr-letter-directive-sar-libya-human-rights-5-19.pdf.

9. *Commissioner for human rights - Council of Europe, Lives saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*, giugno 2019, <https://rm.coe.int/lives-saved-rights-protected-bridging-the-protection-gap-for-refugees-/168094eb87>.

10. Si veda *Migranti. Il Viminale: Libia porto sicuro anche per l'UE. Bruxelles e ONU smentiscono*, «Avvenire.it», 2019, www.avvenire.it/attualita/pagine/il-viminale-libia-porto-sicuro-anche-per-l-ue-l-onu-contro.

11. Dal sito dell'agenzia: <https://frontex.europa.eu/along-eu-borders/main-operations/operation-themis-italy/>.

ve rispetto alle precedenti, fra cui la contrazione dell'area coperta dagli assetti impegnati nell'operazione, ossia le 24 miglia nautiche dalle coste italiane con esclusione dell'area SAR maltese, confinante con quella libica¹². In base alle interviste condotte da S. Carrera e R. Cortinovis¹³ a funzionari Frontex, il piano operativo di *Themis* non prevede un meccanismo automatico per l'individuazione del luogo di sbarco delle persone soccorse nel Mediterraneo centrale, il ché ha comportato un evidente rallentamento delle operazioni stesse.

A fronte delle considerazioni legate alla presenza di navi europee in acque internazionali nelle zone SAR libica e maltese che veniva qualificata come un fattore di attrazione per i migranti in fuga dalla Libia, e a seguito dell'aggravarsi delle tensioni interne all'Unione sul tema della "redistribuzione" dei migranti soccorsi in mare, nel marzo del 2019 gli assetti navali impegnati nell'operazione EUNAVFOR MED - Sophia, venivano esclusi dal piano operativo, rimanendo attivi solo i mezzi aerei. Si ricorda che la missione in questione ha carattere militare e il mandato di monitorare e contrastare le attività di traffico e tratta nel Mediterraneo, non figurando in alcun modo lo svolgimento di attività SAR, cui le navi impegnate nell'operazione erano comunque tenute sulla base del diritto internazionale del mare. L'assenza delle navi precedentemente impiegate nella missione ha fatto venir meno questo "effetto collaterale" che consisteva nello svolgimento di operazioni SAR con conseguente necessità di individuare un luogo in Europa in cui trasferire i naufraghi.

In Italia al disimpegno e alla riduzione delle operazioni europee nel Mediterraneo centrale si è accompagnato un cambio di strategia che ha visto le imbarcazioni della Marina e della Guardia Costiera sempre più spesso all'ancora nei porti siciliani e un cambiamento della stessa narrazione degli interventi delle navi statali italiane. I salvataggi compiuti dalle autorità italiane sono stati descritti con sempre maggiore frequenza come "intercettazioni" o come operazioni di polizia volte al mero controllo della frontiera marittima. La qualificazione di queste operazioni come "intercettazioni" ha effetti rilevanti sulle responsabilità e gli obblighi che ricadono sulle autorità SAR ma anche sulla condizione giuridica delle persone soccorse e sul loro percorso successivamente allo sbarco per esempio sotto il profilo delle procedure d'asilo applicabili alla luce delle modifiche introdotte con il d.l. 113/2018 conv. l. n. 132/2018.

12. Come riportato da Carrera S., Cortinovis R. *op. cit.* «A key change in the scope of Themis operation was reducing even further its operational area to the Italian SAR zone, and in contrast to the Triton operation, not covering the Maltese area any longer. The Maltese government refused to take part in Themis Joint Operation in the absence of a clear rule foreseeing the disembarkation in Italian ports of people rescued in the Maltese SAR zone, which was the case under Triton's operational plan based on a bilateral deal between Italy and Malta».

13. Carrera S., Cortinovis R., *op. cit.*

Ad esempio nel caso del soccorso di 70 persone effettuato a 11 miglia da Lampedusa da navi della Guardia Costiera e della Guardia di Finanza nel maggio del 2019¹⁴ si può osservare come questo sia stato raccontato come un'intercettazione effettuata nell'ambito delle attività di controllo della frontiera mentre l'imbarcazione su cui viaggiavano i migranti tentava di eludere la sorveglianza.

Il mancato intervento delle autorità italiane fino all'ingresso dell'imbarcazione all'interno delle acque territoriali, la cui presenza non poteva ragionevolmente che essere già conosciuta fin da prima, rivela l'esistenza di una strategia o comunque di una prassi delle autorità volta ad evitare fino all'ultimo di qualificare come "evento SAR" la presenza di imbarcazioni con a bordo un alto numero di migranti, strutturalmente instabili e soggette ad un alto rischio di naufragio. L'agenzia Andkronos riporta l'11 aprile di un evento simile, in cui «Le autorità italiane, hanno spiegato fonti del Viminale, hanno intercettato il barcone e hanno verificato l'esatta consistenza del gruppo (inizialmente le persone a bordo avevano dichiarato di essere 90). Il trasferimento a Lampedusa è servito per velocizzare le identificazioni, individuare gli scafisti e far scattare le procedure per le espulsioni»¹⁵.

Si può affermare che l'arretramento e il disimpegno dei Paesi europei dallo svolgimento delle attività SAR, insieme al rafforzarsi della narrazione più legata all'ambito securitario di quelle stesse attività, facciano parte del medesimo processo che ha consentito sul piano giuridico e politico di trattare il soccorso in mare come una questione di polizia o addirittura di controllo militare dei confini del territorio europeo.

2.2. *La delega delle attività SAR alle autorità libiche*

A questo disimpegno è corrisposta una sempre maggiore e non celata delega delle operazioni in mare alle autorità libiche, responsabili per i crimini commessi nei confronti dei migranti in tale Paese¹⁶.

Dal punto di vista delle dinamiche che riguardano le attività di soccorso è possibile individuare prassi e modalità operative che costituiscono una delega di fatto alle autorità libiche da parte dei centri di coordinamento dei soccorsi

14. Notizia riportata da «globalist.it» il 10.5.2019: www.globalist.it/news/2019/05/10/finanza-e-guardia-costiera-salvano-70-migranti-portati-a-lampedusa-2041233.html.

15. Migranti sbarcati a Lampedusa, «Andkronos.com», 11.4.2019: www.adnkronos.com/fatti/cronaca/2019/04/11/barcone-con-naufraghi-verso-lampedusa_M2ho859phTYrDTVWNhNRP.html.

16. Già nel marzo del 2011 l'ufficio del Procuratore della Corte Penale Internazionale ha iniziato delle indagini sui crimini commessi nei confronti dei cittadini stranieri in Libia, sul tema v. Mann I., Moreno-Lax V., Shatz O., *Time to investigate European agents for crimes against migrants in Libya*, «EJILTalk.org», 2018, www.ejiltalk.org/time-to-investigate-european-agents-for-crimes-against-migrants-in-libya.

principalmente italiano e maltese ma anche degli assetti, soprattutto aerei, coinvolti in operazioni di pattugliamento della frontiera marittima. In modo sempre più sistematico ed esplicito, infatti, questi attori hanno fatto un utilizzo molto formale delle norme del diritto del mare, considerando le autorità libiche alla stregua di quelle italiane o maltesi nell'attribuzione di responsabilità per le operazioni SAR, comunicando con queste in maniera esclusiva fino ad arrivare a coordinarsi direttamente con le medesime impedendo l'intervento di altri attori attivi nel Mediterraneo centrale.

Come noto, tra la fine del 2017 e la prima metà del 2018 la Libia ha dichiarato all'IMO le coordinate della propria zona di ricerca e soccorso¹⁷ e con il supporto logistico, economico e spesso pratico delle istituzioni italiane ed europee il numero di "intercettazioni" realizzate dalla c.d. Guardia costiera libica è notevolmente aumentato, come riportato anche dalla stessa Commissione europea negli aggiornamenti all'agenda europea sulla migrazione¹⁸ e considerando complessivamente il 2018 e il 2019 sarebbero state ricondotte in Libia più di 23.000 persone.

Oltre al supporto fornito dall'Italia e dall'Unione europea in termini di finanziamento, addestramento e fornitura di mezzi e strumenti tecnologici per il controllo marittimo della frontiera libica, l'alto numero di intercettazioni – o per meglio dire di *pull back* effettuati dai mezzi libici – deriva anche dal mutamento nelle prassi dei centri di coordinamento dei soccorsi marittimi rispetto all'assunzione di responsabilità per gli eventi SAR che si verificano nella SRR libica e nella segnalazione diretta dei casi esclusivamente alle autorità libiche.

La prassi in questo senso è illustrata chiaramente nella lettera della Commissaria europea P. Michou, indirizzata al direttore esecutivo di Frontex e pubblicata insieme alla Direttiva del Ministero dell'interno italiano n. 14100/141(8) del 28 marzo 2019 (v. oltre). Nella lettera si sottolinea come il miglioramento delle performance della Guardia costiera libica debba considerarsi la diretta conseguenza del supporto fornito alla Libia dall'Unione. La

17. Si veda sul tema Tani I., *Ricerca e soccorso nel Mediterraneo centrale tra diritto internazionale e nuove (discutibili) qualificazioni del fenomeno migratorio*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2019, www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-3-2019-1/474-ricerca-e-soccorso-nel-mediterraneo-centrale-tra-diritto-internazionale-e-nuove-discutibili-qualificazioni-del-fenomeno-migratorio/file.

18. Nell'ultimo aggiornamento sullo stato dell'implementazione della Agenda europea sulla migrazione la Commissione riporta che «Libyan Coast Guard continues to intercept and rescue a large number of persons at sea - reporting over 7,100 in 2019 so far (the total for 2018 was around 15,000)», *Progress report on the implementation of the European agenda on migration*, p. 3, 16.10.2019, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20191016_com-2019-481-report_en.pdf.

Commissaria sottolinea come, la Libia abbia ratificato la Convenzione SAR e che il Governo di Sarraj nel corso del 2018 ha comunicato all'IMO la sua zona di competenza SRR (ad oggi non contestata da alcuno degli stati costieri confinanti né da altri stati appartenenti all'IMO): è per questo che – “legittimamente” – gli assetti europei coinvolti nelle operazioni Frontex, quando vengono a conoscenza di potenziali situazioni di *distress* nella zona SAR libica, sono soliti rivolgersi al “competente RCC” (quello libico), senza dare la notizia ad altri né diramare la segnalazione a tutti gli assetti presenti nella zona che sarebbero eventualmente in grado di intervenire tempestivamente. La stessa prassi viene seguita dagli aerei impegnati in EUNAVFOR MED - Sophia.

Questa prassi – così come il tentativo di normalizzarla riferendosi alle autorità libiche come alle “competenti autorità” – è stata confermata anche dal Direttore esecutivo di Frontex durante l'audizione davanti alla Commissione LIBE del Parlamento Europeo del 12 settembre 2019¹⁹.

Le istituzioni europee hanno così assunto un approccio molto formale nell'applicazione delle norme del diritto internazionale del mare arrivando a considerare le autorità libiche, a prescindere dalle loro prassi e capacità operative e da ciò che notoriamente accade in Libia, come le autorità “competenti” per le operazioni nella “SAR libica” nonché quelle in grado di assistere al meglio le persone migranti in difficoltà in quell'area.

In questa prospettiva va osservata la prassi dei centri di coordinamento dei soccorsi italiano e maltese di indicare alle navi che si sono rivolte a loro nel 2018 facendo riferimento alla necessità di rivolgersi alle “competenti autorità”. Tale prassi appare in primo luogo contrastare con il principio sopra illustrato di cooperazione fra Stati nella gestione delle attività SAR, in base al quale il RCC che ha notizia di una situazione di pericolo in mare rimane responsabile per quell'evento fino all'assunzione di responsabilità dell'RCC competente per la zona in cui avviene l'evento. Si pensa in particolar modo alle dinamiche che hanno riguardato le imbarcazioni delle organizzazioni non governative che spesso sono state tenute ad intervenire fuori dalla zona SAR italiana e maltese.

A causa delle perduranti carenze del servizio di ricerca e soccorso libico spesso le autorità italiane, pur formalmente dichiarandosi estranee dalla responsabilità per gli eventi SAR che avvengono al di fuori della loro zona di competenza, hanno in realtà operato supportando le autorità libiche in differenti forme.

A partire dal novembre dello scorso anno si sono susseguite le comunicazioni inviate tramite i sistemi NAVTEX e INMARSAT C contenenti le coordinate di imbarcazioni in *distress* nella zona SAR libica inviate dalle autorità italiane “per conto” dell'RCC libico. È il caso ad esempio delle 94 persone soccorse dalla nave *Nivin* tra il 7 e l'8 novembre 2018, al cui comandante MRCC

19. Registrazione disponibile sul sito del Parlamento Europeo: www.europarl.europa.eu/ep-live/en/committees/video?event=20190912-0855-COMMITTEE-LIBE.

Roma aveva comunicato di contattare il centro di coordinamento dei soccorsi libico (peraltro attraverso dei recapiti telefonici con prefisso italiano) per la conclusione delle operazioni di soccorso. Tale rinvio alla Libia ha comportato il trasferimento dei naufraghi nel porto di Misurata ed il loro violento sbarco avvenuto alcuni giorni a seguito dell'intervento armato delle autorità libiche.

Anche nel corso di operazioni che hanno visto coinvolte le organizzazioni non governative MRCC Roma ha spesso rinvio alle autorità libiche, dichiarandosi incompetente per la zona SAR in questione e talvolta non mancando comunque di inviare comunicazioni per conto dell'RCC libico. Si pensi alle attività di soccorso effettuate dalla nave *Mare Jonio* dell'organizzazione Mediterranea Saving Humans a marzo, maggio, luglio e agosto del 2019, ma anche ai soccorsi della nave *Sea Watch 3* dell'omonima organizzazione tedesca, conclusi con lo sbarco a Catania e a Lampedusa nel gennaio e nel giugno dello stesso anno.

A partire dall'estate del 2019 la maggiore presenza libica nel Mediterraneo centrale, anche in termini di maggiore reattività del centro di coordinamento dei soccorsi alle segnalazioni di situazioni di *distress*, si è tradotta anche nell'espressa indicazione di Tripoli come porto (POS) in cui sbarcare i naufraghi a bordo delle navi della società civile. È quanto accaduto alla nave *Sea Watch 3* con riferimento all'evento SAR del 12 giugno 2019 e poi successivamente anche ad altre navi SAR nel corso della stessa estate. Il rifiuto di dirigersi verso tale destinazione è sempre basato sul necessario rispetto del principio di *non refoulement* e su valutazioni legate alla sicurezza dei naufraghi e dell'equipaggio stesso. Come si illustrerà nei prossimi paragrafi, tale rifiuto è stato utilizzato dal Governo italiano nell'ambito del tentativo di qualificare giuridicamente la conclusione delle operazioni SAR nei termini di un trasferimento illegale nel territorio italiano di cittadini stranieri e, più in generale, è stato considerato parte di "condotte" volte ad "ostacolare" le attività degli assetti libici, in contrasto con le norme del diritto internazionale del mare.

Questo tipo di discorso, da cui discende l'inquadramento giuridico delle operazioni SAR che qui si critica, è rilevabile in diversi documenti e atti fra cui, da ultimo, la dichiarazione congiunta firmata il 23 settembre 2019 a Malta da Italia, Germania, Francia e Malta, avente ad oggetto la "redistribuzione" delle persone soccorse in mare fra diversi Stati membri.

Nel testo si invitano gli Stati firmatari ad assicurarsi che tutte le imbarcazioni (civili) impegnate in operazioni SAR non ostacolino le attività delle Guardie costiere «inclusa la Guardia costiera libica»²⁰ e, più in generale, si adeguino alle indicazioni del centro di coordinamento dei soccorsi «competente».

20. Carrera S., Cortinovis R., *The Malta declaration on SAR relocation: a predictable EU solidarity mechanism?*, «Policy insights. Thinking ahead for Europe», 2019-14, 2019, www.ceps.eu/wp-content/uploads/2019/10/PI2019_14_SCRC_Malta-Declaration-1.pdf.

Lo stesso tipo di elementi e indicazioni si ritrovano nel testo del “codice di condotta” delle Ong proposto dal Governo italiano nel 2017 e parzialmente anche nel “codice di condotta” di recente adottato dal Governo libico. Quest’ultimo sembra riprendere letteralmente in differenti passaggi quello italiano, prevedendo anche sanzioni penali con riferimento alle condotte di quelle organizzazioni che, anche in acque internazionali, si rifiutino di cooperare con le autorità libiche, in aperto contrasto con i principi consuetudinari e convenzionali del diritto internazionale del mare²¹ sulla libertà di navigazione e su poteri e facoltà delle navi statali in acque internazionali.

L’accento sull’obbligo assoluto di adempiere alle indicazioni dei centri di coordinamento dei soccorsi in mare a prescindere dalle circostanze del caso concreto, appare in prima battuta contrastare con il principio per cui esiste un importante margine di discrezionalità tecnica in capo ai comandanti – titolari dell’obbligo di soccorso in mare – in relazione alle modalità di intervento sulla scena dell’evento²² che non può essere legittimamente e aprioristicamente ignorato.

Tali posizioni, peraltro, non solo contribuiscono alla costruzione e al rafforzamento della legittimazione delle autorità libiche – a prescindere dalla situazione in concreto – ma costituiscono anche la base per la criminalizzazione delle attività SAR delle navi private.

2.3. La criminalizzazione degli attori della società civile per le attività di soccorso in mare e la politica dei “porti chiusi”

Già a partire dall’inizio del 2017 e soprattutto nel corso della primavera e dell’estate di quell’anno, il discorso pubblico attorno al soccorso in mare ha subito un drastico cambiamento di direzione e il soccorso, da necessità umanitaria per fare fronte alla “crisi” dei rifugiati nel Mediterraneo, comincia ad essere considerato come un fattore di attrazione per gli spostamenti via mare dei migranti in fuga dalla Libia e poi anche un mezzo per agevolare l’immigrazione irregolare verso l’Europa e uno “strumento” nelle mani degli scafisti.

Alcuni documenti e posizioni hanno contribuito alla costruzione di questo tipo di retorica. Si pensi in particolare alle posizioni di Frontex – e nello spe-

21. Si veda *Il decreto (illegittimo) del governo libico sulle attività di soccorso nella “zona SAR libica”*, del progetto Sciabaca-Oruka di ASGI, disponibile su <https://sciacacao-ruka.asgi.it/decreto-governo-libico-soccorso-zona-sar>.

22. In questo senso sono molto chiari gli emendamenti alle Convenzioni SAR e SOLAS del 20.5.2004 MS153(78), reg. 34-1 rubricato “Master’s discretion”: «The owner, the charterer, the company operating the ship as defined in regulation IX/1, or any other person shall not prevent or restrict the master of the ship from taking or executing any decision which, in the master’s professional judgement, is necessary for safety of life at sea and protection of the marine environment».

cifico il rapporto del febbraio 2017²³ – secondo cui la presenza di navi delle Ong, ma anche quella degli assetti Frontex e di EUNAVFOR MED, costituiva un involontario *pull factor* per le partenze dalla Libia. Lo stesso ruolo hanno avuto le dichiarazioni degli agenti dello Sco (Servizio Centrale Operativo, parte della Direzione Anticrimine della Polizia di Stato) imbarcati sulla *Vos Hestia* con Save the Children sui presunti legami fra Ong e trafficanti²⁴, le numerose indagini avviate in quell’anno nei confronti delle attività delle organizzazioni umanitarie e anche il dibattito sviluppatosi a partire dalla costituzione dell’indagine conoscitiva avviata dalla IV Commissione permanente (Difesa) del Senato²⁵ durante la primavera di quell’anno. Si è consolidata così l’idea secondo cui la presenza di navi e servizi di soccorso efficienti costituisce un fattore che rafforza le reti dei trafficanti incentivando i pericolosi viaggi delle persone in fuga dalla Libia e può addirittura costituire una condotta criminosa rilevante per la giurisdizione italiana.

È in questo contesto che, durante l’estate del 2017, il Ministro dell’interno allora in carica, Marco Minniti, proponeva l’utilizzo di un inedito strumento volto a “regolare” l’attività delle organizzazioni non governative, ossia il c.d. “*codice di condotta per le Ong impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare*”.

Si trattava di un documento la cui natura giuridica è stata molto discussa, posto che era stato adottato dal Governo italiano con il sostegno delle istituzioni europee e, nonostante venisse sottolineata la natura “volontaria” della sua sottoscrizione, il suo carattere di atto “normativo” ancorché atipico risultava evidente²⁶. Il Governo italiano chiedeva, infatti, alle organizzazioni ope-

23. Frontex, *Annual Risk Analysis*, «In this context, it transpired that both border surveillance and SAR missions close to, or within, the 12-mile territorial waters of Libya have unintended consequences. Namely, they influence smugglers’ planning and act as a pull factor that compounds the difficulties inherent in border control and saving lives at sea. Dangerous crossings on unseaworthy and overloaded vessels were organised with the main purpose of being detected by EUNAVFOR MED/Frontex and NGO vessels. Apparently, all parties involved in SAR operations in the Central Mediterranean unintentionally help criminals achieve their objectives at minimum cost, strengthen their business model by increasing the chances of success. Migrants and refugees – encouraged by the stories of those who had successfully made it in the past – attempt the dangerous crossing since they are aware of and rely on humanitarian assistance to reach the EU», p. 32, 2017, https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2017.pdf.

24. Massari A., *Migranti, intervista all’ex agente della nave di Save the children: “Io, talpa pentita della lega: non mi han dato un lavoro”*, «Il fatto quotidiano», 2019, www.il-fattoquotidiano.it/in-edicola/articoli/2019/01/27/io-talpa-pentita-della-lega-non-mi-han-dato-un-lavoro/4926953/.

25. IV Commissione Permanente (Difesa) del Senato, Documento VII n. 9 annunciato nella seduta n. 829 del 24 maggio 2017, www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/docnonleg/34327.htm.

26. ASGL., Posizione sulla bozza di codice di condotta per le ONG coinvolte nel salvataggio di migranti in mare, 24.7.2017, www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/07/Draft-ASGI-Position-Paper_Final_IT.pdf.

rative nel Mediterraneo di sottoscrivere il codice con l'avviso che l'inottemperanza agli impegni in esso contenuti o la sua mancata sottoscrizione avrebbero potuto comportare l'adozione di «misure da parte delle Autorità italiane nei confronti delle relative navi, nel rispetto della vigente legislazione internazionale e nazionale, nell'interesse pubblico di salvare vite umane, garantendo nel contempo un'accoglienza condivisa e sostenibile dei flussi migratori».

Nel testo del codice di condotta sono già contenuti alcuni degli elementi e degli assunti che hanno successivamente caratterizzato la politica dei “porti chiusi” del Ministro dell'interno del successivo Governo Conte. Ci si riferisce in particolare al rafforzamento della diffidenza nei confronti delle Ong rispetto a loro presunti contatti con i trafficanti (da qui l'impegno all'utilizzo dei segnali AIS e al divieto di inviare segnalazioni luminose per agevolare la partenza e l'imbarco dei migranti dalle coste libiche) e al tentativo di attribuire credibilità e autorevolezza all'operato delle autorità libiche, impegnando le organizzazioni a «non ostacolare l'attività di *search and rescue* da parte della guardia costiera libica», in un periodo in cui stava emergendo tutta la brutalità del trattamento riservato ai cittadini stranieri in Libia.

La violazione degli impegni previsti nel codice è stata per esempio contestata dal GIP di Catania nel marzo del 2018 al comandante della nave *Open Arms*. In quell'occasione il GIP aveva disposto la convalida del sequestro preventivo della nave *Open Arms* nell'ambito del procedimento avviato nei confronti dell'omonima organizzazione per il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: il codice veniva utilizzato come parametro per la valutazione della legittimità della condotta del comandante e del capo missione della *Open Arms*, a fianco alle norme del codice penale e del Testo Unico sull'Immigrazione²⁷.

Nell'estate del 2018, anche a seguito del cambio di Governo risalente al marzo di quell'anno, si è prodotto un cambiamento importante nella strategia del Governo italiano nel contrasto alle attività delle navi delle organizzazioni non governative, che ha in definitiva riguardato anche le stesse navi militari e della guardia costiera italiana. Si trattava del ritardo o della mancata indicazione del luogo di sbarco alle navi – di Stato o private – che avevano effettuato il soccorso di migranti in mare.

Il primo episodio rilevante sotto questo profilo risale al giugno del 2018, quando la nave *Aquarius* di Medici Senza Frontiere e SOS Mediterranée, è stata costretta a cinque giorni di navigazione per poter sbarcare le persone soccorse nel lontano porto di Valencia, dopo vari giorni di attesa dell'indi-

27. Si veda a tale proposito Perelli S., *Il sequestro della nave Open Arms: è reato soccorrere i migranti in pericolo di vita?*, «Questione giustizia», 2018, http://questionegiustizia.it/articolo/il-sequestro-della-nave-open-arms-e-reato-soccorrere-migranti-in-pericolo-di-vita_31-03-2018.php.

cazione del POS da parte delle autorità italiane e maltesi²⁸. Nello specifico, tra il 5 e il 9 giugno del 2018 la nave *Aquarius* soccorreva 629 persone nella zona SAR che il Governo di riconciliazione nazionale libico aveva di recente dichiarato di propria competenza²⁹. A fronte del silenzio del centro di coordinamento dei soccorsi libico, il coordinamento delle operazioni veniva assunto dalle autorità italiane che avevano inutilmente tentato di coinvolgere quelle maltesi per l'indicazione di un luogo in cui sbarcare le persone soccorse. Con frequenza, infatti, Malta rifiutava (e rifiuta) di cooperare con gli altri Stati costieri nella gestione delle attività di soccorso, soprattutto per quanto riguarda lo sbarco di migranti sul proprio territorio.

Il Governo maltese utilizza in particolare due argomenti: la difficoltà di gestire alti numeri di arrivi per un Paese molto piccolo e con risorse limitate e la mancata ratifica degli emendamenti del 2004 alle convenzioni SAR e SOLAS sul rafforzamento della cooperazione fra Stati, incluso per l'individuazione del luogo di sbarco dei naufraghi³⁰. In questo caso lo stallo causato dalla disputa fra Malta e Italia, che si era protratto per diversi giorni, trovava una risoluzione con l'indicazione da parte del Governo spagnolo della disponibilità del porto di Valencia a ricevere le persone soccorse, alcune delle quali venivano trasferite in Spagna a bordo delle navi italiane *Dattilo* e *Orione*, giungendovi il 17 giugno, ad oltre dieci giorni dal soccorso.

Questa strategia volta a scoraggiare il soccorso in mare non ha riguardato solo le navi della società civile ma, com'è noto, anche navi militari e della guardia costiera italiana: ci si riferisce naturalmente ai noti casi che hanno visto coinvolta la nave "*U. Diciotti*" della Guardia Costiera nel luglio³¹ e nell'agosto³² 2018. Anche nel caso di agosto il coordinamento era stato assunto da MRCC Roma a fronte di una controversia con lo stato maltese che aveva rifiutato di considerare il gommone con a bordo 190 persone nelle acque SAR maltesi in una situazione di pericolo tale da rendere necessario un intervento di soccorso da parte di Malta. Il peggiorare della situazione a bordo aveva poi spinto le autorità italiane ad intervenire con i propri mezzi anche se a distanza di quasi due giorni dalla prima segnalazione. Successivamente al trasferimen-

28. Per una panoramica più dettagliata della vicenda e per un'analisi critica delle principali problematiche giuridiche da essa scaturite v. Vitiello D., *Il diritto di cercare asilo ai tempi dell'Aquarius*, «SIDIBlog», 2018, www.sidiblog.org/2018/06/29/il-diritto-di-cercare-asilo-ai-tempi-dellaquarius.

29. Tani I., *op. cit.*

30. Resolution MSC.155(78) adopted on the 20th may 2004 - Adoption of amendments to the international convention of maritime search and rescue, 1979, as amended e Resolution MSC.153(78) adopted on the 20th may 2004 - Adoption of amendments to the international convention on the safety of life at sea, 1974, as amended.

31. Cfr. *I migranti della nave Diciotti sono sbarcati*, «Il fatto quotidiano», 2018, www.ilpost.it/2018/07/12/miranti-diciotti-porto-trapani.

32. Cfr. Camilli A., *Tutto quello che c'è da sapere sul caso Diciotti*, «Internazionale», 2019, www.internazionale.it/bloc-notes/annalisa-camilli/2019/02/18/diciotti-matteo-salvini.

to dei naufraghi a bordo della nave *Diciotti* la disputa con Malta era proseguita, MRCC Roma non aveva indicato un luogo verso cui dirigersi al comandante della *Diciotti* per i due giorni successivi, salvo indicarne due differenti, prima Pozzallo e poi Catania, porto in cui la nave attraccava il 20 agosto ossia tre giorni dopo il soccorso. Alcuni naufraghi venivano autorizzati a sbarcare solo a seguito di evacuazione medica d'urgenza (MedEvac) o in quanto minori non accompagnati, tuttavia lo sbarco di tutti i migranti veniva autorizzato dal Ministero dell'interno solo il successivo 25 agosto.

Similmente, il 19 gennaio del 2019 la nave dell'organizzazione tedesca Sea Watch, battente bandiera olandese, effettuava il soccorso di 47 persone nella zona SAR di responsabilità libica. Il comandante della nave, dopo essersi inutilmente rivolto alle autorità italiane, maltesi e olandesi, rimaneva per dieci giorni in mare senza ricevere l'indicazione di un luogo in cui sbarcare i naufraghi. La Corte EDU³³, a seguito di richiesta di misure d'urgenza inoltrata dalle persone a bordo della *Sea Watch 3*, fra cui diversi minori non accompagnati, ordinava all'Italia di mettere i passeggeri in sicurezza garantendo l'accesso ai beni di prima necessità, nonché di nominare i tutori per i minori. La Corte pertanto non arrivava a stabilire espressamente il diritto allo sbarco dei naufraghi, tutelando esclusivamente il diritto alla vita. L'operato delle navi delle organizzazioni non governative era peraltro accompagnato in quei mesi da dichiarazioni pubbliche rilasciate dai principali esponenti di Governo (Ministro dell'interno, Ministro dei trasporti e Presidente del Consiglio) che tendevano a screditare l'operato delle navi delle organizzazioni non governative, facendo uso della retorica legata al traffico di migranti. Parallelamente, ognuno di questi soccorsi veniva accompagnato da lunghe negoziazioni con cui alcuni Stati membri, sotto il coordinamento della Commissione Ue, predisponavano degli accordi informali per la "redistribuzione" delle persone soccorse, in degenza ai criteri previsti nel Regolamento Dublino³⁴.

L'intervento sempre maggiore del Ministro dell'interno Matteo Salvini nell'ambito delle procedure di soccorso – soprattutto nella fase dello sbarco – rappresenta un elemento importante che ha caratterizzato le politiche del primo Governo Conte. La prassi adottata a partire dal giugno del 2018, di evitare o ritardare l'indicazione del POS, vede rivestire un ruolo centrale del Ministro dell'interno, nonostante l'MRCC che è l'autorità tenuta a coordinare le attività di soccorso – inclusa l'indicazione del POS – dipenda da un altro Ministero, quello dei trasporti e delle infrastrutture (MIT).

33. *ECtHR grants an interim measure in a case concerning the Sea Watch 3 vessel*, Newsletter ECHR, febbraio 2019, www.coe.int/en/web/special-representative-secretary-general-migration-refugees/newsletter-february-2019/-/asset_publisher/cVKOAoroBOTI/content/echr-grants-an-interim-measure-in-case-concerning-the-seawatch-3-vessel?inheritRedirect=false.

34. Cfr. a tale proposito Carrera S., Cortinovis R., *op. cit.*, www.ceps.eu/wp-content/uploads/2019/10/PI2019_14_SCRC_Malta-Declaration-1.pdf.

L'unico atto che attribuisce espressamente un ruolo in questa fase dei soccorsi al Ministero dell'interno è un atto non normativo rimasto a lungo non pubblico, ossia le "Procedure Operative Standard per l'individuazione del POS - *Place of Safety* nell'ambito di operazioni SAR connesse all'emergenza flussi migratori via mare coordinate da MRCC Roma ed effettuate con il concorso di unità navali private o di altre amministrazioni, italiane o straniere" (SOP 009/15).

Come anche previsto dalla risoluzione MSC 167(78) dell'IMO (Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare), gli Stati devono dotarsi di un centro nazionale di coordinamento del soccorso in mare (MRCC) e di piani operativi che facilitino lo svolgimento delle operazioni SAR. L'Italia si è quindi dotata del Piano nazionale SAR nel 1996 e, più di recente, delle sopra citate SOP. Nel testo delle SOP si sottolinea come, nel caso di arrivo di persone migranti, la normativa italiana affidi alla responsabilità del Ministero dell'interno l'organizzazione di differenti attività legate all'identificazione e all'accoglienza dei cittadini stranieri. È per tale ragione che nel caso di interventi SAR connessi alla migrazione, essendo necessario tenere conto non solo delle esigenze di tipo nautico ma anche dell'organizzazione dei servizi di accoglienza e controllo, nonché al fine di agevolare il rapido sbarco dei naufraghi, viene richiesta una stretta cooperazione con le articolazioni del Ministero dell'interno per l'individuazione del luogo di sbarco e la richiesta di POS (*place of safety*, in cui sbarcare le persone soccorse) viene inoltrata all'NCC (National Coordination Center, presso il Ministero dell'interno) e al Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione del Ministero dell'interno. Ciononostante occorre ribadire, come del resto sottolineato anche dalla Procura di Roma nella richiesta di archiviazione del procedimento penale avviato nei confronti dell'ex Ministro dell'interno Salvini e del Capo di Gabinetto del medesimo Ministero, Piantedosi³⁵, che le SOP non hanno valore di legge e non sono di per sé idonee ad esonerare da ogni responsabilità il centro di coordinamento dei soccorsi, dipendente dal MIT.

Nei casi descritti e in quelli che si sono verificati nei mesi successivi, quando le navi soccorritrici sono state forzate in situazioni di "*stand off*" davanti ai porti o in alto mare, le persone soccorse sono state di fatto costrette a rimanere a bordo delle navi SAR anche per molti giorni, a prescindere dalle condizioni meteorologiche e in condizioni psico-fisiche estremamente precarie. Appare ragionevole affermare che tale situazione possa costituire una violazione dei diritti fondamentali delle persone soccorse e in particolare degli arti-

35. Cfr. Zirulia S., De Vittor F., *Il caso della nave Alan Kurdi: profili di diritto penale e diritto internazionale in punto di omessa assegnazione di un porto sicuro*, «sistemapenale.it», 2019, disponibile su www.coe.int/en/web/special-representative-secretary-general-migration-refugees/newsletter-february-2019/-/asset_publisher/cVKOAoroBOtI/content/echr-grants-an-interim-measure-in-case-concerning-the-seawatch-3-vessel?inheritRedirect=false.

coli 3 e 5 della CEDU; la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione proprio in merito al caso *Diciotti* nonché in relazione a simili e successive vicende³⁶.

Anche il Tribunale per i Ministri di Catania ha considerato tale prassi illegittima, richiedendo l'autorizzazione a procedere nei confronti dell'allora Ministro dell'interno per il reato di sequestro di persona (605 c.p.)³⁷ Matteo Salvini. Similmente la Procura di Agrigento lo ha di recente iscritto nel registro degli indagati per il sequestro delle persone soccorse dalla nave *Open Arms* lo scorso agosto. Nella stessa direzione anche il Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, che ha qualificato la situazione in cui versavano i migranti soccorsi dalla nave *Sea Watch 3* a gennaio e a giugno 2019, analogamente a quella delle persone soccorse dalla *Open Arms* ad agosto, come una «privazione *de facto* della libertà delle persone» in potenziale contrasto con gli obblighi internazionali assunti dall'Italia³⁸.

La dinamica dei soccorsi effettuati dalle navi della società civile a partire dalla primavera del 2019 è caratterizzata da una serie di mutamenti legati alla strutturazione e formalizzazione della c.d. “politica dei porti chiusi”. Se in un primo momento lo sbarco di cittadini stranieri soccorsi in mare veniva evitato o ritardato attraverso la mancata o ritardata indicazione del luogo di sbarco, a partire da marzo del 2019 il Governo ha adottato una differente strategia incentrata sull'adozione di atti amministrativi e legislativi che miravano ad impedire alle navi che avevano effettuato soccorsi in mare di avvicinarsi alle coste italiane, nel tentativo di dare una copertura giuridica alle scelte del Ministero dell'interno, fino ad allora caratterizzate da grande informalità.

Il 18 marzo, la nave *Mare Jonio* della piattaforma Mediterranea Saving Humans, soccorreva 50 persone nella zona SAR libica. A causa delle avverse condizioni meteorologiche e della vicinanza di Lampedusa, la nave faceva rapidamente rotta verso l'isola. Il giorno stesso il Ministro dell'interno emanava

36. *Il caso Diciotti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, «La Repubblica», 2019, www.repubblica.it/cronaca/2019/02/13/news/il_caso_diciotti_alla_corte_europea_dei_diritti_dell_uomo-219028551.

37. Cfr. Masera L., *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti*, «Questione giustizia», 2019, http://questionegiustizia.it/articolo/la-richiesta-di-autorizzazione-a-procedere-nel-caso-diciotti_29-01-2019.php.

38. *Sea Watch 3 illecita detenzione. Richiesto al Ministero dei trasporti Toninelli di consentire urgentemente lo sbarco*, 28.1.2019, www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/dettaglio_contenuto.page?contentId=CNG4752&modelId=10019; *Esposto del Garante nazionale alla Procura della Repubblica di Roma*, 20 giugno 2019, www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/2335012b7dcd265837b2451fb7783b7e.pdf; *Il garante nazionale delle persone private della libertà segue con preoccupazione gli sviluppi della situazione delle persone salvate in mare e da due settimane a bordo della nave "Open Arms"*, 16.8.2019, www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/dettaglio_contenuto.page?contentId=CNG6142&modelId=10019.

una Direttiva³⁹ con cui si invitavano le autorità militari e di pubblica sicurezza competenti per il controllo della frontiera marittima a porre in essere tutte le misure necessarie ad impedire l'ingresso in Italia di "immigrati irregolari" soccorsi in mare, facendo implicito riferimento all'attività delle navi della società civile. Nella Direttiva era evidente il tentativo di qualificare giuridicamente l'attività di soccorso in mare di queste navi come una condotta criminosa finalizzata all'irregolare trasferimento di cittadini stranieri sul territorio nazionale, anche in ragione del rifiuto dei comandanti di ricondurre le persone soccorse nei porti libici che, nell'opinione del Ministro, «possono offrire adeguata assistenza logistica e sanitaria». Si assiste quindi alla costruzione di un discorso – politico e giuridico – volto alla criminalizzazione delle attività di soccorso a partire dalla questione dell'inottemperanza (vera o presunta) alle indicazioni delle autorità libiche. Il discorso politico e la qualificazione giuridica dei fatti in questione si basava nella sostanza sul rifiuto dei comandanti di ricondurre i migranti soccorsi in Libia ma anche sulla asserita pericolosità dei naufraghi («nè vanno sottaciuti i rischi concreti che nel gruppo di migranti possano celarsi soggetti coinvolti in attività terroristiche o comunque pericolosi per l'ordine pubblico») e, senza alcuna verifica individualizzata, sul loro presunto *status* giuridico.

Il comportamento della Guardia di Finanza, che ordinava "l'alt!" alla *Mare Jonio* al limite delle acque territoriali e in una situazione difficilissima dal punto di vista delle condizioni del mare, sembra essere stata la diretta conseguenza di questa Direttiva.

Il 28 marzo la Direttiva veniva peraltro "aggiornata" con alcuni riferimenti relativi all'operato della c.d. Guardia costiera libica e alle capacità delle autorità libiche nella gestione delle operazioni in mare e degli sbarchi, notevolmente rafforzate dal contributo delle istituzioni europee e dei Paesi membri, nonché delle organizzazioni internazionali.

Nei mesi successivi venivano emanate altre Direttive ma *ad navem*: dopo ogni soccorso effettuato dalle navi delle organizzazioni della società civile ne veniva notificata una specifica: si pensi al soccorso dell'organizzazione tedesca Sea Eye del 3 aprile (Direttiva del 4 aprile⁴⁰), al secondo soccorso della *Mare Jonio* (Direttiva del 15 aprile⁴¹) e ai due soccorsi effettuati dall'organizzazione Sea Watch il 15 maggio⁴² e il 12 giugno (Direttive contestuali o immediatamente successive).

39. Direttiva n. 14100/141(8) del 18 marzo 2019, pubblicata sul sito del Ministero dell'interno: www.interno.gov.it/sites/default/files/direttiva_15_maggio_2019.pdf.

40. Pubblicata sul sito del Ministero dell'interno: www.interno.gov.it/sites/default/files/direttiva_4_aprile_2019.pdf.

41. Pubblicata sul sito del Ministero dell'interno: www.interno.gov.it/sites/default/files/direttiva_del_ministro_n._141001418_15_aprile_2019.pdf.

42. Pubblicata sul sito del Ministero dell'interno: www.interno.gov.it/sites/default/files/direttiva_15_maggio_2019.pdf.

Negli eventi citati, alla Direttiva sono sempre seguiti interventi delle autorità coinvolte nelle operazioni di controllo e soccorso in mare (MRCC, Dipartimento di Pubblica Sicurezza, Guardia di Finanza) volte a limitare l'ingresso nelle acque territoriali delle navi soccorritrici.

Tutti i provvedimenti adottati fanno riferimento ad un supposto “uso strumentale” della normativa internazionale sul diritto del mare, in particolare dell'obbligo di soccorso (art. 98 Unclos), da parte delle navi soccorritrici che, evitando di dirigersi verso le coste africane nonostante la mancata assunzione di responsabilità da parte dell'Italia nello specifico evento SAR, avrebbero avuto come obiettivo quello di trasferire migranti irregolari in Italia «in maniera pregiudizievole per il buon ordine e la sicurezza dello Stato». Si osserva, pertanto, uno stravolgimento dei termini del discorso, con conseguenze pratiche e giuridiche tanto per i soccorritori quanto per i soccorsi. I primi diventano infatti “trafficienti”, sempre sottoposti a indagini per il relativo reato (art. 12 Testo Unico sull'Immigrazione) dopo ogni sbarco, mentre i secondi da naufraghi – e quindi titolari del diritto ad essere soccorsi e a sbarcare in un luogo sicuro a prescindere dal loro *status* giuridico – vengono considerati automaticamente come migranti irregolari, peraltro potenzialmente pericolosi.

È sulla base di questa erronea qualificazione giuridica dei fatti che il Ministero dell'interno ha individuato nell'art. 19 Unclos, che stabilisce eccezioni al principio della libertà di navigazione (diritto di passaggio inoffensivo, art. 17 Unclos), la base giuridica per il divieto di ingresso, transito e sosta nelle acque territoriali per le navi soccorritrici a partire dall'aprile del 2019 e fino ad arrivare all'emanazione del c.d. decreto sicurezza *bis* nel giugno dello stesso anno.

L'art. 19 Unclos consente, infatti, agli Stati costieri alcune deroghe al principio generale della libertà di passaggio inoffensivo e di vietare così il passaggio di una nave attraverso le proprie acque territoriali, quando questo costituisca un pregiudizio al buon ordine e alla sicurezza dello stato, con particolare riferimento ad alcune specifiche situazioni fra cui rientra il «carico o lo scarico di materiali, valuta o persone in violazione delle leggi e dei regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di immigrazione vigenti nello stato costiero»⁴³.

Nell'ordinamento italiano il divieto di ingresso nelle acque territoriali è disposto, *ex art.* 83 cod. nav., dal Ministro dei trasporti in casi eccezionali di ordine pubblico, sicurezza della navigazione o di sicurezza ambientale, in quest'ultimo caso la decisione è presa di concerto con il Ministro dell'ambiente. Per questa ragione e anche in base alla formulazione precedente all'entrata in vigore del d.l. 53/2019, la competenza del Ministro dell'interno ad emanare le Direttive in questione è stata piuttosto discussa e comunque contestata in giudizio da differenti organizzazioni non governative. La questione appare parzialmente superata dall'entrata in vigore del decreto legge di cui sopra,

43. Art. 19 co. 2 lett. g) Unclos.

convertito in l. n. 77/2019, che è intervenuto modificando il testo dell'art. 11 del Testo Unico sull'Immigrazione espressamente ampliando le competenze del Ministero dell'interno nell'ambito del controllo delle frontiere marittime⁴⁴.

Il d.l. sicurezza *bis* è stato peraltro approvato ed è entrato in vigore durante i giorni in cui la nave *Sea Watch 3* si trovava in alto mare con 47 naufraghi a bordo soccorsi il 12 giugno, in attesa di ricevere indicazioni sul loro sbarco. Durante quell'evento, per la prima volta nel periodo preso in considerazione, le autorità libiche avevano indicato il porto di Tripoli come il luogo in cui sbarcare le persone soccorse dalla *Sea Watch 3*. L'eventuale ottemperanza a tale indicazione si sarebbe evidentemente tradotta in violazioni gravissime dei diritti fondamentali dei naufraghi, oltre a poter costituire un grave pericolo anche per l'equipaggio della nave soccorritrice.

La comandante della nave si dirigeva, quindi, verso il luogo geograficamente più vicino alla sua posizione che potesse considerarsi sicuro e, quindi, verso Lampedusa.

Il 15 giugno entrava in vigore il decreto legge sopra citato con cui venivano modificati gli artt. 11 e 12 del Testo Unico sull'Immigrazione.

Veniva così attribuito al Ministro dell'interno il potere di vietare – con un decreto emanato di concerto con il Ministro dei trasporti e quello della difesa – l'ingresso, il transito e la sosta nelle acque territoriali per motivi di ordine pubblico e sicurezza pubblica o nei casi di cui all'art. 19 par. 2 lett. g) di cui sopra. La trasgressione di tale divieto comporta, secondo il nuovo co. 6 *bis* dell'art. 12, delle sanzioni amministrative elevatissime, della cui natura "amministrativa" la dottrina dubita fortemente⁴⁵. Se nella prima formulazione del decreto erano previste sanzioni pecuniarie fino a 50.000 euro e la confisca della nave in caso di reiterazione della violazione, la l. n. 77/2019 ha introdotto sanzioni pecuniarie comprese fra i 150.000 e 1.000.000 euro, oltre alla confisca della nave previo sequestro cautelare da eseguirsi immediatamente a

44. L'art. 11 co. 1 *ter*, introdotto dal D.L. 53/19 conv. l. n. 77/19, prevede che «Il Ministro dell'interno, Autorità nazionale di pubblica sicurezza ai sensi dell'articolo 1 della legge 1° aprile 1981, n. 121, nell'esercizio delle funzioni di coordinamento di cui al co. 1 *bis* e nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, ((paragrafo 2)), lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ((resa esecutiva dalla)) legge 2 dicembre 1994, n. 689. Il provvedimento è adottato di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le rispettive competenze, informandone il Presidente del Consiglio dei Ministri».

45. In tal senso Zirulia S., *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, «Diritto penale contemporaneo», 2019, www.penalecontemporaneo.it/d/6738-decreto-sicurezza-bis-novita-e-profil-critici.

seguito della prima violazione. L'applicazione di queste sanzioni costituisce la ragione per cui ben quattro navi delle organizzazioni non governative sono state sottoposte alla misura del sequestro cautelare ai sensi dell'art. 13 l. n. 689/1981⁴⁶.

Rispetto ai profili di illegittimità legati all'applicazione di queste norme, che sanzionano le condotte di quelle navi il cui passaggio deve ritenersi offensivo perché posto in essere al fine di violare la disciplina interna in materia di immigrazione e controlli di frontiera, si è espresso il TAR Lazio con riferimento al decreto interministeriale emanato il 1 agosto nei confronti della nave *Open Arms* che aveva soccorso un centinaio di persone al largo della Libia⁴⁷ e non si era poi diretta verso le coste africane per lo sbarco. Le considerazioni del giudice amministrativo nell'ordinanza cautelare che ha sospeso l'efficacia del decreto in questione appaiono estremamente rilevanti laddove viene ravvisata la sussistenza del *fumus boni iuris* con riferimento ai vizi di eccesso di potere per travisamento dei fatti e violazione di legge con riferimento alle norme di diritto internazionale del mare in materia di soccorso. Per quanto riguarda il primo profilo, il TAR ha rilevato come la situazione in cui la nave *Open Arms* era intervenuta, era in effetti una situazione di *distress* e dunque le attività svolte dall'equipaggio della nave si definivano senza dubbio come operazioni di "soccorso"; tale circostanza veniva confermata dalle stesse amministrazioni resistenti nel testo del decreto impugnato. La successiva valutazione del Ministero, con cui le operazioni di *Open Arms* venivano invece qualificate come condotte volte al trasferimento di migranti irregolari sul territorio nazionale che rendevano il passaggio della nave attraverso le acque italiane "offensivo", risultava pertanto contraddittoria e non condivisibile a giudizio del TAR Lazio. Il TAR ha anche individuato la sicura sussistenza del *periculum in mora* costituito dalla situazione di eccezionale gravità e urgenza derivante dalle gravi condizioni di salute delle persone soccorse, costrette ingiustamente a bordo della *Open Arms* per molti giorni e già provate dalla permanenza in Libia, spesso in stato di detenzione.

La pronuncia in questione è estremamente rilevante proprio perché mette in luce l'erroneità e le contraddizioni insite nella qualificazione giuridica delle operazioni di soccorso proposta dal primo Governo Conte e dai suoi Ministri delle operazioni di soccorso in mare, in particolare quando le navi soccorritri-

46. Il riferimento è alla *Mare Jonio*, ferma dal 3.9.2019 al 4.2.2020, alla barca a vela *Alex&co* sotto sequestro dal 7.7.2019 al 13.2.2020, alla *Sea Watch 3* ferma nel porto di Licata dai primi di luglio del 2019 fino al 19.12.2019 e infine alla nave *Eleonore* dell'organizzazione Lifeline sotto sequestro amministrativo dal 2.9.2019.

47. *Open arms il TAR sospende il divieto di ingresso. Salvini: "Conte chiede lo sbarco, dirò di no". Trenta invia navi militari: "trasferire minori"*, «Il fatto quotidiano», 2019, www.ilfattoquotidiano.it/2019/08/14/migranti-open-arms-il-tar-ha-sospeso-il-divieto-dingresso-ci-dirigiamo-verso-terra/5389087.

ci rifiutavano il trasferimento dei naufraghi in Libia o il loro trasbordo sulle motovedette libiche, in ottemperanza alla vigente disciplina in materia di soccorso in mare e tutela dei diritti umani.

Questa lettura legata all'errata qualificazione giuridica delle operazioni di soccorso in mare come condotte di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, che ha gravissime conseguenze anche sul piano politico e nel discorso pubblico, è stata criticata nella comunicazione del 15 maggio 2019 degli *Special Rapporteurs* delle Nazioni Unite⁴⁸ riferita alla Direttiva emanata nei confronti della *Mare Jonio* ad aprile dello stesso anno, le cui premesse sono sovrapponibili a quelle del decreto legge.

3. La qualificazione delle operazioni di soccorso e il diritto all'accesso alle informazioni

Tuttavia la volontà di modificare l'inquadramento giuridico delle attività di gestione della frontiera, anche con riferimento alle operazioni di ricerca e soccorso in mare, ha comportato conseguenze in termini di compressione del diritto di accesso alle informazioni di quanto accade durante suddette operazioni con la conseguenza, del tutto evidente, che le autorità tentano di ostacolare in ogni modo ogni attività di monitoraggio e consequenziale, contestazione da parte della società civile.

Invero, proprio nell'ambito delle operazioni di soccorso nel Mar Mediterraneo – direttamente o indirettamente coordinate dal MRCC italiano – il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha sostenuto la loro natura militare proprio al fine di sottrarle alla conoscenza e al controllo dei cittadini nel tentativo di creare una zona sottratta al controllo collettivo, in un settore di evidenti e principale interesse pubblico. Tale tentativo è stato portato all'attenzione dell'autorità giurisdizionale ed in particolare del TAR Lazio, che con la sentenza 10202/2019 ha riqualificato il settore delle operazioni di soccorso quali operazioni umanitarie, affermando come non possa essere limitato in relazioni ad esse il diritto alla conoscenza dei dettagli delle operazioni di soccorso. Il giudice amministrativo affermando che le stesse rientrano in un settore di indubbio rilievo civico e rilevando l'importanza e la frequenza delle operazioni SAR, nonché la natura dei diritti fondamentali coinvolti, ha ribadito come non possono risultare escluse dall'attuazione del principio di trasparenza.

La vicenda processuale ha ad oggetto due richieste di accesso civico ai sensi del d.lgs. 33/2013 in relazione a delle operazioni di soccorso avvenute tra il 3 e il 12 ottobre e il 5-7 novembre 2018.

48. Pubblicata da «Statewatch.org» il 22.5.2019, *UN special rapporteurs call for withdrawal of Salvini decree criminalising search and rescue activities*, www.statewatch.org/news/2019/may/it-un-sr-directive.htm.

Lo scopo sotteso alla richiesta di informazioni era quello di verificare la sussistenza di richieste di soccorso all'MRCC di Roma delle imbarcazioni di migranti salpate dalle coste libiche al fine di verificare l'esistenza di un coinvolgimento italiano nelle operazioni e delle modalità di esercizio di cui, molto spesso non si ha alcuna notizia. Alcune informazioni, infatti, vengono rese note in relazione alle attività SAR di cui, troppo spesso, si conoscono solo gli esiti soprattutto quando consistono in naufragi (in relazione ai quali sarebbe necessario verificare se siano dovuti a ritardi o mancato intervento) o quando si concludono con il ritorno coatto dei migranti in Libia di cui ne dà notizia sui *social network* la Guardia costiera libica. Al fine di esercitare tale controllo veniva presentata richiesta di accesso civico ai sensi del d.lgs. 33/2013 a cui, tuttavia, sia il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sia il Responsabile per la prevenzione della corruzione e trasparenza hanno risposto negativamente, vietando l'accesso, sulla base di due diverse motivazioni.

Da un lato il Ministero ha ritenuto che le operazioni di soccorso dovessero essere considerate quali operazioni militari e pertanto sottoposte ad un limite assoluto all'accesso in base all'art. 1048 co. 1 lett. Q) del d.p.r. 90/2010; dall'altro ha rilevato l'esistenza di un limite relativo all'accesso ai sensi dell'art. 5 *bis* co. 2 d.lgs. 33/2013 dovuto al pregiudizio che la *disclosure* avrebbe recato alle relazioni internazionali con gli altri Stati costieri eventualmente coinvolti, e quindi Libia e Malta. Avverso i provvedimenti di rigetto all'accesso a queste informazioni, veniva presentato un ricorso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. al Tribunale Amministrativo per il Lazio, conclusosi con sentenza 12020/2019, la quale è stata appellata dal Ministero e in relazione alla quale il procedimento è ad oggi pendente dinanzi al Consiglio di Stato. Pur procedendo ad approfondire in relazione all'oggetto del presente contributo solo i motivi relativi al primo motivo di rigetto si evidenzia come la sentenza introduce elementi di grande novità rispetto all'obbligo della pubblica amministrazione a riconoscere il diritto all'accesso parziale alle informazioni, in base a quanto previsto dall'art. 5 co. 4 d.lgs. 33/2013, laddove chi detiene i documenti ritenga che l'accesso non possa essere accordato per concorrenti interessi pubblici da preservare.

Il Ministero, nella risposta di rigetto, confermando che in quei giorni fossero avvenute delle operazioni SAR con il coinvolgimento del centro di coordinamento italiano, ha rifiutato l'accesso, in quanto i documenti richiesti rientravano nella categoria degli atti riguardanti *“programmazione, pianificazione e condotta di attività operative-esercitazioni NATO e nazionali”*. Il d.p.r. 90/2010 a cui fa riferimento il Ministero, costituisce il *“Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246”* e la norma citata si inserisce nel Libro sesto dello stesso sui *“Procedimenti amministrativi e trattamento dei dati personali”*, nel Titolo I *“Procedimenti amministrativi di competenza del Ministero della difesa”*. Da queste indicazioni è possibile ritenere che il

Ministero abbia ritenuto le operazioni di soccorso, quali operazioni militari e le abbia sottoposte quindi agli specifici limiti previsti per le attività che si svolgono in tale ambito.

Tuttavia tale inquadramento appare illegittimo sia sotto il profilo della natura stessa delle operazioni di soccorso sia sotto il profilo del coinvolgimento nelle operazioni di assetti militari.

3.1. *La natura giuridica delle operazioni di soccorso*

Al fine di verificare la natura di un'operazione occorre soffermarsi sulla funzione che la stessa svolge, sull'obiettivo perseguito e sul soggetto competente per l'espletamento e il coordinamento delle attività.

Dal punto di vista della funzione, un'operazione pubblica per avere natura militare deve svolgere innanzitutto un ruolo di garanzia per la sicurezza nazionale. La Consulta ha più volte chiarito che per “*sicurezza nazionale*” deve intendersi quell’«interesse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, alla propria indipendenza e, al limite, alla stessa sua sopravvivenza» (Corte cost. sentt. nn. 86/1977, 82/1976, 110/1998, 106/2009, 40/2012, 24/2014), interpretando la stessa quale un valore comprovante la «necessità di protezione da ogni azione violenta o comunque non conforme allo spirito democratico che ispira il nostro assetto costituzionale dei supremi interessi che valgono per qualsiasi collettività organizzata a Stato e possono coinvolgere la esistenza stessa dello Stato»⁴⁹.

In riferimento al concetto di “*difesa nazionale*”, la stessa Corte ha specificato che si tratta di un “esclusivo” interesse dello Stato, con carattere unitario ed indivisibile, alla difesa dell’integrità territoriale, dell’indipendenza e della sopravvivenza. Le situazioni inerenti la difesa nazionale che spesso esigono anche il segreto militare sono «attività che implicano decisioni esclusivamente statali quali la individuazione dei mezzi di difesa, delle linee generali di conservazione, di sviluppo e di capacità difensiva delle Forze Armate e tutto quanto ciò che, nei piani strategici, è diretto a garantire la sicurezza interna ed esterna dello Stato», così come affermato nelle Linee guida ANAC⁵⁰.

La funzione svolta dalle operazioni di soccorso, tuttavia, appare diversa.

Il Piano Nazionale per la Ricerca ed il Salvataggio in Mare, definisce il servizio SAR marittimo quale «organizzazione di tutte le attività connesse alla salvaguardia della vita umana in mare indipendentemente dalla circostanza che il rischio per la vita umana trovi origine in un sinistro marittimo». Le

49. Corte cost. sent. n. 86/1977.

50. Delibera n. 1309 del 28.12.2016, www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=6666.

operazioni SAR sono quindi attività di salvaguardia della vita umana e questa finalità è ben illustrata dall'elencazione delle attività successive alla chiamata di soccorso. Dal momento in cui si è ricevuta l'informazione o si hanno fondati motivi per presumere che un mezzo o una persona è in grave o imminente pericolo o bisognosa di immediata assistenza, si accerta la fase di *distress*. In base al tipo di operazione di soccorso da attuare, e quindi a seconda che si tratti della prima o della seconda o della terza “*situazione operativa*”, la responsabilità del coordinamento viene affidata rispettivamente alle UCG, al MRSC o al MRCC. L'MRCC coordina direttamente il soccorso nella “*terza situazione operativa*”, ovvero qualora si verificano condizioni tali da richiedere un intervento immediato e particolarmente incisivo. Non appena l'organismo preposto al coordinamento riceve una segnalazione di un pericolo in mare e dunque una richiesta di soccorso, esso deve fissare un piano generale di esecuzione delle operazioni, richiedere e coordinare mezzi ed organi che possano utilmente e tempestivamente intervenire e, in caso di coordinamento delegato, l'autorità sottoposta deve costantemente riferire sull'operato al MRCC che si preoccupa di vigilare le attività di soccorso impiegando in ogni caso i propri sistemi operativi e di comunicazione.

Le operazioni così illustrate sono previste ed attuate con l'unica funzione della messa in sicurezza della vita in mare ed il carattere umanitario emerge dallo scopo impresso dalla normativa.

Guardando infatti l'obiettivo delle operazioni SAR, questo può essere individuato nel coordinamento e nella gestione della ricerca, del soccorso e del salvataggio delle persone in pericolo di vita in mare, finalità che non può coincidere se non in minima parte con le operazioni militari, considerando anche che, al contrario di queste, il raggiungimento di questi scopi non richiede ordinariamente l'uso di armi o di mezzi coercitivi propri dell'azione militare.

Più controverso è il discorso sulla competenza che è riservata dalla legge all'MRCC con a capo il Corpo delle Capitanerie di porto, il quale è un organo specialistico della Marina Militare, che esercita anche, funzioni di carattere militare nelle forme tipiche previste dalla legge. Letteralmente sembrerebbe quindi che le operazioni di soccorso siano gestite e coordinate da un soggetto avente natura militare; tuttavia è vero altresì che, nel momento in cui la capitaneria di Corpo svolge funzioni di coordinamento delle operazioni SAR, questa le svolge alle dipendenze dirette e funzionali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e non del Ministero della difesa. Infatti, guardando agli artt. 132 e 134 del d.lgs. 66/2010, gli art. 13, co. 7, e art. 2, co. 7, del d.p.r. 72/2014, gli art. 3 e art. 2 del d.p.r. 662/1994 in attuazione della Convenzione di Amburgo del 1979, si nota come il Comando delle Capitanerie di Porto, nonostante sia riferibile alla Marina Militare, svolge però una varietà di funzioni differenti, le quali ricadono sotto la competenza di Ministeri distinti ma individuabili sulla base della vigente disciplina e fra queste le attività di soccorso in mare rientrano sicuramente tra le attività di competenza del Ministero delle

infrastrutture e dei trasporti dovendosi escludere, di conseguenza, anche in ragione di ciò che le operazioni di soccorso abbiano natura militare.

3.2. *Le operazioni di soccorso e il coinvolgimento di assetti militari*

La natura delle operazioni non muta neppure nell'ipotesi in cui siano coinvolte in esse assetti militari. Secondo la difesa del Ministero il concorso nelle attività SAR degli assetti militari che svolgono le loro attività nell'ambito delle operazioni militari nazionali (e.g. Mare Sicuro) o internazionali (e.g. EU-NAVFOR MED Operazione Sophia e Frontex Operazione *Themis*), renderebbero impossibile distinguere tra operazione di soccorso e operazione militare, dovendo determinarsi così la necessaria prevalenza della seconda sulla prima in termini di garanzie e limitazione all'accesso delle informazioni. In tal senso il Ministero in atti, dà conto di una modifica delle modalità con cui si svolgono le operazioni SAR evidenziando come, a differenza del passato quando le richieste di aiuto provenivano direttamente dalle imbarcazioni in difficoltà, attualmente nella maggior parte delle ipotesi gli interventi di salvataggio avvengono dopo avvistamenti effettuati da mezzi aerei assegnati ad una delle predette operazioni. Sono tali mezzi che allertano i Centri di Coordinamento e Soccorso operanti nel Mediterraneo Centrale. Pertanto il coinvolgimento dei centri di coordinamento e soccorso risulta sempre più quale attività incidentale rispetto alle operazioni militari, e gli assetti militari coinvolti acquistano peso e rilevanza sempre maggiore nell'ambito delle stesse operazioni SAR.

A questa interpretazione ne va aggiunta un'altra che fa riferimento alla Convenzione SAR già citata. Infatti nell'ambito delle operazioni di soccorso, il primo MRCC dovrà notificare la segnalazione di *distress* al MRCC competente (par. 3.6.5) o dovrà coordinare le operazioni di soccorso che saranno materialmente poste in essere da qualsiasi nave per qualsiasi ragione presente nell'area interessata, sia navi governative, incluse quelle militari, sia quelle mercantili, compresi pescherecci, naviglio da diporto e navi adibite a servizi speciali, cioè su ogni nave che possa utilmente intervenire per il salvataggio della vita umana in mare. Questi natanti, tuttavia, adempiono ad un obbligo previsto dalle convenzioni SAR e dagli obblighi internazionali di salvataggio della vita in mare che li coinvolge indipendentemente dall'attività che svolgono, per il solo fatto di trovarsi in mare nelle vicinanze di una imbarcazione in difficoltà. In tale contesto, può essere sostenuto, che a prescindere dalla attività che il natante svolge e che è la causa della sua presenza in mare, il segmento di attività che realizza nell'ambito delle operazioni di soccorso continua ad essere un'operazione umanitaria in osservanza di un preciso obbligo di natura internazionale.

3.3. *La qualificazione delle operazioni di soccorso nella giurisprudenza amministrativa in materia di accesso agli atti*

Su tali questioni, il Tribunale Amministrativo per il Lazio con la sentenza 12020/2019 ha escluso la ricostruzione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti secondo cui le operazioni di ricerca e soccorso rientrerebbero tra le eccezioni assolute all'accesso previste dall'art. 1048 co. 1 lett. q) del d.p.r. 15 marzo 2010 n. 90, ritenendo che le stesse possano configurare attività militari o attività NATO. Il giudice ha ritenuto che non fosse ammessa un'assimilazione *tout court* delle operazioni di salvataggio ad attività militari legata all'eventuale presenza nelle operazioni di *search and rescue* di natanti militari, rimanendo al contrario i due ambiti ben distinti. Secondo il giudice romano, le operazioni di soccorso riguardano l'attuazione della Convenzione sulla ricerca ed il salvataggio in mare (Convenzione SAR), le quali sanciscono l'obbligo di chiunque possa intervenire, di prestare assistenza in mare a persone in pericolo, con immediato avviso alle autorità competenti e ulteriore soccorso d'ufficio obbligatorio, che fa capo al Corpo delle Capitanerie di Porto, ciò contraddistinguendo la natura umanitaria delle operazioni di soccorso. La natura non militare delle operazioni di soccorso ha determinato la non opponibilità del limite assoluto alla richiesta di accesso. Al contrario, il TAR, ha rilevato l'evidente e principale interesse pubblico alla conoscenza dei dettagli delle operazioni di soccorso, in quanto le stesse rientrano in un settore di indubbio rilievo civico, nonostante il MIT avesse rilevato un rischio anche per le relazioni internazionali (ai sensi dell'art. 5 co. 2 *bis* d.lgs. 33/2013) in caso di *disclosure* completa della documentazione richiesta. In questi casi, come statuito dal giudice amministrativo, la pubblica amministrazione deve consentire l'accesso parziale alla documentazione, il quale permette sia di rispettare il principio di democraticità e di trasparenza della pubblica amministrazione, sia di oscurare tutti quei riferimenti che laddove conosciuti, potrebbero porre in pericolo altri interessi pubblici concorrenti.

Questa interpretazione è stata completamente rivista dal Consiglio di Stato, con sentenza 1121/2020 che ha riconosciuto la prevalente natura militare delle operazioni di soccorso che fa inevitabilmente scattare il divieto assoluto all'accesso previsto dall'art. 1048 co. 1 lett. q) del d.p.r. 15 marzo 2010 n. 90. Nella decisione il collegio analizza le modalità con cui una operazione di soccorso è effettuata e il coinvolgimento sempre maggiore di unità militari, facendo emergere come le operazioni di soccorso siano divenute parte residuale, "ipotetica e casuale" delle operazioni militari. Le operazioni di soccorso cadono quindi completamente all'interno di quelle militari, determinando la perdita di una fisionomia autonoma e una disciplina specifica in capo alle operazioni SAR, tanto che, secondo il ragionamento del Consiglio di Stato, «non è dunque possibile separare le eventuali e contingenti attività di soccorso in mare dall'attività istituzionale delle unità navali presenti nel Mediterraneo (in acque

interne o internazionali) attività che senza alcun dubbio sono integralmente sottratte alla possibilità di accesso ai sensi dell'art. 5 *bis* co. primo del d.lgs. n. 33/2013».

4. Conclusioni

Dall'analisi dell'evoluzione della gestione della frontiera mediterranea e dell'inquadramento giuridico delle misure adottate e delle finalità in cui esse si inseriscono è evidente, pertanto, come in maniera sempre crescente abbia assunto rilievo la dialettica tra libertà e sicurezza con una sempre maggiore tensione a scapito delle prime che necessita un'attenta valutazione. Invero, è palese come all'esclusivo inquadramento delle questioni migratorie nel concetto di sicurezza osta necessariamente la considerazione che, nella regolamentazione dei propri poteri e della propria autorità, lo Stato incontra il limite inderogabile della persona umana e della sua titolarità di un nucleo essenziale di diritti fondamentali su cui lo Stato trova la propria ragione d'essere.

Si tratta dunque di ristabilire i confini al di là dei quali le politiche nazionali ed europee, violando la dignità dell'essere umano, possano e debbano essere censurate come illegittime e arbitrarie e possano essere affermate e definite le responsabilità delle autorità statali in esse coinvolte. La costruzione di un "paradigma securitario" che ha dato vita alla trasformazione narrativa giuridica analizzata e che è nata dall'obiettivo di legittimare l'avvio del processo di esternalizzazione e l'erogazione di ingenti misure per finanziarlo ha, tuttavia, nel tempo prodotto conseguenze ulteriori che, rischiano di depotenziare ogni controllo sulla ricaduta delle misure adottate in termini di violazioni dei principi fondamentali dell'ordinamento. Invero, la totale scomparsa dall'accordo con la Libia di una condizionalità legata al rispetto dei principi di diritto internazionali in materia di libertà della persona, il controverso processo che ha condotto all'istituzione della regione di ricerca e soccorso libica, l'accettazione della sussistenza di un sistema strutturale di grave violazione dei diritti dei migranti quale effetto collaterale di una efficace lotta al traffico, non sono che le prime conseguenze di tale processo che necessita un reinquadramento. Come evidenziato dal Tribunale di Roma con la recentissima sentenza⁵¹, che ha deciso sulla illegittimità dei respingimenti attuati nel 2009 a seguito del primo accordo con la Libia, è necessario non soltanto operare un vaglio di legittimità sull'attività dello Stato ma è necessario, altresì, riconoscere che la tutela dei diritti fondamentali richiede un'estensione della loro portata. Con riferimento ai principi di protezione e *non refoulement* afferma, invero, che non interpretarli nel senso di ritenerli operanti anche a persone che si trovano fuori

51. Tribunale civile di Roma, sentenza 28 novembre 2019 RG 5615/2016.

dal territorio dello Stato a causa del comportamento illegittimo dello stesso determina un vuoto di tutela che deve essere ritenuto inammissibile in un sistema che, a più livelli, riconosce e garantisce il diritto di asilo nelle sue diverse declinazioni. Tale estensione, seppure con le dovute differenze, si ritiene applicabile anche ad ogni altro diritto fondamentale della persona compreso il diritto di lasciare un Paese, incluso il proprio.

In tale contesto, seppure debba ritenersi pacifico che gli Stati abbiano il dovere di proteggere la popolazione dalle minacce e che, talvolta, alcune situazioni di estrema emergenza ed eccezionalità necessitano una limitazione di alcuni diritti fondamentali, tuttavia, è necessario continuare a delineare e vagliare tali deroghe nel loro carattere di eccezionalità e ciò sia fuori che dentro il territorio nazionale. In caso contrario si rischia il paradosso, delineato dai Giudici della Corte europea dei diritti umani nel caso *Saadi vs Italia*, in virtù del quale gli Stati ricorrono a delle misure che minano i valori stessi che loro cercano di proteggere⁵² giungendo così non a una soluzione del problema ma ad una “ultra-soluzione”, ovvero a una soluzione che è più dannosa del problema perché rinforza le radici stesse di esso e creando altri e specifici problemi. È necessario, pertanto, che anche con riferimento alle politiche di gestione dei controlli di frontiera e nella cooperazione con gli Stati terzi istituita al fine di perseguire tali scopi, non si deroghi in nessun modo a tali principi laddove esso rischia di creare un inaccettabile doppio livello “interno ed esterno” dove i diritti si realizzano in maniera differenziata contravvenendo alla *ratio* stessa di tali diritti.

52. Corte europea dei diritti umani Caso *Saadi c Italia* Ricorso n 37201/06 del 22 febbraio 2008, si veda opinione concorde del Giudice Myier.

*Irregolari, pericolosi, criminali.
Il diritto delle migrazioni
tra politiche securitarie e populismo penale*

di Angelo Caputo*

Sommario: 1. Un avvelenamento a dosi massicce: il discorso pubblico sulle migrazioni. – 2. Tra politiche securitarie e populismo penale. – 3. Irregolari, criminali, pericolosi: l'ordine del discorso sulle questioni dell'immigrazione e le sue distorsioni. – 4. Il diritto penal-amministrativo speciale dello straniero. – 5. Verso una criminalizzazione tout court delle migrazioni?

1. Un avvelenamento a dosi massicce: il discorso pubblico sulle migrazioni

Frequente, nella manualistica penale, è l'esempio dell'omicidio commesso attraverso l'avvelenamento a piccole dosi, ossia attraverso la somministrazione, costante nel tempo, di piccole dosi di veleno, ciascuna, da sola, inidonea a determinare l'evento mortale, causato, invece, dall'accumulo della sostanza venefica nell'organismo della vittima. Se si guarda al discorso pubblico sulle migrazioni nel nostro Paese (ma, verosimilmente, anche su scala globale) e alle tante distorsioni che sembrano averlo privato, in radice, della possibilità di confrontarsi con un approccio «giusto» ed «efficace»¹ alle relative questioni, l'immagine dell'avvelenamento a piccole dosi può risultare pertinente. Con una precisazione: le dosi, nel caso del discorso pubblico sulle migrazioni, sono state spesso tutt'altro che piccole, ma, anzi, massicce, frutto, per un verso, delle campagne di quelli che sono stati definiti imprenditori politici della paura e, per altro verso, della subalternità culturale che, in buona sostanza, si è tradotta nell'inseguire quelle campagne sul loro terreno, rinunciando a disvelarne i robusti profili di mistificazione e di irragionevolezza.

* Magistrato.

1. Cfr. Associazione studi giuridici sull'immigrazione, Magistratura democratica, *Una svolta possibile e necessaria. Dieci punti per una nuova politica del diritto sull'immigrazione*, «Questione giustizia», 5, 2006, p. 1082 e «Il Foro Italiano», V, 2006, p. 291.

Non è compito di queste pagine ricostruire, neppure per sommi capi, il processo di avvelenamento del discorso pubblico sulle migrazioni: esse si limiteranno, dunque, ad offrire, in termini inevitabilmente schematici, alcune indicazioni volte a delineare il contesto politico-culturale in cui ha assunto una posizione decisiva la c.d. *questione sicurezza*, sulla quale i temi delle migrazioni sono sovente schiacciati, le linee portanti dell'*ordine del discorso* su tali questioni (e le sue principali distorsioni) e i più significativi profili del “diritto speciale” dei migranti, che dell’uno e dell’altra rappresenta il frutto avvelenato.

2. Tra politiche *sicuritarie* e populismo penale

La disciplina dell’immigrazione – dell’immigrazione *irregolare*, prima di tutto, ma anche, sempre più, delle migrazioni *tout court* – ha rappresentato e continua a rappresentare un profilo decisivo del discorso pubblico sulla sicurezza e delle relative politiche del diritto. Anche nel nostro Paese, infatti, la questione sicurezza, come si è anticipato, è, ormai da molti anni, al centro della discussione pubblica e, innanzitutto in settori come appunto la disciplina dell’immigrazione, alimenta una corsa *al rialzo* verso politiche del diritto sempre più restrittive: l’«ossessione per la sicurezza finisce per generare, paradossalmente proprio il contrario di ciò che esige: massima insicurezza»².

Il nucleo centrale di questi processi sembra disegnare quella presente come l’età dell’insicurezza, anche se, ad uno sguardo appena più approfondito, i significati attribuiti al concetto di “insicurezza” si muovono lungo una griglia decisamente ampia. Di «società del rischio» si è parlato guardando, da un lato, alle minacce derivanti dagli esiti *perversi* dello sviluppo economico e tecnologico del ’900: l’insicurezza dell’età contemporanea si ricollega qui ai mutamenti epocali del clima, alle minacce nucleari, ai disastri industriali, alle catastrofi naturali³, ma anche, dall’altro, ai processi globali di trasformazione del sistema finanziario e produttivo, processi di cui la crisi economico-finanziaria degli inizi del nuovo secolo ha rivelato la portata. La condizione di «insicurezza» dell’uomo contemporaneo riconducibile a questi *macrofenomeni* fa da sfondo a profili della questione sicurezza che più da vicino evocano gli orientamenti affermatasi sul terreno delle politiche del diritto. In questa secon-

2. Curbert J., *Insicurezza*, Donzelli, Roma, 2008, p. 8, che descrive efficacemente il “circolo vizioso” creato dalle politiche securitarie: «conflitti trascurati che generano insicurezza nei settori sociali più vulnerabili, richieste di sicurezza che dipendono più dal rischio percepito che da quello reale, politiche di sicurezza che pretendono di tranquillizzare la popolazione intemorita, senza modificare le condizioni che generano quei timori e, di conseguenza, insicurezza cronicizzata» (p. 21).

3. Cfr. Beck U., *La società del rischio*, Carocci, Roma, 2000.

da prospettiva, l'età dell'insicurezza chiama in causa l'abbandono del modello della *sicurezza dei diritti* in favore di quello incentrato sul *diritto alla sicurezza*⁴. Sono note le tappe dei profondi processi politico-sociali che hanno scandito questo passaggio: lo smantellamento del *Welfare State* e la precarizzazione dei diritti sociali e dei diritti del lavoro⁵, da un lato, e, dall'altro, il consolidarsi del c.d. *finanzcapitalismo*⁶; la progressiva contrazione delle politiche sociali e l'allargamento delle aree della marginalità sociale, che sempre più da vicino riguardano anche segmenti del mondo del lavoro salariato⁷; la «solitudine del cittadino globale» e il «trasferimento dell'ansia dall'insicurezza e dall'incertezza globali, le sue vere cause, nel campo della sicurezza personale»⁸. Al contempo, si è affermato un concetto di sicurezza «onnicomprensivo»⁹, foriero di risposte destinate, in un perverso circolo vizioso, ad alimentare nuove insicurezze¹⁰, in un contesto in cui il ruolo dei media – anche dei «nuovi» media – ha assunto una dimensione del tutto centrale¹¹.

4. Baratta A., «Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?», in Anastasia S., Palma M. (a cura di), *La bilancia e la misura*, FrancoAngeli, Milano, 2001, p. 22. In una prospettiva costituzionalistica, Ruotolo M., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 111, sottolinea come «il tema del rapporto tra libertà e sicurezza debba essere riguardato alla luce dello sviluppo del costituzionalismo», in una prospettiva che «impone una priorità della «sicurezza dei diritti», riguardata in termini promozionali, rispetto al presunto «diritto alla sicurezza»».

5. Franzini M., *Ricchi e poveri*, Università Bocconi Editore, Milano, 2010, richiama l'attenzione sui «poveri silenziosi», osservando che «la ridotta capacità redistributiva del *Welfare*, la tendenza ad attenuare la progressività dei sistemi fiscali, la perdurante assenza di misure di sostegno al reddito dei segmenti più deboli della popolazione e della forza lavoro sono tutti segnali poco equivocabili della scarsa attenzione che i governi hanno dedicato nel corso degli anni ai problemi della disuguaglianza» (p. 163).

6. Gallino L., *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011; con particolare riferimento alle vicende degli Stati Uniti, Stiglitz J.E., *Il prezzo della disuguaglianza*, Einaudi, Torino, 2013.

7. Cfr. De Rita G., Galdo A., *L'eclissi della borghesia*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

8. Bauman Z., *La solitudine del cittadino globale*, Feltrinelli, Milano, 2000, p. 56.

9. Sterpa A., *La libertà dalla paura. Una lettura costituzionale della sicurezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019 fa riferimento ad un «concetto di sicurezza «onnicomprensivo» in potenza di ogni aspetto della vita dell'individuo: ogni paura, ogni timore, ogni ansia aprirebbe la strada ad una rilevanza giuridica, in termini di sicurezza, di qualunque cosa» (p. 60).

10. Greco T., «Sicurezza/insicurezza: figure e paradigmi di un dibattito», in *Id.* (a cura di), *Dimensioni della sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 21 ha osservato che «non è azzardato affermare – poiché non è insolito osservare concretamente – che le politiche messe in atto per garantire la sicurezza finiscono spesso per combattere l'insicurezza mediante la produzione di altra insicurezza. E ciò, non solo perché la «guerra alla paura» si deve alimentare della paura medesima, in considerazione del ruolo centrale che la gestione delle paure occupa nel circuito della legittimazione politica. Ma anche perché, concretamente, è la natura stessa dei provvedimenti adottati a generare nuove paure».

11. Bianchetti R., *La paura del crimine*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 568, sottolinea l'«interazione sussistente tra mezzi di comunicazione di massa, sentimenti di (in)sicurezza

L'età dell'insicurezza riflette la crisi epocale che ha travolto i modelli di mediazione politico-sociale e di sostegno pubblico alle fasce deboli del secondo dopoguerra, proiettandola verso risposte di segno repressivo all'insegna della *tolleranza zero*¹²: politiche, quelle della *tolleranza zero*, nate – ed accreditatesi fino a divenire, per lungo tempo, egemoni – negli Stati ed ispirate alla tesi che i fattori maggiormente produttivi di insicurezza sociale siano i comportamenti *proto* o *subcriminali*, ossia, in una battuta, il vetro rotto del famoso articolo di Wilson e Kelling¹³, mentre, sul terreno più propriamente penalistico, un ruolo centrale è stato rivestito, per un verso, dalla *war on drugs*, avviata dalla presidenza Reagan agli inizi degli anni Ottanta del secolo scorso e programmaticamente condotta sia contro i consumatori, sia contro gli spacciatori, gli uni e gli altri in larga misura concentrati, dal punto di vista economico-sociale, nella fasce medio-basse della popolazione americana e, in particolare, nelle minoranze nere ed ispaniche¹⁴, e, per altro verso, dall'inasprimento del sistema sanzionatorio (a livello di comminatoria edittale e di disciplina della recidiva¹⁵) e il ridimensionamento della discrezionalità del giudice nell'irrogazione della pena¹⁶.

sociale e scelte di politica criminale» e le «conseguenze negative che questo tipo di interazione produce».

12. Come ha osservato Ferrajoli L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 373, «essendo stata la sicurezza sociale aggredita dalle politiche di riduzione dello stato sociale e di smantellamento del diritto del lavoro, le campagne securitarie valgono a soddisfare il sentimento diffuso dell'insicurezza sociale con la sua mobilitazione contro il deviante e il diverso, preferibilmente di colore o extracomunitario».

13. Si tratta dell'articolo pubblicato nel 1982 dalla rivista «Atlantic Monthly» e considerato la prima enunciazione della dottrina della *tolleranza zero*. Sul tema, imprescindibili sono gli studi di Wacquant L., *Parola d'ordine: tolleranza zero*, Feltrinelli, Milano, 2000; *Simbiosi mortale. Neoliberalismo e politica penale*, Ombre Corte, Verona, 2002; *Punire i poveri*, DeriveApprodi, Roma, 2006. Ceretti A., Cornelli R., *Oltre la paura*, Feltrinelli, Milano, 2013, p. 116 hanno osservato che gli assunti della tesi delle “finestre rotte”, «fortemente in sintonia con il senso comune, e che così prepotentemente ha orientato molte politiche di sicurezza urbana in tutto il mondo, sono stati in realtà ridimensionati e, in certi casi, smontati da alcune ricerche empiriche successive».

14. Cfr. Re L., *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 75, che segnala il concentrarsi dell'attività repressiva «più sul piccolo-medio spaccio delle *inner-cities* che sui grandi trafficanti».

15. Si collocano in questo quadro le normative note come *three strikes and you're out* (a proposito delle quali vd. Feeley M.M., *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi “tre volte e sei eliminato”*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2/200, p. 417 ss.). Le analisi sui concreti risultati applicativi di tali normative convergono nell'attribuire ad esse modesti effetti sul piano numerico (con l'eccezione della California): notevole, comunque, è stata la valenza *simbolica* della legislazione e la sua capacità di orientamento del senso comune (sul punto, vd. Della Bella A., *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2-3, 2007, p. 832 ss.).

16. Sul ridimensionamento del sistema di *indeterminate sentencing* vd. Re L., *op. cit.*, p. 56 ss.

L'analisi degli effetti delle politiche americane di *tolleranza zero* segnala l'ispirazione profonda del modello securitario e i tratti fondamentali delle politiche criminali da esso espresse. Per un verso, l'affermarsi, tipico della c.d. *new penology*, di una logica di tipo *attuariale*, una logica che si concretizza in «dispositivi di gestione del rischio e di repressione preventiva delle popolazioni che ne sono considerate portatrici»¹⁷ e che tende ad attribuire all'intervento punitivo o comunque coercitivo un'impronta preventiva e identitaria: si punisce sempre meno in relazione ad un *fatto* e sempre più in considerazione dell'appartenenza del soggetto a determinate *categorie pericolose*. Per altro verso, in un'ottica tesa a cogliere le implicazioni delle politiche penali americane affermatesi a partire dagli anni '80 rispetto alla fisionomia della stessa forma di governo, tali politiche sono state viste quale espressione di una «gestione pragmatica del rischio ipoteticamente prodotto da popolazioni pericolose con una punitività populista»: nella prospettiva del *governo della paura*, le politiche penali appartengono, dunque, «a un nuovo ordine politico, e sotto diversi aspetti lo consolidano», segnando la «trasformazione in senso accusatorio del ruolo dell'esecutivo», trasformazione che opera prima di tutto «al livello della retorica politica»¹⁸.

D'altra parte, la funzionalizzazione della risposta sanzionatoria all'esclusione, alla incapacitazione: saltano i confini tra inciviltà, micro-devianza, criminalità (e tra i diversi tipi di criminalità) e lo spazio della politica sociale è occupato da pratiche sempre marcatamente repressivo-segregazionistiche¹⁹. Esemplare della – perdurante – vitalità di questi approcci è il decreto legge 20 febbraio 2017, n. 14 (recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città), convertito, con modificazioni, dalla legge 18 aprile 2017, n. 48, adottato nella parte finale della scorsa legislatura, che ha delineato, per la prima volta

17. De Giorgi A., *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*, Ombre Corte, Verona, 2002, p. 113. Dello stesso Autore, vd. *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, DeriveApprodi, Roma, 2000.

18. Simon J., *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Il Saggiatore, Milano, 2008 (le citazioni sono tratte da p. 30 e da p. 43, ove si sottolinea che «le campagne per gli incarichi di sindaco, governatore, *attorney general* e soprattutto presidente degli Stati Uniti sono diventate in larga parte delle competizioni sulla propensione ad assumere un ruolo accusatorio»). Di «ritorno delle classi pericolose» parla Castel R., *L'insicurezza sociale*, Einaudi, Torino, 2004, p. 55.

19. Pratiche che hanno proceduto di pari passo con il ridimensionamento – e, per certi aspetti, la demolizione – del *Welfare State*: Wacquant L., *Punire i poveri*, op. cit., p. 55 ha paragonato quello americano «ad uno Stato centauro, guidato da una testa liberale montata su un corpo autoritarista, [uno Stato che] pratica la dottrina del *laissez-faire* e *laissez-passer* alla base delle disuguaglianze sociali proprio sul piano dei meccanismi che le creano (libero gioco del capitale, abbandono del diritto al lavoro e deregolamentazione del mondo professionale, abbassamento o arretramento delle protezioni collettive), mentre si dimostra brutalmente paternalista e repressivo quando si tratta di affrontarne le conseguenze nel quotidiano».

in un testo legislativo (dopo un precedente in sede subprimaria²⁰) una definizione di “sicurezza urbana” (art. 4). La definizione, da un lato, valorizza il decoro e la vivibilità delle città come componente della sicurezza stessa e, dall’altro, orienta la sua tutela anche nella direzione della «prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio»: come è stato osservato, la nozione «si atteggiava come *bene giuridico onnivoro*, tanto ampio da promettere scarsissima capacità selettiva rispetto a comportamenti predeterminati e non privo di venature estetiche (il “decoro delle città”) e soggettivo-emozionali (la “vivibilità”))»²¹ e, proprio per l’elevata discrezionalità attribuita alle varie autorità, fortemente esposta al rischio di un utilizzo delle varie misure in chiave populistica²². Programmaticamente orientato verso interventi che si muovano «in un’ottica di sicurezza situazionale»²³, il decreto sicurezza del 2017 ha inoltre introdotto nuove misure di prevenzione, quali l’ordine di allontanamento e il divieto di accesso a determinati luoghi (con una disciplina che prende a modello il Dasp finalizzato a prevenire la violenza nel corso di manifestazioni sportive), i cui possibili destinatari ripropongono, in versione moderna, la categoria degli oziosi e vagabondi e sono agevolmente individuabili, tra gli altri, in immigrati e nomadi²⁴.

Il riferimento ad uno dei vari decreti-sicurezza succedutisi anche negli ultimi anni conferma come la collocazione dell’analisi delle politiche di *toleranza zero* sul piano del concreto atteggiarsi della forma di governo risulti particolarmente utile per cogliere i tratti essenziali della loro espansione, anche nel nostro Paese, appunto. Nel corso della lunga transizione avviata con il crollo della c.d. prima Repubblica è stata duramente messa in discussione l’idea-forza della politica affermatasi con l’avvento dello stato costituzionale: il

20. Il D.M. del Ministro dell’interno Maroni del 5 agosto 2008.

21. Riga Riva C., Cornelli R., Squazzoni A., Rondini P., Biscotti B., *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questore, il Prefetto)*, «Diritto penale contemporaneo», 4, 2017, p. 226.

22. Secondo Videtta C., *La “sicurezza urbana” alla luce del d.l. n. 14 del 2017, convertito con modifiche nella legge n. 48 del 2017*, «Studium Iuris», 10, 2017, p. 1094, «proprio l’aggancio al decoro pare soprattutto legittimare un ampio ventaglio di interventi, rimessi ad una discrezionalità sostanzialmente senza limiti, dove sfuma pericolosamente il confine tra illecità e fastidio, aprendo, tra l’altro, la via a pericolose derive verso azioni dettate dal mero intento di conquistare l’elettorato locale».

23. Così la relazione di accompagnamento al disegno di legge governativo n. 4310 (XVII legislatura) di conversione del decreto legge n. 14 del 2017. Sulla “prevenzione situazionale” e sul suo contrapporsi alle cc.dd. criminologie welfariste, vd. Garland D., *La cultura del controllo*, Il Saggiatore, Milano, p. 77 ss.

24. Cfr. Pelissero M., *Il potenziamento delle sanzioni punitive e delle misure di prevenzione personali nel nuovo decreto sicurezza*, «Studium Iuris», 10, 2017, p. 1103 s. Del resto, già Pitch T., *La società della prevenzione*, Carocci, Roma, 2006, p. 125 aveva osservato che «l’associazione tra inciviltà e devianza conduce di fatto all’intensificarsi di una politica di controllo e repressione di persone e popolazione attraverso uno *status*».

crollo della dimensione partecipativa dell'agire politico – privato della «risorsa specifica e separata» in grado di renderlo autonomo dai poteri economico-mediativi – ha accompagnato, da un lato, l'erosione del modello della *democrazia organizzata* incentrato sui soggetti del pluralismo e, dall'altro, il progressivo accreditarsi di un modello di *democrazia dell'investitura*, una «democrazia individualistica fondata sul rapporto immediato tra singoli e rappresentanti»²⁵. Al delinearci di una «democrazia del tinello»²⁶ corrisponde la straordinaria permeabilità dell'agire politico alle ondate di panico morale: viene così a tracciarsi un *continuum* tra l'inaridimento dei luoghi della partecipazione politica e della mediazione dei conflitti, da una parte, e l'ascesa di imprenditori politici della sicurezza (e della paura), dall'altra²⁷.

Nella fase più recente, con la straripante affermazione planetaria dei nuovi media, le tendenze involutive del modello costituzionale riassunte nella formula della «democrazia del tinello» sembrano conoscere un'ulteriore torsione che – su scala globale, come la dimensione marcatamente *digitale* della presidenza Trump conferma – le proietta verso una «democrazia del clic», in cui, per un verso, «la verità in rete è divenuta ufficialmente una mera funzione di chi la pronuncia»²⁸ e, per altro verso, viene esaltata la dis-intermediazione in funzione di delegittimazione del ruolo dei «corpi intermedi»²⁹.

È in questo contesto che la riflessione circa l'impatto del «sicuritarismo» sulle politiche criminali si salda a quella relativa alle politiche del diritto promosse all'insegna del «populismo» che attraversa le democrazie contemporanee: fenomeno complesso di cui la stessa «scienza politica non è mai riuscita

25. Le citazioni sono tratte da due lavori di Dogliani M.: «Deve la politica democratica avere una sua risorsa di potere separata?», in Cassese S., Guarino G. (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 66; *Costituzione e sistema politico (appunti a margine del tentativo di riscrivere la Carta del 1947)*, «Questione giustizia», 1, 2006, p. 61.

26. Rodotà S., *La sovranità nel tempo della tecnopolitica. Democrazia elettronica e democrazia rappresentativa*, «Politica del diritto», 4, 1999.

27. Ho sviluppato più diffusamente il punto in Caputo A., «Dalla tolleranza zero al diritto speciale dell'immigrazione», in Donini M., Pavarini M. (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2011, p. 162 ss.

28. Dal Lago A., *Populismo digitale. La crisi, la rete e la nuova destra*, Raffaello Cortina, Milano, 2017, p. 65.

29. Osservano Diamanti I., Lazar M., *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Laterza, Roma-Bari, 2018, p. 134 che «la Rete ha costituito il riferimento per un modello diverso e alterativo di partecipazione politica. Ma anche di democrazia. In nome della dis-intermediazione. Contro i «corpi intermedi»». In analogia prospettiva, Gaggi M., *Homo premium*, Laterza, Roma-Bari, 2018, p. 143 osserva che «l'uso spregiudicato della tecnologia mette ora in pericolo i cardini stessi del sistema politico di una società aperta: il ruolo della stampa e degli altri media professionali per formare e indirizzare l'opinione pubblica; la trasparenza e affidabilità dell'informazione; l'apertura al confronto tra opinioni diverse; il ruolo del cittadino che esercita i suoi diritti democratici attraverso i rappresentanti che ha deciso di eleggere».

a dare una definizione certa», il populismo fa leva su una “semplificazione” e una “polarizzazione” e produce una «verticalizzazione del consenso politico [...] che a sua volta inaugura una più profonda unificazione delle masse intorno a una narrazione egemonica e a un *leader* carismatico e cesarista che la impersona»³⁰. Alla democrazia rappresentativa, costruita intorno alla centralità del parlamento, si sovrappone una democrazia del *leader*³¹, in cui – caratteristica costante delle politiche populiste – deve essere individuato un nemico interno. In questo senso, si registrano, non da oggi, da una parte, l’involuzione delle politiche criminali verso «un diritto che differenzia tra noi e loro, tra i sommersi e i salvati»³² e, dall’altra, il progressivo orientamento del sistema sanzionatorio verso una logica di tipo identitario, in una prospettiva che tende all’incapacitazione e all’esclusione del deviante: la *questione sicurezza* viene così declinata nella direzione di una risposta sanzionatoria «finalisticamente rivolta non tanto alla repressione di *fatti oggettivamente offensivi* quanto alla neutralizzazione di *soggetti* che, in ragione delle loro *qualità personali* di appartenenza a certe comunità o categorie, sono per ciò solo ritenuti *pericolosi*»³³.

Inutile dire che se una delle costanti delle politiche populistiche è la ricerca di un nemico interno, candidato *naturale* a questo ruolo è il migrante³⁴, contro il quale tendono, appunto, naturalmente ad indirizzarsi l’iniziativa politica degli imprenditori dell’insicurezza e della paura³⁵ e, dunque, i «meccanismi sociali, politici e cognitivi che fanno dell’immigrato un (o forse “il”) nemico pubblico nella società contemporanea»³⁶. All’uso simbolico del diritto penale, una *tentazione* sempre ricorrente nei processi di criminalizzazione primaria³⁷,

30. Urbinati N., *Democrazia sfigurata*, Università Bocconi Editore, Milano, 2014, le citazioni sono tratte da p. 178 e da p. 181.

31. Cfr. Insolera G., *Qualche riflessione sul diritto penale nella “democrazia del leader”*, «Indice penale», 2, 2016, p. 379 ss.

32. Pulitanò D., *Sicurezza e diritto penale*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2, 2009, p. 557.

33. Palazzo F., *Il volto del sistema penale italiano dopo la XIV legislatura*, «Democrazia e diritto», 1, 2006, p. 53 ss.

34. Potenziale pericolo per la comunità nazionale nell’ottica del populismo, il migrante deve essere assimilato ovvero «neutralizzato, eliminato, impedendogli di nuocere alla stretta di un nemico infiltrato, se necessario cacciandolo»: così Zanatta L., *Il populismo*, Carocci, Roma, 2016, p. 76.

35. Battistelli F., *La sicurezza e la sua ombra*, Donzelli, Roma, 2016, p. 71 osserva che «anche prima di essere reclutate dagli imprenditori politici dell’insicurezza, le ansie individuali e collettive coltivate da “noi” tendono spontaneamente a dirigersi contro di “loro”, gli “altri”, i diversi per antonomasia, cioè gli “stranieri”».

36. Su tali meccanismi, fondamentale è lo studio di Dal Lago A., *Non-persone. L’esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 1999.

37. Già agli inizi degli anni Novanta Fiandaca G., “Concezioni e modello di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina”, in Pepino L. (a cura di), *La riforma del diritto penale*, FrancoAngeli, Milano, 1993, p. 20 criticava la strumentalizzazione del ri-

si sovrappone la più marcata torsione determinata dall'interazione tra politiche securitarie e populismo punitivo³⁸, che mette in luce tendenze involutive più profonde delle politiche criminali, determinandone una mutazione «legata al suo terreno privilegiato, oggi costituito dalle politiche contro i migranti – i differenti per antonomasia – che stanno mettendo in crisi tutti i principi della nostra democrazia»³⁹.

3. Irregolari, criminali, pericolosi: l'ordine del discorso sulle questioni dell'immigrazione e le sue distorsioni

*L'ordine del discorso*⁴⁰ divenuto dominante sui temi delle migrazioni fa leva, in primo luogo, su una distorsione della rappresentazione dello *status* di irregolarità dello straniero, una distorsione accreditata già della legge Turco-Napolitano, che faceva del «netto discrimine»⁴¹ tra immigrazione regolare e immigrazione irregolare una delle sue più rilevanti linea-guida.

La realtà dei flussi migratori, tuttavia, testimonia la marcata artificialità di questo approccio: alla proclamazione legislativa del «netto discrimine», infatti, si contrappone sovente la realtà della condizione di irregolarità del migrante come *passaggio normale* verso la condizione di legalità. Tra gli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia, l'approdo ad uno *status* di regolarità da un'iniziale condizione di irregolarità rappresenta, si è detto, «un'esperienza normale»⁴²; «immigrazione e immigrazione irregolare praticamente coincidono»⁴³ e ciò, innanzitutto, a causa di una normativa che: per un verso, subordinando, sulla base di una impostazione di fondo del tutto irrealistica, l'ingresso legale dello straniero all'incontro, a livello planetario, tra domanda e offerta di lavoro, produce immigrazione irregolare; per altro verso, a causa della mancanza di meccanismi di regolarizzazione individuale e permanente

corso al diritto penale «in vista di vantaggi politici contingenti, a tal fine sfruttando le notevoli risorse simboliche del “penale” in funzioni di potente e suggestivo messaggio all'opinione pubblica o a specifici settori di essa».

38. Fiandaca G., *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. 186 s. richiama «l'enfaticizzazione del bene-sicurezza quale riflesso del diffondersi di sentimenti di insicurezza e allarme collettivo», da un lato, e, dall'altro, «il levarsi di rozze ventate “populiste” nell'ambito della stessa politica penale».

39. È il severo giudizio di Ferrajoli L., *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, «Questione giustizia», 1, 2019, p. 80.

40. Il riferimento è a Foucault M., *L'ordine del discorso*, Einaudi, Torino, 1972.

41. È questa l'espressione utilizzata nella relazione di accompagnamento del disegno di legge poi approvato con la legge Turco-Napolitano del 1998.

42. Ambrosini M., *Richiesti e respinti*, Il Saggiatore, Milano, 2010, p. 55.

43. Sciortino G., «Le migrazioni irregolari. Struttura ed evoluzione nell'ultimo decennio», in Fondazione Ismu, Quaderni Ismu (a cura di), *Decimo Rapporto sulle migrazioni - 2004*, Milano, 2005, p. 289.

degli ingressi o dei soggiorni illegali (meccanismi fondati, ad esempio, sul decorso del tempo e sull'accertamento della sussistenza di indici di integrazione del migrante), non è in grado di riassorbirne neppure quote modeste.

A dispetto della marcata artificialità del «netto discrimine» tra immigrazione regolare e immigrazione irregolare, quest'ultima condizione è stata associata, in via legislativa, ad una sorta di presunzione di pericolosità. La giurisprudenza ha fatto presto giustizia della manifesta inconsistenza dell'equazione irregolarità/pericolosità. Recependo l'orientamento affermato dalle Sezioni unite nel 2006⁴⁴, la sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007⁴⁵ ha rimarcato come la «qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato» non sia «univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima». Un'impostazione, questa, ribadita con forza dalla successiva sentenza n. 249 del 2010⁴⁶ del giudice delle leggi, che ha dichiarato l'illegittimità della circostanza aggravante della «clandestinità».

Ma le nitide prese di posizione della giurisprudenza non sono riuscite ad evitare un'ulteriore distorsione. Il «netto discrimine» tra immigrazione regolare e immigrazione irregolare è stato enfatizzato da analisi criminologiche che hanno instaurato una relazione tra la crescente presenza di immigrati e il prospettato incremento del numero dei reati commessi in Italia in un certo arco temporale⁴⁷. In realtà, il significato e la stessa affidabilità scientifica di tali rilevazioni è molto controversa: per l'eterogeneità dei termini a confronto, per l'oggetto stesso delle statistiche, spesso limitato ai reati denunciati e, quindi, orientato a *fotografare* i fenomeni criminali più visibili (ma non necessariamente più pericolosi), per il ruolo giocato, all'interno dei diversi e largamente eterogenei segmenti dell'universo criminale, dai meccanismi di «sostituzione» di attori italiani con attori stranieri. Del resto, come è stato osservato, in tali ricerche «regolari, irregolari e clandestini sono presentati come categorie ontologicamente diverse, quasi come “tipi d'autore”», laddove nessun cenno è dedicato al «fatto che tale condizione è giuridicamente determinata e che la ricerca

44. Sez. un, 28 marzo 2006 n. 14500, «Cassazione penale», 2006, p. 3120.

45. La sentenza ha dichiarato l'illegittimità delle norme dell'ordinamento penitenziario sulle misure alternative alla detenzione ove interpretate nel senso che allo straniero non comunitario entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure stesse: «Cassazione penale», 2007, p. 3278.

46. Con nota di Viganò F., *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, «Giurisprudenza costituzionale», 2010, p. 3017.

47. Cfr. Barbagli M., *Immigrazione e criminalità in Italia*, il Mulino, Bologna, 1998; *Immigrazione e reati in Italia*, il Mulino, Bologna, 2002; *Immigrazione e sicurezza in Italia*, il Mulino, Bologna, 2008 (gli ultimi due lavori sono nuove edizioni del primo).

in materia di immigrazione ha individuato la grande permeabilità del confine tra regolarità e irregolarità⁴⁸.

D'altra parte, l'ispirazione di fondo delle ricerche cui si è fatto cenno si rinviene in ricerche "istituzionali", quali il Rapporto del Ministro dell'interno sullo stato della sicurezza in Italia del 2001.

Programmaticamente indirizzato a verificare in quale «misura, nel periodo che va dal 1988 al 2000, il numero dei reati commessi dagli stranieri immigrati sia variato», il Rapporto assumeva quale base conoscitiva alcuni indicatori e, principalmente, quelli rappresentati dalle quote degli immigrati sui denunciati e sui condannati, anche se questi ultimi dati non venivano riportati nello studio (che neppure chiariva in quali termini i diversi dati fossero stati valorizzati)⁴⁹: il che già mette seriamente a repentaglio la possibilità di un confronto critico sui risultati della ricerca.

Quanto ai dati concernenti la quota degli immigrati sui denunciati, essi erano tratti dalle statistiche governative relative, appunto, ai reati denunciati o, meglio, ad alcune tipologie di reati denunciati (ventidue) individuate sulla base di criteri selettivi non specificamente illustrati sotto il profilo della valenza conoscitiva ad essi associata e senza alcuna stima in ordine alla *cifra oscura* delle singole tipologie; così tra i ventidue reati presi in considerazione, vi era, ad esempio, l'estorsione, ossia un reato tanto diffuso (soprattutto, ma non più esclusivamente, nelle regioni di origine delle cc.dd. mafie storiche), quanto caratterizzato, notoriamente, da un'elevatissima *cifra oscura* (effetto della forza intimidatrice delle organizzazioni criminali dedite alla sistematica raccolta del *pizzo*). In rapporto a reati del genere (ma analoghe considerazioni potrebbero essere svolte per altri reati inclusi nella ricerca), l'attitudine del dato relativo ai reati denunciati a dar conto dei reati – effettivamente – commessi (e dei loro autori) meriterebbe attenta considerazione, assente, invece, nel Rapporto: il che proietta significativi dubbi sull'affidabilità complessiva della ricerca.

L'assai problematica consistenza sul piano empirico dell'equazione "doppia" irregolarità/pericolosità/criminalità trova definitiva confutazione nel rlie-

48. Ferraris V., *Recensione* ai tre lavori di Barbagli *op. cit.* alla nota precedente, «Studi sulla questione criminale», 3, 2008, p. 112. Non mancano, nella letteratura sociocriminologica, ricostruzioni del rapporto immigrazione/criminalità molto diverse da quelle proposte dagli studi di Barbagli: cfr. Palidda S., *Devianza e vittimizzazione tra i migranti*, Quaderni Ismu, Milano, 2001; Ruggiero V., *Stranieri e illegalità nell'Italia criminogena*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2008, p. 13. Molto critico sull'impostazione accolta dagli studi di Barbagli è Melossi D., *Il giurista, il sociologo e la "criminalizzazione" dei migranti: che cosa significa "etichettamento" oggi?*, «Studi sulla questione criminale», 3, 2008, p. 9. Significativa appare una ricerca, svolta con tecniche econometriche, che è giunta alla conclusione di escludere un contributo diretto dell'immigrazione all'aumento della criminalità: Bianchi M., Buonanno P., Pinotti P., *Immigration and crime: an empirical analysis*, in www.bancaditalia.it/pubblicazioni.

49. *Rapporto del Ministro dell'interno sullo stato della sicurezza in Italia*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 271 ss.; la citazione è tratta da p. 322.

vo secondo cui «se anche le statistiche mostrano un più alto tasso di criminalità negli immigrati, e in particolare nei clandestini, ciò nulla dice su persone singole»⁵⁰: il rilievo è di per sé assorbente sul piano giuridico, posto che se anche le rilevazioni statistiche relative ai comportamenti criminali evidenziassero una sovraesposizione degli stranieri irregolari (così come dei cittadini italiani di una certa regione o di una certa città), il dato sarebbe del tutto neutro sul piano della prognosi di pericolosità di singole persone. Governata da una *cattiva politica* «ansiosa di incamerare facili rendite demoscopiche o elettorali del senso di insicurezza diffuso»⁵¹, l'equazione “doppia” ha tuttavia avvelenato in profondità il discorso pubblico sulle migrazioni e, nella logica perversa della profezia che si autoavvera, ha offerto le – fallaci – basi politiche per la costruzione del diritto penal-amministrativo *speciale* dello straniero.

4. Il diritto penal-amministrativo speciale dello straniero

I tratti fondamentali del diritto *speciale* dello straniero e i suoi profili di più marcata tensione con i principi del diritto penale e con le garanzie costituzionali della persona sono stati da tempo delineati e, innanzitutto, è stato messo in luce il *continuum* penal-amministrativo che lo contraddistingue in una prospettiva, per così dire, “biunivoca”: sul versante penalistico, con l'*amministrativizzazione* dello stesso intervento penale, tanto sul versante del bene giuridico protetto (ammesso che lo stesso sia ancora, per i reati di cui al TU n. 286 del 1998, distinguibile da mere finalità di tutela⁵²), quanto su quella della specifica configurazione della disciplina; sul versante amministrativo, con la previsione della *detenzione amministrativa*, che, al di là della terminologia – inizialmente – *soft* che ne caratterizzò l'introduzione, ha segnato (in linea, peraltro, con la CEDU e con il diritto dell'Unione europea: a conferma dello sguardo talora irenistico riservato ai processi di integrazione normativa con fonti sovranazionali⁵³) un *vulnus* profondo nel nostro ordinamento. Alcuni brevi cenni alle due facce del diritto speciale dello straniero sono sufficienti a rendere ragione dei rilievi appena formulati.

Visto nel suo insieme, il diritto penale dell'immigrazione rivela i propri tratti fondamentali nella «radicale subalternità dell'intervento penale rispetto

50. Pulitanò D., *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, «Diritto penale e processo», 9, 2008.

51. Forti G., *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1, 2002, p. 53.

52. Cfr. Moccia S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1995, p. 348.

53. Cfr. Luciani M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, «Giurisprudenza costituzionale», 2006, p. 1644.

alla disciplina amministrativa della materia»; nell'irriducibile tensione di molti dei reati in materia di immigrazione rispetto al principio di *extrema ratio* e nell'evaporazione, per tali reati, del bene giuridico, in favore di «un'offensività che tende assumere una dimensione *ideale*»; nella «logica di neutralizzazione» che ispira la disciplina, una logica che «si rivela principalmente nella centralità attribuita, sotto vari aspetti, all'espulsione»⁵⁴. Un valore paradigmatico della specialità dei profili penalistici della disciplina dell'immigrazione va riconosciuto al reato di ingresso e soggiorno illegale, poiché «il vero diritto penale della disegualianza è senz'altro quello determinato dalla criminalizzazione della clandestinità come *male in sé*»⁵⁵.

Una connotazione, questa, che fa da sfondo anche al versante “formalmente” amministrativo del diritto speciale dello straniero e, in particolare, alla detenzione amministrativa, la quale «fa leva sulla dimensione non penalistica solo per neutralizzare le garanzie sostanziali e procedurali proprie dell'ordinamento penale, fondandosi, in realtà, su misure coercitive della libertà personale che nel sistema penale rivestono carattere di assoluta eccezionalità»⁵⁶. Ai

54. Caputo A., “I reati in materia di immigrazione”, in Palazzo F., Paliero C.E. (a cura di) *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, vol. IX; Caputo A., Fidelbo G. (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 33 s., cui si rinvia per una trattazione più diffusa, anche in relazione alle diverse fattispecie criminose previste dal TU di cui al d.lgs. n. 286 del 1998. Nella stessa prospettiva, cfr. Pelissero M., *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello stato di prevenzione*, «Politica del diritto», 2, 2011, ove si osserva che «il diritto penale dell'immigrato irregolare sta al di là del diritto penale dello stato di diritto, perché si presenta come un *diritto penale speciale* sotto un duplice profilo: innanzitutto perché è un diritto penale non del fatto, ma dell'autore, come evidenzia lo sviluppo della disciplina; in secondo luogo, il controllo penale, anche laddove si fonda sull'offesa a beni giuridici tangibili e meritevoli di tutela, si presenta in forma potenziata attraverso una risposta sanzionatoria potenziata»; Cavaliere A., *Neoliberismo e politica criminale repressiva*, «Costituzionalismo.it», 1, 2018, p. 131, secondo cui «il diritto amministrativo e penale dell'immigrazione si pone a presidio dell'esclusione degli stranieri irregolari». Sirena E., “Emigrare e immigrare: esiste un “diritto del muoversi”?”, in Allegri G., Sterpa A., Viceconte N. (a cura di), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, p. 224 ha osservato, con riferimento alla logica di neutralizzazione dalla quale sono permeate le politiche italiane in tema di immigrazione, che «il tratto distintivo del *labeling approach* è l'affermazione di un nuovo diritto penale della sicurezza che divora tutti i principi dello Stato di diritto».

55. Riscato L., *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 23.

56. Caputo A., *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, «Questioni giustizia», 3, 1999. Nella stessa prospettiva e paragonando il trattenimento nei c.p.t. al fermo di polizia di cui all'art. 6 del c.d. *decreto Cossiga* (decreto legge n. 625 del 1979), Pugiotta A., ““Ieri e oggi”: fermo di polizia e trattenimento dello straniero”, in Bin R., Brunelli G., Pugiotta A., Veronesi P. (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 176, ha affermato che «il trattenimento dello straniero presso un centro di permanenza temporanea sembra [...] configurare un'autonoma (e per questo illegittima) manifestazione di coer-

dubbi sulla legittimità in sé della detenzione amministrativa si aggiungono una serie di ulteriori profili problematici, messi in luce anche di recente.

Oltre all'attribuzione della convalida al Giudice di pace in luogo del giudice togato, che sviluppa il significato «sostanziale» della riserva di giurisdizione⁵⁷, la compatibilità della disciplina del trattenimento con l'art. 13 Cost. è stata sottoposta a vaglio critico con riguardo sia alla definizione dei presupposti del trattenimento, sia con riguardo ai modi attraverso i quali esso si realizza⁵⁸, mentre, sotto un ulteriore profilo, la disciplina del trattenimento è stata esaminata, in chiave critica, alla luce del principio di proporzionalità⁵⁹.

D'altra parte, la sconcertante vicenda normativa del termine massimo della detenzione amministrativa (portata oggi nuovamente a 180 giorni⁶⁰ e scandita da interventi quasi sempre al rialzo e privi di correlazione con evidenze empiriche idonee a giustificare, anche solo sul piano funzionale, gli inasprimenti della disciplina) rende ragione della sostanziale *bagatellarizzazione* della libertà personale del migrante e, allo stesso tempo, spiega il dibattito sulla natura dei centri di detenzione amministrativa apertosi tra studiosi di diversa estrazione. Da una parte, si è ritenuto – ferma restando l'irriducibile differenza tra campi di sterminio e campi di concentramento - di iscrivere i centri nell'«ordine concentrazionario»; in questa prospettiva, «detenzione amministrativa, segregazione degli internati, controllo della polizia, chiusura del luogo, reso il più possibile invisibile e inaccessibile, funzione meramente preventiva e non produttiva: sono queste le caratteristiche che ne fanno un campo»⁶¹.

cizione amministrativa della libertà personale, irrazionalmente sproporzionata rispetto al provvedimento espulsivo cui è finalizzata, largamente discrezionale, sottratta ad un effettivo controllo giurisdizionale, introdotta nell'ordinamento in via definitiva e non eccezionale. Se così è, siamo in presenza di una forma di detenzione amministrativa che – sotto il profilo strettamente costituzionale – pare priva di legittimazione». Sul grave *deficit* di tutela che caratterizza la disciplina degli allontanamenti vd. Pugiotto A., “Purché se ne vadano”. La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero”, in Associazione italiana dei costituzionalisti (a cura di), *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, Napoli, 2010, p. 333.

57. Sul tema, vd. Caputo A., Pepino L., *Giudice di pace, riserva di giurisdizione e libertà dagli arresti*, «Questione giustizia», 1, 2005, p. 9 ss.

58. de Martino A., *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2014, p. 17.

59. Cherchi R., *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Jovene, Napoli, 2012, p. 220.

60. Per una ricostruzione della disciplina del termine massimo del *trattenimento*, vd. Cancellaro F., “La libertà personale dello straniero: l'estensione della durata massima del trattenimento amministrativo nei C.P.R. e disposizioni per la realizzazione dei centri”, in Curi F. (a cura di), *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, p. 60.

61. Così, Di Cesare D., *Crimini contro l'ospitalità. Vita e violenza nei centri per gli stranieri*, Il Melangolo, Genova, p. 75. Nella stessa prospettiva, Rahola F., *Zone definitivamente temporanee*, Ombre Corte, Verona, 2003; Sciarba A., *Campi di forza. Percorsi confinati di migranti in Europa*, Ombre Corte, Verona, 2009.

In una diversa prospettiva, l'associazione tra campi di concentramento e centri per migranti è stata criticata riconducendo questi ultimi ai poteri di polizia di gestione del movimento delle persone attraverso le frontiere a cavallo tra XIX e XX secolo, descrivendo comunque «la detenzione amministrativa degli stranieri come un dispositivo che si allontana dal paradigma giuridico dello Stato costituzionale di diritto e dalle garanzie a tutela della libertà personale in esso contenute»⁶². Compito di queste note non è prendere posizione su questioni così complesse e delicate, essendo sufficiente, nella prospettiva del giurista, aver segnalato diversi profili di tensione della detenzione amministrativa dei migranti rispetto all'assetto costituzionale di protezione della libertà personale.

Tanto più che quello della detenzione amministrativa e, più in generale, del diritto speciale dello straniero è un modello in espansione. Invero, si è ormai diffuso anche nella dottrina italiana il neologismo, nato nella letteratura statunitense, *crimmigration*, con il quale si riassumono tre diverse, ma convergenti, strategie politico-criminali, ossia la previsione di conseguenze penalistiche per violazioni del diritto dell'immigrazione, la previsione di conseguenze amministrativistiche (di diritto dell'immigrazione) connesse a condanne penali e il ricorso a misure privative o limitative della libertà personale di tipo penalistico e a correlate procedure nell'ambito del diritto dell'immigrazione, con il delinearci di «un sistema giuridico parallelo: un ibrido di diritto penale e di diritto amministrativo/dell'immigrazione, affine al sistema penale della giustizia penale nelle logiche e nei meccanismi di fondo, ma ad esso formalmente estraneo»⁶³. I tratti propri del diritto speciale dello straniero individuati da tempo con riguardo alla disciplina italiana si proiettano dunque su scala globale e, allo stesso tempo, sembrano conoscere nuove, più profonde torsioni.

62. Campesi G., *La detenzione amministrativa degli stranieri*, Carocci editore, Roma, 2013, p. 67. Dello stesso Autore, *Genealogia della pubblica sicurezza*, Ombre Corte, Verona, 2009.

63. Così Gatta G.L., *La pena nell'era della "crimmigration": tra Europa e Stati Uniti*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2, 2017, p. 679 ss. Nella stessa prospettiva, Spina A., *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2017, p. 495 ss. segnala che il neologismo definisce l'intreccio «fra logica criminalizzante ed efficientismo amministrativo nel perseguimento di quello che sembra essere ormai diventato l'obiettivo cruciale delle politiche migratorie di molti Paesi occidentali, ossia l'esclusione dello straniero (qualificato come) indesiderabile»: un intreccio che segna un vero e proprio mutamento di paradigma rispetto ai tradizionali approcci statali in tema di immigrazione, mutamento rappresentato dall'«assurgere dell'espulsione dello straniero (qualificato come) indesiderabile a obiettivo sistemico dichiarato, a scopo verso il quale tutto il sistema delle norme rilevanti è, almeno ufficialmente, orientato».

5. Verso una criminalizzazione *tout court* delle migrazioni?

Torsioni che vedono, in primo luogo, una sempre più netta convergenza delle misure restrittive dei diritti fondamentali della persona previste per lo straniero irregolare anche nei confronti del richiedente protezione internazionale. Il primo “decreto sicurezza” della nuova legislatura⁶⁴ ha «fatto confluire il tema della sicurezza e quello dei flussi migratori in un *pot-pourri* normativo caratterizzato dall’idea dell’esclusione»⁶⁵ e ha ridefinito l’ambito dei presupposti che consentono il trattenimento amministrativo del richiedente, ambito che viene, sostanzialmente, a coincidere con quello relativo al trattenimento dello straniero irregolare⁶⁶: si aggrava così il *vulnus* già, di per sé, recato dalla detenzione amministrativa, posto che l’inasprimento sancito dal decreto sicurezza del 2018 investe comunque un soggetto – non già “irregolare”, bensì – portatore di un’istanza di protezione tutelata dalla Costituzione e da molteplici fonti internazionali.

L’attribuzione anche al richiedente asilo della qualità di soggetto “pericoloso”, individuata a fondamento delle innovazioni introdotte dal decreto del 2018⁶⁷, si è accompagnata, nelle prassi, «a concrete azioni di inibizione dei salvataggi in mare o dello sbarco di migranti ad opera tanto dei natanti delle organizzazioni non governative quanto [...] di unità militari italiani e straniere»⁶⁸: un crescendo che ha visto, via via, la “presunzione di pericolosità” del migrante irregolare – inconsistente nei fatti, oltre che in diritto, come si è visto – estesa ai richiedenti asilo, fino a lambire le organizzazioni umanitarie impegnate nelle attività di soccorso nel Mediterraneo⁶⁹, destinatarie prima

64. Si tratta del decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113 (recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata), convertito, con modificazioni, dalla legge 1° dicembre 2018, n. 132.

65. Risicato L., *Il confine e il confino: uno sguardo d’insieme alle disposizioni penali del “decreto sicurezza”*, «Diritto penale e processo», 1, 2019, p. 15.

66. Valentini E., Gennari L., “Le ulteriori novità concernenti la libertà personale dello straniero: il trattenimento del richiedente protezione internazionale e le nuove disposizioni sulle modalità di esecuzione dell’espulsione”, in Curi F. (a cura di), *Il decreto Salvini...*, *op. cit.*, p. 70.

67. Sbraccia A., “Effetti criminogenetici? Il decreto Salvini tra continuità e innovazione”, in Curi F. (a cura di), *Il decreto Salvini...*, *op. cit.*, p. 11 ss., richiamato «il legame tra paradigma securitario e populismo penale», ha sottolineato come «l’incarnazione del predatore falso e opportunistico [sia] passata dalla tipologia del “clandestino” a quella del “falso” richiedente asilo».

68. Manacorda S., *Il contrasto penalistico della tratta e del traffico dei migranti nella stagione della chiusura delle frontiere*, «Diritto penale e processo», 11, 2018, p. 1389 s.

69. Masera L., *L’incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, «Questione giustizia», 2, 2018, p. 225 richiama la «progressiva diffusione di un at-

di un «Codice di condotta», adottato dal Ministro dell'interno Minniti, alla cui sottoscrizione era subordinata la possibilità per le Ong di collaborare con le autorità italiane nella gestione dei soccorsi⁷⁰, poi delle iniziative governative promosse dal Ministro dell'interno del primo Governo della nuova legislatura Salvini tese alla “chiusura dei porti”.

Iniziativa che hanno poi trovato riscontro normativo nel “decreto sicurezza” del 2019⁷¹, che ha attribuito al Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri della difesa e delle infrastrutture, il potere di adottare provvedimenti di limitazione o di divieto dell'ingresso, del transito o della sosta di navi nel mare territoriale per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero qualora sussistano le condizioni di cui all'art. 19, par. 2, lett. g) della Convenzione di Montego Bay, limitatamente alla violazione di leggi di immigrazione vigenti (art. 11, co. 1 *ter*, TU)⁷².

Ancora una volta si tratta di tendenze su scala globale, all'interno delle quali la “chiusura dei porti” può essere letta in continuità con le politiche di edificazione (non metaforica) dei muri a presidio dei confini interessati dei movimenti dei migranti: le une e l'altra rappresentano un esito delle politiche populistico-sicuritarie sull'immigrazione che ne conferma il carattere paradigmatico di processi involutivi riconducibili al *governo attraverso la paura*⁷³.

teggimento (istituzionale e mediatico) di “sospetto” nei confronti degli operatori umanitari che prestano attività di soccorso nelle acque del Mediterraneo»: il saggio esamina anche i principali provvedimenti giudiziari adottati nei confronti delle organizzazioni non governative.

70. Masera L., *L'incriminazione dei soccorsi in mare...*, op. cit., p. 226.

71. Decreto legge 14 giugno 2019, n. 53 (recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 2019, n. 77.

72. Il divieto, per la cui inosservanza è comminata una severissima sanzione amministrativa (art. 12, co. 6 *bis*, TU), ha suscitato i preoccupati rilievi del Presidente della Repubblica in sede di promulgazione della legge di conversione: la missiva del Capo dello Stato ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio sottolinea che «con riferimento alla violazione delle norme sulla immigrazione non è stato introdotto alcun criterio che distingua quanto alla tipologia delle navi, alla condotta concretamente posta in essere, alle ragioni della presenza di persone accolte a bordo e trasportate» e che «non appare ragionevole – ai fini della sicurezza dei nostri cittadini e della certezza del diritto – fare a meno di queste indicazioni e affidare alla discrezionalità di un atto amministrativo la valutazione di un comportamento che conduce a sanzioni di tale gravità».

73. Blengino C., “Le retoriche della sicurezza urbana tra cultura giuridica interna ed esterna”, in Borriello M., Ruggiero G. (a cura di), *La città si-cura*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 87 osserva che la «società liquida colloca la domanda di sicurezza dei cittadini al centro del discorso politico e propone il *governo attraverso la paura* quale inedita e pervasiva strategia di *governance*, di cui il contrasto alla criminalità degli stranieri ed al disordine urbano costituisce uno degli elementi caratterizzanti».

1989-2019: 30 anni di antirazzismo in Italia

di Filippo Miraglia e Grazia Naletto*

«Nell'Ovest si diffuse il panico di fronte al moltiplicarsi degli emigranti sulle strade. Uomini che avevano proprietà temettero per le loro proprietà. Uomini che non avevano mai conosciuto la fame videro gli occhi degli affamati. Uomini che non avevano mai desiderato niente videro la vampa del desiderio negli occhi degli emigranti. E gli uomini delle città e quelli dei ricchi sobborghi agrari si allearono per difendersi a vicenda; e si convinsero a vicenda che loro erano buoni e che gli invasori erano cattivi, come fa ogni uomo prima di andare a combatterne un altro. Dicevano: quei maledetti Okie sono sporchi e ignoranti. Sono maniaci sessuali, sono degenerati. Quei maledetti Okie sono ladri. Rubano qualsiasi cosa. Non hanno il senso della proprietà».

Furore, John Steinbeck, Bompiani

Sommario: 1. Dalla nascita del movimento antirazzista al governo della "cattiveria" (1989-2008). – 1.2. L'emergenza permanente e la debolezza del movimento per i diritti degli stranieri. – 1.3. La criminalizzazione dell'immigrazione e le retoriche pubbliche. – 2. Il razzismo al tempo della crisi (2009-2019). – 2.1. Le responsabilità della politica. – 2.2. Solidarietà dal basso: gli anticorpi del movimento antirazzista.

L'immigrazione è stata affrontata, fin dall'inizio della sua comparsa nel dibattito pubblico del nostro Paese, più per rispondere alla sua rappresentazione che alla realtà. La distanza tra realtà e sua rappresentazione negli anni si è accentuata, man mano che aumentava l'uso strumentale, sempre più spesso spregiudicato, da parte di forze politiche e di singoli esponenti di partito, nel

* Filippo Miraglia, Dirigente nazionale dell'ARCI, militante antirazzista fin dagli anni Ottanta, si è sempre impegnato per promuovere campagne, mobilitazioni eventi e iniziative unitarie. Ha coordinato la campagna *L'Italia sono anch'io* e oggi coordina il Tavolo Asilo nazionale e la campagna *Io Accolgo*; Grazia Naletto, Responsabile dell'area migrazioni e lotta al razzismo di Lunaria. Inizia il suo attivismo antirazzista con *Africa insieme* a Pisa negli anni Ottanta. La lotta contro le disuguaglianze è al centro del suo impegno di ricerca, sociale e politico.

promuovere un'immagine negativa degli stranieri, per poterne disporre tutte le volte che serviva, con l'obiettivo di raccogliere consensi.

L'obiettivo di questo contributo è, da un lato, ripercorrere la storia del movimento antirazzista italiano mettendone in luce le dinamiche e i limiti, dall'altro, evidenziare gli eventi istituzionali e sociali legati al tema dell'immigrazione, che hanno condizionato in maniera significativa negli ultimi trent'anni la cultura del Paese agendo sull'opinione pubblica e sulla classe dirigente.

1. Dalla nascita del movimento antirazzista al governo della “cattiveria” (1989-2008)

Le notizie di cronaca, anche quelle locali, sono diventate d'interesse nazionale a metà degli anni Ottanta, con l'arrivo dei primi giovani stranieri in cerca di lavoro, impiegati soprattutto nell'ambito dell'agricoltura, ma non solo.

La prima legge che cerca di rispondere all'esigenza del mercato del lavoro è la n. 943/86, la quale interviene in maniera molto parziale nel regolare l'accesso e il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale, come previsto dall'art. 10 della nostra Costituzione, operando la prima importante emersione del lavoro nero degli immigrati per 116mila persone circa, escludendo però il lavoro autonomo. In quegli anni comincia a svilupparsi nella società una sensibilità sociale sui diritti degli stranieri. Nel 1985, la FGCI (Federazione Giovanile Comunista Italiana) dà vita a un progetto, *Neroenonsolo*, che dopo qualche anno diventerà un'associazione antirazzista autonoma. Nell'aprile del 1989 l'ARCI, insieme ad altre organizzazioni, promuove una manifestazione per i diritti degli immigrati, forse la prima vera mobilitazione italiana, anche se limitata nella partecipazione e nella piattaforma. Ad agosto di quell'anno, nella notte tra il 24 e il 25, nelle campagne di Villa Literno, Caserta, viene ucciso Jerry Essan Masslo. Un rifugiato sudafricano che rimane vittima del razzismo di un gruppo di criminali, dopo aver attraversato l'Italia ed essere stato uno dei primi e pochi lavoratori immigrati intervistati dalla TV nazionale¹. Il 28 agosto si tengono i funerali di Stato, ai quali partecipano il vicepresidente del Consiglio Martelli, il presidente della commissione antimafia Chiaromonte, il prefetto di Caserta e il sindaco di Napoli.

L'emozione è forte in tutto il Paese che comincia a intuire il pericolo rappresentato dal razzismo. Il 20 settembre di quell'anno i braccianti stranieri sciooperano a Villa Literno. Il 7 ottobre del 1989 sindacati, associazioni laiche

1. Si veda la raccolta realizzata dalla Rai e disponibile su RaiPlay, *La guerra di Masslo*, con i servizi di quel periodo e l'intervista a Jerry Masslo realizzata qualche mese prima: www.raiplay.it/programmi/laguerradimasslo.

e religiose, gruppi più o meno organizzati di lavoratori stranieri, scendono in piazza dando vita alla prima grande manifestazione antirazzista. Treni e pullman da tutta Italia: più di 300mila persone attraversano le vie della capitale per chiedere una legge giusta, il rilascio di un permesso di soggiorno per tutti gli stranieri presenti e per denunciare il rischio di razzismo.

Il giorno prima, 6 ottobre, dalle pagine de L'Unità Pietro Ingrao, storico dirigente del PCI, dirà «Dopo che li abbiamo sradicati e costretti – pensiamo davvero di alzare il ponte levatoio delle nostre città e chiudere le porte? Oppure costruire nuovi ghetti, o recinzioni speciali? Per quanti di loro? E soprattutto per quanto tempo? Perciò la strada del razzismo, dei ghetti, e anche quella dei “numeri chiusi” non solo è immorale e assurda, ma alla fine è impraticabile»². Un intervento profetico, che racchiude in poche righe gran parte di quelle che avremmo conosciuto successivamente come retoriche pubbliche usate per criminalizzare il mondo dell'immigrazione.

L'indomani, a Roma, il battesimo del movimento antirazzista in Italia.

Un movimento ampio e plurale, ma allo stesso tempo non organizzato e senza un'analisi solida e condivisa sul razzismo e una strategia comune su come combatterlo. Proprio nel 1989 l'Italia firma l'accordo di Schengen, entrando in quello spazio comune che era stato costituito il 14 giugno 1985 nella cittadina olandese, al quale avevano dato vita inizialmente Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Olanda. La libertà di movimento in Europa diventa una realtà anche per gli italiani. Le frontiere però continueranno a essere un ostacolo per gli stranieri, la cui mobilità sarà limitata negli spazi dei territori nazionali, e regolata da leggi tutte diverse tra loro.

L'8 dicembre 1989 a Firenze si riunisce la prima Convenzione nazionale antirazzista. Un tentativo, riuscito nella partecipazione, meno riuscito per la capacità di raccogliere la grande spinta emersa nella manifestazione del 7 ottobre dello stesso anno. Il 14 dicembre dello stesso anno, il Governo vota il decreto legge n. 416, che sarà convertito in legge n. 39 il 28 febbraio del 1990, nota come legge Martelli.

Il testo reca “Norme urgenti in materia di asilo politico, d'ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato. Disposizioni in materia di asilo” (GU Serie Generale n. 49 del 28.2.1990).

L'entrata in vigore della legge Martelli coincide con la seconda importante sanatoria per un totale di 215mila domande accolte e introduce per la prima volta in Italia una disposizione in materia di diritto d'asilo, superando la riserva di legge, che prevedeva che solo le persone provenienti dai Paesi dell'est Europa potessero presentare domanda d'asilo in Italia.

Prosegue tuttavia l'approccio emergenziale, che prevede emersioni *una tantum* dalla irregolarità amministrativa (assenza di titolo di soggiorno), legate al

2. <https://archivio.unita.news/issue/1989/10/06>.

lavoro, senza alcuna previsione di ingresso per ricerca di lavoro e nessuna forma di emersione permanente, in presenza ad esempio di un contratto di lavoro.

In questo sistema, ancora oggi dopo 30 anni non superato, risiede forse il principale difetto della legislazione sull'immigrazione italiana, con conseguenze negative in tutti gli ambiti del rapporto tra società e persone di origine straniera.

1.2. L'emergenza permanente e la debolezza del movimento per i diritti degli stranieri

Le regolarizzazioni, sanatorie o emersioni, si sono succedute negli anni ed hanno rappresentato la principale via per ottenere un titolo di soggiorno stabile per lavoro per gran parte degli stranieri oggi presenti in Italia.

Lo stesso Decreto Flussi, introdotto, insieme alla programmazione triennale degli ingressi, come strumento principale per consentire gli ingressi per lavoro, attraverso un meccanismo impraticabile d'incontro tra domanda e offerta di lavoro a distanza, su scala planetaria, diventerà negli anni una modalità per far emergere rapporti di lavoro già in essere³.

Anche il soggiorno per ragioni familiari, probabilmente la seconda tipologia di titolo di soggiorno per numero di permessi rilasciati, è quasi esclusivamente (salvo i casi di rifugiati, molto limitati) legato a un permesso per lavoro. In particolare i figli d'immigrati, nati o cresciuti in Italia, sono sempre collegati al permesso per lavoro di uno dei genitori.

Ecco perché le sanatorie hanno rappresentato, e purtroppo ancora oggi rappresentano, praticamente l'unico accesso ad un titolo di soggiorno stabile nel nostro Paese.

Una via d'accesso che determina una relazione sbagliata tra gli stranieri e la pubblica amministrazione, nel percorso d'inclusione sociale e lavorativa degli immigrati e delle immigrate.

Vivere per un lungo periodo senza un titolo di soggiorno, avviando, nella maggior parte dei casi, un rapporto di lavoro irregolare, in attesa di una regolarizzazione, comporta una relazione diseguale, dove lo straniero è in posizione di fragilità sociale e ricattabile sul piano lavorativo. Se rischi di essere espulso non puoi batterti per i tuoi diritti, non sei un cittadino come gli altri.

3. Ancora oggi in Italia si entra solo a seguito del rilascio di un nulla osta che prevede l'esistenza di un contratto di lavoro già sottoscritto dalle parti e che quindi consente l'ingresso solo a chi un lavoro lo ha già e non a chi lo cerca. Una finzione, quella dell'incontro a distanza tra domanda e offerta di lavoro, che ha obbligato negli anni gli stranieri che entravano per ragioni diverse dal lavoro o eludendo i controlli alla frontiera, a tornare a casa facendo finta di arrivare in Italia a seguito della richiesta del datore di lavoro, in realtà avendo già avviato un'attività lavorativa "in nero" anche per lunghi periodi.

Un processo d'inferiorizzazione che ha determinato anche un atteggiamento di crescente razzismo degli italiani, anche per l'assenza di un protagonismo politico delle persone d'origine straniera, da ricondurre in parte a questa fragilità sociale.

Questa è la ragione per la quale il movimento antirazzista italiano, nato con la grande manifestazione del 7 ottobre 1989, ha trovato unità e forza, proprio nelle vertenze per l'emersione del lavoro irregolare.

Ma è anche la ragione della sua debolezza. Un movimento che si esprime quasi esclusivamente per chiedere interventi emergenziali, non riesce a dar vita a soggetti autorevoli e stabilmente presenti nel dibattito pubblico.

Inoltre, la fragilità sociale e la ricattabilità di gran parte degli stranieri, dovuta anche a una grande discrezionalità della macchina amministrativa nella gestione del rapporto con gli stranieri⁴, ha impedito un protagonismo politico e sociale senza il quale difficilmente si può immaginare un avanzamento dei diritti degli stranieri. Paradossalmente all'inizio del processo d'inserimento degli stranieri nella nostra società, negli anni Novanta, un numero minore di stranieri e, soprattutto, un numero molto inferiore di giovani cresciuti in Italia, ha determinato un protagonismo maggiore nelle battaglie e nelle vertenze per i diritti degli immigrati di gruppi, organizzati e non, di origine straniera.

Una debolezza che ha prodotto anche una grande frammentazione e l'incapacità di determinare cambiamenti reali.

La combinazione dell'assenza di un soggetto politico che scelga con determinazione il terreno dei diritti degli stranieri come asse politico culturale della propria identità, la fragilità del mondo dell'immigrazione e la frammentazione delle associazioni e dei sindacati in quest'ambito, ha prodotto un riformismo di segno negativo: ad ogni modifica legislativa, senz'altro a partire dal 1998, cioè dopo l'approvazione del TU sull'immigrazione (*ex legge* 286/98, detta Turco-Napolitano) le riforme che si sono susseguite, quasi sempre sotto l'argomento della sicurezza, hanno sottratto diritti agli stranieri e reso sempre più difficile la loro relazione con la macchina dello Stato in tutte le sue articolazioni.

Anche le campagne che negli anni sono state portate avanti dalle associazioni, dai movimenti e dai sindacati mostrano questa frammentazione e la tendenza a inseguire le emergenze.

Dopo la manifestazione del 1989, la reazione all'omicidio di Jerry Masslo, produce anche una proposta provocatoria come il Villaggio della Solidarietà di Villa Literno.

Siamo nell'estate del 1990 e migliaia di lavoratori stranieri si affollano nelle campagne del casertano per la raccolta del pomodoro, ricattati dai caporali

4. Come ha spiegato bene Angelo Caputo (*Diritto e Procedura Penale dell'immigrazione*, Giappichelli, 2006) la legislazione per gli stranieri è probabilmente la più instabile dal dopo guerra a oggi, con continue modifiche e una progressiva amministrativizzazione dei diritti.

e senza alcun legame con il territorio. Davanti il cimitero dove è seppellito Jerry Masslo, ogni notte migliaia di persone dormono per terra.

Dall'altro lato della strada il Villaggio ne accoglie alcune centinaia. A essi offre un pasto caldo, un posto in una tenda, docce e bagni. Nel Villaggio si parlano tutte le lingue e si cerca di aiutare le persone anche a ottenere un permesso di soggiorno e i loro diritti. Lo Stato è assente e sono l'associazionismo e il sindacato a dimostrare, con quell'iniziativa, che si può attivare un intervento mirato, volto a riconoscere i diritti e la dignità dei lavoratori che raccolgono i pomodori.

Ma siamo solo all'inizio di un lungo cammino costellato d'ingiustizie e razzismo. Nel giugno del 1990 si tiene a Roma, promossa dall'allora Ministro Martelli, la Prima Conferenza Nazionale sull'Immigrazione, alla quale prendono parte molti rappresentanti di associazioni del mondo dell'immigrazione.

Tra la fine del 1990 e l'inizio del 1991 a Roma, presso un grande stabile occupato, la Pantanella non lontano dalla stazione Termini, si consuma una delle prime tragedie del diritto all'abitare per i lavoratori di origine straniera che, in assenza di una risposta pubblica, si concentrano in immobili in disuso e diventano oggetto di razzismo e degli "interventi dimostrativi" da parte dello Stato. Incendi, sgomberi da parte della polizia e violenze razziste inaugurano la stagione della criminalizzazione dell'immigrazione.

1.3. *La criminalizzazione dell'immigrazione e le retoriche pubbliche*

Negli anni Novanta, sia a seguito della guerra nella ex Jugoslavia, sia per le conseguenze del progressivo scioglimento dei regimi dell'est Europa, arrivano in Italia persone provenienti da quei Paesi le cui frontiere, prima della caduta del muro di Berlino, erano difficili da attraversare. In particolare l'Albania diventa per alcuni anni il Paese di maggior flusso migratorio verso l'Italia. Un piccolo Paese, legato storicamente all'Italia, sottoposto a più riprese a crisi politiche ed economiche, molto vicino alle nostre coste adriatiche, dal quale partiranno alcune centinaia di migliaia di persone nel decennio che va dal 1990 al 1999. Su di loro, per tutti gli anni Novanta, si concentrerà buona parte del razzismo italiano.

All'inizio di questo processo di "costruzione del nemico", la società ha ancora degli anticorpi: il 23 maggio del 1991 a Roma scendono per strada migliaia di persone, tante organizzazioni e persone di origine straniera, con lo slogan "I diritti non hanno colore".

Davanti agli occhi dell'Italia e del mondo intero, l'8 agosto 1991, migliaia di persone dall'Albania, stipate su una nave, la *Vlora*, sbarcano a Bari e vengono rinchiusi nello stadio in condizioni indecenti.

La sottrazione di umanità agli stranieri si alimenta d'immagini pubbliche che ne favoriscono una rappresentazione massificata: si tratta di numeri, non

di esseri umani. Numeri che sono sempre enormi, insopportabili. La retorica dell'invasione comincia a farsi strada nel dibattito pubblico e a costruire il fosso che si allargherà sempre di più tra la realtà e la sua rappresentazione.

Un razzismo che farà riemergere, dopo qualche anno di relativa assenza dallo spazio pubblico, organizzazioni di estrema destra, con espliciti riferimenti politico culturali al fascismo e al nazismo.

Agli atti di razzismo dei (pochi⁵) neo-fascisti, corrisponde una grande reazione delle organizzazioni sociali e della società civile. Il 25 gennaio del 1992, a Milano, scendono in piazza più di 100mila persone a seguito di numerosi attacchi razzisti, da parte di gruppi di estrema destra, nei confronti della comunità ebraica, dei campi rom e degli stranieri.

Il razzismo, che è parte fondamentale di ogni ideologia reazionaria e di destra, ogni qual volta si ripresenta nella società, riparte sempre dall'antisemitismo, e si allarga immediatamente agli stranieri e alla minoranza più perseguitata, quella dei rom, sinti e camminanti.

Proprio per porre freno al razzismo e alle diverse forme di discriminazione, in un clima di attacco alle minoranze su citate, il Governo nel 1993 approva la legge 205/1993, nota come legge Mancino, dal nome dell'allora Ministro dell'interno.

Una legge che ancora oggi rappresenta uno strumento utile per arginare il razzismo.

Ma non basta una legge. Gli episodi di violenza e gli attacchi agli immigrati e ai rom caratterizzano la vita pubblica dell'Italia, da nord a sud, con una particolare concentrazione al nord, dove il soggetto politico nato con l'obiettivo della secessione, la Lega Nord, investe gran parte delle sue energie nell'alimentare odio e rancore nei confronti degli stranieri e delle minoranze.

In quegli anni, in particolare nel 1992, il Parlamento approva anche una brutta riforma della legge sulla cittadinanza, la legge n. 91. Una legge che, sostituendo una vecchia norma datata 1912, anziché guardare al futuro, introduce condizioni e ostacoli che rendono difficile l'accesso alla cittadinanza, e consegna, quasi esclusivamente nelle mani della pubblica amministrazione, in particolare delle prefetture e del Viminale, la discrezionalità sulle decisioni riguardanti la naturalizzazione di uomini e donne di origine straniera, presenti in Italia da almeno 10 anni.

Mentre sul piano nazionale la legislazione e il dibattito pubblico procedono a grandi passi sulla strada del razzismo istituzionale e in parallelo del "razzismo democratico"⁶, sul territorio si sperimentano esperienze avanzate di

5. Si veda l'articolo di Manconi L., Balbo L., *I tanti, i molti, i pochi*, all'indomani della manifestazione di Milano del 25 gennaio 1992 – «L'Unità», 26.1.1992, disponibile qui: https://archivio.unita.news/assets/main/1992/01/26/page_001.pdf.

6. Si veda Faso G., *Lessico del razzismo democratico*, DeriveApprodi, 2010.

partecipazione e inclusione sociale, figlie di dinamiche sociali che vedono protagonisti amministratori competenti e associazionismo responsabile.

A Nonantola, provincia di Modena, per la prima volta nel 1994, si eleggono i Consiglieri Comunali Aggiunti. Si tratta di esperienze di partecipazione pubblica, che presto saranno riproposte in altri comuni, propedeutiche al voto amministrativo per gli stranieri residenti.

Il 25 febbraio del 1995 una grande manifestazione contro il razzismo per le vie di Roma, precede la terza sanatoria della storia dell'immigrazione in Italia, votata attraverso un decreto legge dal Governo Dini, che consente la presentazione di 244mila domande, oltre ad inasprire le regole per l'espulsione.

A luglio viene inaugurato quello che sarà uno degli appuntamenti principali del movimento antirazzista italiano e non solo. In Toscana, lungo la costa che d'estate ospita tanti lavoratori d'origine straniera, africani e non solo, a Cecina (LI), l'ARCI, con il contributo decisivo del gruppo di militanti antirazzisti di *Neroenonsolo*, organizza il primo Campeggio Antirazzista, che diventerà negli anni successivi, ed è ancora oggi, il Meeting Internazionale Antirazzista (MIA).

Nell'ottobre dello stesso anno, 1995, a Napoli si costituisce la Rete Antirazzista, una delle prime esperienze di rete nazionale alla quale, negli anni che seguono, faranno riferimento gran parte delle campagne e degli spazi di iniziativa comune del mondo dell'associazionismo che opera sul terreno dei diritti degli stranieri e della lotta al razzismo.

Nel 1997, mentre il Parlamento e la maggioranza di centro sinistra del primo Governo Prodi discutevano di quella che sarebbe diventata la prima legge quadro, ancora vigente, sull'immigrazione (TU n. 286/98 conosciuta come Turco-Napolitano), la Rete Antirazzista promuove la raccolta firme per arrivare a tre leggi di iniziativa popolare che avrebbero dovuto rappresentare una svolta nelle politiche dell'immigrazione. Il diritto di voto amministrativo per gli stranieri residenti, il trasferimento delle competenze dalle questure agli enti locali e la riforma della cittadinanza.

Purtroppo, anche per divisioni interne al mondo dell'associazionismo, legate in parte al dibattito in corso sulla proposta di legge di riforma dell'immigrazione, le firme necessarie, 50mila, non vengono raggiunte⁷. Si arena un tentativo di strutturare un movimento antirazzista e per i diritti degli stranieri sulla base di una proposta complessa, non emergenziale, che puntava a rendere normale, civile, il rapporto tra stranieri e Stato.

Il parlamento discute e approva, non senza polemiche e contraddizioni, il TU sull'immigrazione, legge 40/1998, che sarà per gli anni successivi, e ancora oggi, la legge quadro di riferimento, legata ai nomi degli allora titolari del Ministero della solidarietà sociale e dell'interno, Livia Turco e Giorgio Napolitano.

7. Si arriverà, alla fine dei 6 mesi previsti dalla legge, solo a 15mila firme.

Alla riforma, che introduce per la prima volta in Italia la detenzione amministrativa⁸ (si chiameranno per molti anni Centri di Permanenza Temporanea) per gli stranieri in attesa di rimpatrio, e una disciplina delle espulsioni poco o per nulla attenta ai diritti degli immigrati, ma anche l'art. 18 che consente l'implementazione di programmi di sostegno alle vittime di tratta ed il rilascio, per quest'ultime, di un titolo di soggiorno *ad hoc* a seguito di una denuncia, seguirà ancora una volta un provvedimento di sanatoria, la quarta, con 217mila domande.

Dall'approvazione del TU sull'immigrazione, per molti mesi, e poi anche negli anni successivi, il movimento antirazzista sarà impegnato a impedire l'apertura dei CPT e a cercare di scardinarne la logica di separazione e concentrazionaria.

I CPT e la logica della detenzione amministrativa, in attesa del rimpatrio forzato, diventeranno parte determinante dell'ideologia proibizionista che pervade la politica sull'immigrazione. Gli sforzi dei Governi, le riforme che si succedono negli anni, perfino il dibattito europeo sull'immigrazione, nonostante i risultati stabilmente scadenti, ruoteranno attorno al tema dei rimpatri e quindi anche della necessità di allargare lo spazio della detenzione amministrativa. L'idea dei campi, del contenimento e del controllo, informerà per decenni le politiche sull'immigrazione, nella convinzione che la gestione dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sia riconducibile al controllo, e quindi alla sanzione per chi non rispetta le regole.

L'idea che le regole non siano praticabili, mancando un canale d'accesso per la ragione principale per la quale le persone si muovono e si insediano in un Paese straniero, ossia per ricerca di lavoro, non sembra avere mai fatto breccia nella testa dei decisori politici, dei Governi e dei Parlamenti, se non in pochi e limitatissimi casi.

Le conseguenze di questa scelta nel tempo hanno mostrato non solo la loro inutilità, ma anche la loro cattiveria gratuita.

Nella notte tra il 28 ed il 29 dicembre del 1999, al Centro di Permanenza Temporanea Serraino Vulpitta di Trapani, dopo un tentativo di fuga sedato duramente dalle forze dell'ordine, un gruppo di immigrati viene rinchiuso in una sola camerata ed uno di loro da fuoco ai materassi in gommapiuma ed ai lenzuoli di carta che costituiscono l'arredo della cella. A seguito del rogo, durato alcune decine di minuti, muoiono tre immigrati tunisini mentre altri tre, gravemente ustionati, moriranno in ospedale a Palermo nei mesi successivi.

8. Nel dibattito che porta alla stesura e approvazione finale della legge 40/98, poi d.lgs. 286/98, la scelta dei CPT è presentata da una parte come necessaria per rispettare una presunta quanto improbabile legislazione europea, e dall'altra per consentire l'introduzione del diritto di voto amministrativo, che sarà stralciato alla fine per le paure elettorali, che già allora orientavano gran parte delle scelte del centro sinistra in questo ambito.

L'abrogazione della detenzione amministrativa, insieme alle battaglie per l'emersione dall'irregolarità, diventa il filo conduttore di tutte le mobilitazioni locali e nazionali.

Intanto l'Unione europea cerca una linea di condotta comune su immigrazione e asilo, obiettivo che negli anni si dimostrerà sempre più improbabile, e a Tampere il 15 e 16 ottobre 1999, scrive un documento nel quale tiene insieme il tema della sicurezza, quello della libertà e quello della giustizia. Il primo capitolo dei "Capisaldi di Tampere" è proprio la "Politica comune dell'UE in materia di Asilo e Migrazione"⁹.

Negli anni a venire, l'intento di rendere coerenti, se non omogenee, le politiche sull'immigrazione, si concentrerà sempre più sulla riduzione dei diritti e sugli strumenti di controllo, respingimento ed espulsione. Le regole per l'ingresso e il soggiorno, soprattutto in materia d'immigrazione per lavoro, salvo che per settori particolari e molto limitati, risentiranno della crescente campagna di criminalizzazione degli stranieri che, lentamente e parallelamente, diventerà il cavallo di troia della destra xenofoba e razzista in tutta l'UE.

Nel luglio del 2001 a Genova, il movimento per la giustizia globale¹⁰, in concomitanza con l'incontro dei capi di Stato e di Governo dei Paesi più ricchi e potenti del pianeta, il cosiddetto G8, scende in piazza a Genova con il Social Forum Mondiale. Le mobilitazioni si aprono il 17 di luglio con una manifestazione per i diritti degli immigrati e contro il razzismo, per fermare la proposta di legge Bossi-Fini, che sarà approvata l'anno successivo.

Da quella mobilitazione nascerà poco dopo il Tavolo Migranti del Social Forum che, per qualche tempo, rappresenterà uno spazio collettivo d'iniziativa politica locale, nazionale e internazionale, al quale parteciperanno soggetti anche molto diversi tra loro.

È l'inizio di una nuova stagione politica, quella dei Social Forum, che vedrà l'emergere anche di un nuovo protagonismo dei militanti d'origine straniera.

L'11 settembre 2001, in diretta mondiale, milioni di persone assistono all'evento che ha segnato l'inizio del nuovo millennio, sia sul piano delle relazioni internazionali che su quello dei rapporti di forza: l'attentato alle torri gemelle, a New York. Gli Stati Uniti, e con loro tutto il mondo occidentale, scoprono di non essere immuni dalla logica di guerra e violenza.

9. www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm.

10. Il primo Forum Sociale Mondiale si svolse a Porto Alegre (Brasile) dal 25 al 30 gennaio 2001. Lo *slogan* del movimento dei Social Forum in tutto il pianeta era: Un altro mondo è possibile! L'Italia per anni è stata protagonista, con associazioni laiche e religiose, sindacati, movimenti e singoli militanti, di un movimento che si era posto, fin dalla sua nascita, l'obiettivo di avanzare proposte alternative, oltre che di contestare l'incontrovertibilità dell'ideologia liberista. A Porto Alegre nel 2001 la seconda delegazione, dopo quella brasiliana, con più di 1000 presenze su 52mila partecipanti di 120 Paesi, era proprio quella italiana. www.treccani.it/enciclopedia/forum-sociale-mondiale.

S'innescava una reazione di chiusura e di paura, alimentata strumentalmente dalle destre xenofobe, che porta con sé un forte aumento del razzismo e in particolare di campagne contro i musulmani.

In Italia la reazione al razzismo dilagante, soprattutto nei commenti politici e sulla stampa, è forte e il 19 gennaio del 2002 più di 150mila persone scendono in piazza, a Roma, contro la criminalizzazione degli stranieri e il razzismo, oltre che contro l'approvazione della Bossi-Fini.

Il 30 luglio 2002 in Parlamento, la maggioranza di centro destra, approva in via definitiva la legge 189, la Bossi-Fini appunto, dal nome dei *leader* delle due forze politiche di estrema destra che l'hanno fortemente voluta, Lega Nord e Alleanza Nazionale. Gli ultimi due articoli di quell'orrenda legge, per ragioni imperscrutabili, giacché si tratta di una riforma fatta per sottrarre diritti agli stranieri, introducono formalmente tra i servizi dello Stato il Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati (SPRAR) e il Fondo Nazionale per le Politiche e i Servizi dell'Asilo (FNPSA). Un passo avanti importante per il diritto d'asilo e l'accoglienza in Italia che, negli anni a seguire, diventerà uno degli argomenti principali del dibattito pubblico sull'immigrazione.

Come in altre occasioni, alla riforma è collegato un provvedimento di emersione dell'irregolarità e del lavoro nero, il quinto, che, paradossalmente, trattandosi di una maggioranza che usa il razzismo come strumento fondante della propria identità, sarà la più grande sanatoria italiana e forse di tutta Europa, con circa 650mila domande accolte.

Le associazioni e i movimenti contro il razzismo tenderanno di opporsi a quella che è considerata giustamente una pagina buia del diritto e della civiltà dei diritti, con pesanti conseguenze, ancora oggi, sulla vita di milioni di persone di origine straniera, ma senza successo¹¹.

Dal 6 al 10 novembre dello stesso anno, il 2002, a Firenze si svolge il Forum Sociale Europeo. Per le iniziative del Tavolo Migranti e dei soggetti impegnati nella promozione e tutela dei diritti degli stranieri, si tratta di un appuntamento importante per costruire un movimento ampio e radicato sul territorio, in tutti i Paesi europei e non solo.

Tra i tanti risultati degli eventi in programma nell'FSE di Firenze, è utile ricordare la nascita della rete Migreurop¹². Rete euro africana, costituita da associazioni e singoli studiosi e militanti, per analizzare, denunciare e contrastare la logica di contenimento e separazione degli stranieri, a partire dalla proliferazione della detenzione amministrativa e dall'esternalizzazione delle frontiere.

11. Oltre alle tante mobilitazioni per impedire l'approvazione della Bossi-Fini, è utile ricordare gli eventi promossi da Magistratura Democratica, ASGI, ARCI, Gruppo Abele e Giuristi Democratici, attraverso l'appello "Per una legislazione sull'immigrazione giusta ed efficace", pubblicato il 30 maggio del 2002.

12. www.migreurop.org.

Migreurop diventerà ben presto un punto di riferimento importante per il movimento antirazzista europeo e italiano, anche per la mappa dei centri di detenzione che pubblicherà ogni anno e che diventerà, dal 2009, anche un testo di geografia critica delle politiche dell'immigrazione¹³.

Nonostante i buoni propositi scritti nelle conclusioni di Tampere, i primi anni del nuovo millennio sono caratterizzati da una vera e propria ossessione per il controllo e la chiusura delle frontiere.

L'ideologia proibizionista, basata sull'imperativo di impedire nuovi ingressi, pervade le decisioni dell'UE e oltre ad alimentare gli affari connessi all'attraversamento delle frontiere, produce lavoro nero, sfruttamento e razzismo, anche a causa di un aumento della marginalità sociale degli stranieri legata al loro lungo periodo di irregolarità.

Si moltiplicano Direttive, documenti ufficiali e strumenti operativi per controllare le frontiere, respingere e rimpatriare, inclusi gli accordi con i Paesi d'origine, attraverso i quali si andrà definendo una nuova forma di colonialismo legato alle politiche di controllo dell'immigrazione.

I Governi si trovano d'accordo solo sulle scelte che vanno nella direzione di impedire l'immigrazione. Una politica che pian piano diventa uno degli assi portanti della stessa identità dell'UE.

Nel 2003 in Italia viene lanciata la campagna sul diritto d'asilo promossa da ICS, Amnesty International e Medici Senza Frontiere: *Diritto d'Asilo, una questione di civiltà*. L'Italia, nonostante l'art. 10 della Costituzione, è ancora un Paese senza una legge sui rifugiati e tale rimarrà fino ai giorni nostri. Saranno le Direttive approvate proprio in quegli anni dall'UE a definire un quadro di regole per l'accesso al diritto d'asilo, l'accoglienza e l'introduzione di un titolo di soggiorno condiviso, la protezione internazionale, per tutti i Paesi membri. Un quadro frammentato che lascia ai singoli governi la definizione di procedure e strumenti definiti e che è ben rappresentato dal Regolamento Dublino¹⁴, che di fatto attesta la scelta di non avere una politica comune d'asilo e di negare un principio di solidarietà tra Stati che, ben presto, porterà a conflitti e alla rincorsa a politiche di progressiva chiusura verso il diritto d'asilo.

Nel 2006, il Governo Prodi 2 appena insediato, Ministro dell'interno Giuliano Amato, nomina una Commissione d'indagine sui CPT, con funzionari del Viminale ed esponenti dell'associazionismo impegnato in quest'ambito, presieduta da un autorevole funzionario delle Nazioni Unite, l'italo svedese Staffan De Mistura. Nel febbraio del 2007 la Commissione De Mistura pre-

13. *Atlas des Migrants en Europe*, www.migreurop.org/article1478.html?lang=fr.

14. Il Regolamento Dublino, che definisce lo Stato di primo ingresso quale responsabile della domanda d'asilo e dell'accoglienza del rifugiato, è stato firmato nel 1990 come Convenzione di Dublino, entrato in vigore in 12 Paesi nel 1997. Diventerà Regolamento dell'Unione nel 2003 con l'entrata in vigore della sua II versione. Nel 2013 sarà approvata un'ulteriore riforma (Regolamento Dublino III) che è ancora in vigore.

senterà una Relazione finale nella quale si afferma, sulla base dei dati raccolti e dell'esperienza di alcuni anni di ricorso alla detenzione amministrativa, che quest'ultima è irrilevante per l'efficacia del rimpatrio, che è più efficace quando si ricerca la collaborazione dello straniero, rimpatrio volontario assistito, ad esempio ricorrendo alla cancellazione del divieto di reingresso¹⁵.

L'11 dicembre del 2006 a Erba, provincia di Como, 4 persone vengono trucidate in una strage che, per molti giorni, sarà sulle prime pagine di tutti i giornali, alimentando nel Paese un'altra ondata di odio e razzismo.

Si scoprirà presto che il presunto colpevole, Azouz Marzouk, marito e padre di due delle 4 vittime, sul quale si è concentrata a lungo l'attenzione di polizia e stampa, non era neanche in Italia. Da quella strage, con la campagna razzista che ne è seguita¹⁶, grazie all'iniziativa dell'allora portavoce dell'UNHCR, Laura Boldrini, poi diventata presidente della Camera, nacque la Carta di Roma, un codice deontologico per giornalisti sulla correttezza del linguaggio in tema di immigrazione, diritto d'asilo e minoranze.

Dalla Carta di Roma, nel dicembre del 2011, nasce l'omonima associazione, fondata dall'Ordine dei Giornalisti e dalla Federazione Nazionale della Stampa Italiana, insieme a molte organizzazioni del Terzo settore impegnati nella battaglia culturale e politica contro il razzismo e per i diritti dei migranti e delle minoranze¹⁷.

In preda alla furia securitaria, di sicuro impatto mediatico, il Ministro dell'interno leghista, Roberto Maroni, nell'estate del 2008, annuncia di voler prendere le impronte digitali a rom e sinti che vivono nei campi delle principali città, minorenni inclusi. L'8 luglio 2008 l'ARCI organizza, in piazza dell'Esquilino, nella Roma di Alemanno che sostiene questo progetto infame, una manifestazione nella quale più di 3mila persone, tra queste molti volti noti del mondo della cultura e della politica¹⁸, si fanno prendere le impronte digitali per protesta: adesso schedate anche noi! Il capo del Viminale dirà di esser stato mal interpretato e la schedatura annunciata si fermerà, dopo le tante proteste organizzate in tutto il Paese.

15. www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/documenti/immigrazione/Rapporto_De_Mistura.html_1411422174.html.

16. Non si tratta né del primo, né dell'unico episodio di questo genere. Pochi anni prima, a Novi Ligure (Alessandria), il 21 febbraio 2001, un altro omicidio plurimo, si era trasformato per qualche giorno, in una campagna razzista contro "gli slavi". La verità si rivelò molto diversa e tragica per le responsabilità, e le bugie, della figlia delle vittime, Erika, e del fidanzato Omar.

17. www.cartadiroma.org.

18. <https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2008/07/08/tremila-in-piazza-schedate-anche-noi.html>.

2. Il razzismo al tempo della crisi (2009-2019)

«Gli avvenimenti di questi giorni, spesso amplificati e distorti dalla stampa, rischiano di riabilitare il razzismo come reazione legittima a comportamenti devianti e a minacce reali o presunte. Ma qualora nell’immaginario collettivo il razzismo cessasse di apparire una pratica censurabile per assumere i connotati di un “nuovo diritto”, allora davvero varcheremmo una soglia cruciale, al di là della quale potrebbero innescarsi processi non più governabili». Appello contro il razzismo di massa, 20 maggio 2008¹⁹.

Con queste parole nel 2008 alcuni attivisti e studiosi cercarono di lanciare l’allarme sulla gravità del processo di legittimazione culturale, politica e sociale del razzismo che stava radicandosi nel Belpaese tornato da pochi giorni ad essere governato dalle destre. Pochi giorni prima, in un Consiglio dei Ministri convocato in modo spettacolare nella Napoli travolta dalla crisi dei rifiuti, era stata presentata la prima bozza di quello che fu presentato come “il primo pacchetto sicurezza” del Governo Berlusconi IV.

A distanza di più di un decennio è impossibile non riconoscere la portata profetica di quell’appello: l’evoluzione degli eventi ha purtroppo superato di molto il tono accorato di quell’allarme.

Il decennio che abbiamo alle spalle è quello della grande crisi globale che ha sconvolto l’Italia e l’Europa minando fortemente le basi democratiche dell’una e dell’altra. È, il decennio in cui la “guerra tra poveri” è diventata la chiave di lettura (riduttiva) di un presunto conflitto inevitabile e insanabile tra i “diritti” e i privilegi dei cittadini “di sangue” italiani e europei e quelli delle persone che giungono da Paesi non europei poveri o in conflitto, indipendentemente dalle ragioni che li spingono a migrare. È il decennio in cui le più stridenti forme di discriminazione istituzionale sono state accompagnate dalla degenerazione profonda del dibattito pubblico e dalla proliferazione di atti e comportamenti xenofobi e razzisti nella società. Ed è il decennio in cui la crisi delle cosiddette primavere arabe, l’aggravarsi dei conflitti interni in alcuni Paesi africani e del Medio-Oriente, nonché i disastri ambientali prodotti dal cambiamento climatico, hanno alimentato le migrazioni forzate e una nuova crescita degli arrivi dei migranti via mare. Il numero di migranti sbarcati sulle nostre coste nel 2019 è del tutto simile a quello del 2009: dieci anni fa erano 9.573, nel 2019 sono stati 11.439. Tale “risultato” è stato raggiunto in modo forzoso, impegnando gran parte delle risorse diplomatiche, economiche, politiche e normative disponibili. Gli arrivi hanno conosciuto infatti un primo picco nel 2011 coinvolgendo 62.692 migranti e una crescita ancor più rilevante negli anni 2014-2017, quando sono arrivate rispettivamente 170.100, 153.842,

19. Il testo dell’appello è ancora disponibile qui: www.antigone.it/76-archivio/1949-appello-contro-il-razzismo-di-massa.

181.436 e 119.310 persone²⁰. E ciò è avvenuto nel contesto di una sostanziale chiusura delle frontiere europee ai cosiddetti migranti economici.

L'enfasi con la quale oggi l'attenzione collettiva viene posta sui cosiddetti "discorsi di odio" appare dunque tardiva e fuorviante, perché le retoriche ostili di oggi hanno radici culturali e sociali profonde. Ci parlano di una società incattivita, rancorosa e dannatamente frammentata, ma anche e soprattutto di una miopia istituzionale che nel corso degli anni, se da un lato non ha voluto nemmeno tentare di fermare la crescita delle diseguaglianze economiche e sociali che hanno colpito fasce sempre più ampie della popolazione, dall'altro ha scelto come unico ed esclusivo approccio al governo delle migrazioni quello securitario, degenerando, in questo modo, in una vera e propria *strategia della paura*. Questo paradigma culturale e le sue declinazioni sul piano normativo e politico hanno condizionato fortemente l'evoluzione del movimento antirazzista italiano ingabbiandolo (ma vi sono per fortuna delle eccezioni) in quella che potremmo definire la *trappola dell'emergenza permanente*, sbilanciando il suo intervento sul versante difensivo (quello della denuncia, della protesta e della solidarietà emergenziale) rispetto a quello proattivo (quello della proposta).

2.1. *Le responsabilità della politica*

Il decennio si apre con il Governo Berlusconi IV e con i numerosi provvedimenti adottati dal suo Ministro dell'interno Maroni, in molta parte imitati dai suoi più recenti successori. Il cosiddetto pacchetto sicurezza Maroni lascia infatti un'impronta indelebile sugli anni a venire. Non ci soffermiamo qui sulle specifiche norme che molto hanno complicato la vita dei cittadini stranieri nel nostro Paese, su cui si soffermano altri con voci ben più autorevoli delle nostre. Vogliamo invece evidenziare la forte scelta simbolica (rispetto alla quale non sono stati purtroppo fatti passi indietro negli anni successivi) di intervenire sulla condizione giuridica dello straniero con disposizioni inerenti alla sicurezza pubblica. Ciò ha contribuito a trasmettere con immediatezza all'opinione pubblica il messaggio che identifica l'origine dell'insicurezza sociale diffusa nella presenza di cittadini che, per il solo fatto di essere nati altrove, sono da considerarsi *soggetti propensi alla criminalità per natura*. L'uso tutto politico del diritto è giunto così a veicolare nell'opinione pubblica l'idea che l'intolleranza nei confronti dei cittadini stranieri, l'adozione di comportamenti discriminatori e, persino, le violenze razziste abbiano *una qualche ragion d'essere*.

Nel 2011 la proclamazione dell'Emergenza Nord-Africa dà invece l'avvio a una lunga fase di gestione emergenziale nell'ambito dell'accoglienza dei

20. Ministero dell'interno, *Cruscotto statistico giornaliero*. I dati del 2019 sono aggiornati al 27 dicembre.

migranti. La crisi economico-finanziaria pone fine al Governo delle destre nel novembre 2011. I Governi successivi fanno indubbiamente registrare un cambiamento della retorica pubblica sulle migrazioni, ma non hanno né il coraggio né la volontà politica di ribaltare gli assi delle politiche migratorie.

L'era del Governo Monti si apre, lo ricordiamo, con la strage razzista di Firenze del 13 dicembre 2011, quando Gianluca Casseri, ragioniere di cinquantacinque anni e neofascista dichiarato, uccide Mor Diop, cinquantaquattro anni, e Modou Samb, quarant'anni, e ferisce Moustapha Dieng, trentaquattro anni, il trentaduenne Mor Sougou e il quarantaduenne Cheikh Mbengue. La reazione del movimento antirazzista c'è, soprattutto grazie alla mobilitazione della comunità senegalese e delle associazioni antirazziste toscane che organizzano una manifestazione nazionale. Ma non è niente di paragonabile a quella organizzata in solidarietà con Jerry Masslo che aveva inondato le strade di Roma nel 1989. Tre giorni prima della strage di Firenze, a Torino, la falsa denuncia di violenza sessuale presentata da una sedicenne, che aveva accusato due rom, aveva innescato il rogo della Continassa, insediamento informale in cui vivevano alcune famiglie rom, nonché un clamoroso errore e le successive scuse ai lettori (ma non ai rom) di un importante quotidiano nazionale. L'intreccio tra la retorica politica, il ruolo svolto dall'informazione, la propaganda di vera e propria istigazione al razzismo e la violenza che portò alla distruzione dell'insediamento è stato messo in evidenza nella sentenza di condanna emessa in primo grado dal Tribunale di Torino qualche anno dopo e nella sentenza di secondo grado²¹.

Il ricordo di quanto avvenne a Torino e a Firenze è indispensabile per ricostruire il clima in cui si è aperta la fase che ha visto avvicinarsi il Governo "tecnico", tre Governi di centro-sinistra (Letta, Renzi, Gentiloni) e i due Governi Conte. L'entrata in carica del Governo "tecnico" prima e delle "larghe intese" poi, hanno mutato parzialmente il dibattito pubblico sulle migrazioni, ma non hanno rappresentato una rottura rispetto agli assi prioritari che hanno sorretto le politiche sulle migrazioni negli anni precedenti.

La crisi, la ricetta europea delle politiche di austerità e la temporanea perdita di credibilità e di consenso da parte della Lega Nord, a seguito dei numerosi episodi di corruzione che hanno coinvolto alcuni dei suoi principali esponenti, hanno contribuito a far sì che nel dibattito pubblico, soprattutto

21. La sentenza del Tribunale di Torino è stata pronunciata il 14 luglio 2015, la Corte d'appello si è pronunciata il 13 luglio 2018. Secondo il giudice di primo grado «L'atavico e mai sopito odio etnico nei confronti degli "zingari", portato alle estreme conseguenze, ha fatto sì che normali cittadini potessero in essere atti di disumana violenza verso il nucleo di rom accampati all'interno dell'area della Continassa, giungendo a bruciarne le baracche, ad inneggiare alla loro morte, a ritardare i soccorsi bloccando gli automezzi dei vigili del fuoco accorsi per spegnere il devastante incendio appiccato con torce ed accendini. Un episodio indegno che neppure le fotografie in atti riescono a rendere in tutta la sua brutalità».

mediatico, negli anni 2011-2014 i temi economici e sociali siano tornati a prevalere rispetto a quelli securitari, ai quali l'informazione e la comunicazione politica riferita ai migranti e alle minoranze sono state per lo più ricondotte. In questa fase, le discriminazioni e le diseguaglianze subite dai migranti e dalle minoranze, si sono collocate nel contesto di un più generale processo di erosione dei diritti e della cultura dei diritti che ha interessato, sia pure in forme e con tempi diversi, gran parte dei Paesi europei.

In un contesto come questo, la deriva populistica e xenofoba dell'opinione pubblica, cavalcata dai "soliti" leghisti e movimenti di estrema destra, ma più o meno velatamente assecondata anche da parte di sindaci più o meno democratici, ha potuto incontrare un radicamento crescente.

Il "prima gli italiani", parola d'ordine che fino alla fine degli anni 2000 era stata una prerogativa dell'elettorato leghista e di destra, negli anni successivi ha contaminato anche gran parte dell'opinione pubblica "democratica".

Il Governo Monti ha avuto senza dubbio il merito di segnare una cesura, sul piano della retorica pubblica. Rispetto alle sistematiche iniziative di propaganda intraprese dal Governo Berlusconi contro i migranti e i rom, le dichiarazioni, gli annunci e le esternazioni pubbliche dei Ministri "tecnici", in prima fila la Ministra Cancellieri e il Ministro Riccardi, hanno cambiato segno, abbandonando l'approccio esclusivamente securitario, stigmatizzante e esplicitamente discriminatorio dei loro predecessori. Ma sul piano delle politiche, in primo luogo quello legislativo, i cambiamenti sono stati pochi o impercettibili. La derubricazione del razzismo a fenomeno "marginale" è esemplificata dalla decisione di ridurre in modo significativo nel 2012 le risorse destinate all'Unar, comprimendone anche gli organici. Lo stesso Governo e la relativa maggioranza hanno scelto di non concedere nessun passo in avanti alla riforma della legge n. 91/92 sulla cittadinanza, in questo purtroppo seguiti dai Governi successivi mostrando una subalternità al paradigma securitario imposto dalle destre in Italia e in Europa. Una sudditanza che si è esplicitata anche nella scelta di non reagire come sarebbe stato necessario e auspicabile agli attacchi violenti scagliati contro la Ministra Kyenge, prima ministra "nera" della Repubblica del Governo Letta, e la ex Presidente della Camera Laura Boldrini.

Potremmo affermare che proprio gli attacchi verbali contro queste due donne al potere (fatto inconsueto nel nostro Paese) rappresentano simbolicamente l'inizio di quella regressione culturale che negli anni successivi ha impregnato il dibattito pubblico di retoriche violente, sessiste, xenofobe e razziste a tutti i livelli.

In un Paese civile, un vicepresidente del Senato che si permettesse di paragonare un ministro a un orango, secondo le più radicate e antiche tradizioni del razzismo biologico classico, sarebbe indotto a dimettersi, a prescindere dai contenuti dei regolamenti parlamentari. In Italia questo non è successo. D'altra parte, l'istituzione della Commissione parlamentare Joe Cox da parte della ex

Presidente della Camera ha costituito un'iniziativa istituzionale di rilievo, ma non ha trovato l'attenzione politica e mediatica che avrebbe meritato²².

Nel 2013 la strage che ha provocato la morte di 366 migranti nei pressi di Lampedusa, ha riportato bruscamente l'attenzione pubblica sulle migliaia di persone che, non potendo fare altrimenti, tentano di raggiungere l'Europa via mare. L'allora Presidente del Consiglio Letta decise di varare, pochi giorni dopo, la missione italiana di ricerca e salvataggio in mare *Mare Nostrum*, che consentì, secondo quanto affermato dall'allora Ministro dell'interno Alfano, di salvare in un anno la vita di circa 100mila persone.

A distanza di sette anni, possiamo dire che *Mare Nostrum* rappresenta forse l'unica scelta significativa di discontinuità istituzionale varata dall'Italia nel segno della garanzia dei diritti umani dei migranti. Una scelta che fu rapidamente affossata: la missione fu chiusa solo un anno dopo il suo varo, sotto il Governo Renzi, perché considerata "troppo costosa". A tale esito contribuirono anche le pressioni di alcuni esperti delle agenzie internazionali, Frontex in primo luogo, che accusarono l'Italia di incoraggiare tramite *Mare Nostrum* le partenze dei migranti.

Tra la fine del 2013 e il 2015 la crescita degli arrivi dei migranti lungo la rotta del Mediterraneo centrale e la rotta balcanica ha portato al culmine la crisi politica dell'Europa e il conflitto tra i Paesi membri. L'Italia, insieme alla Grecia, ha subito le maggiori conseguenze del fallimento di una politica europea comune in materia di asilo, ma soprattutto del mantenimento in capo ai singoli Governi delle competenze in materia di politiche migratorie²³.

Gli arrivi in Italia via mare dalle coste Nord-africane, in particolare libiche, hanno iniziato a crescere di nuovo già nella seconda metà del 2013.

Per far fronte alla crescita della domanda di accoglienza, le strutture emergenziali di accoglienza varate nel 2011 sotto l'Emergenza Nord-Africa (ENA) sono state in gran parte riconvertite in Centri di accoglienza straordinaria (CAS). Parallelamente il sistema di accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati

22. La *Commissione sull'intolleranza, la xenofobia, il razzismo e i fenomeni di odio* è stata insediata il 10 maggio 2016, con il compito di condurre attività di studio e ricerca su questi temi, anche attraverso lo svolgimento di audizioni. La Commissione, presieduta dalla Presidente della Camera, ha lavorato in una composizione "mista", includendo un deputato per ogni gruppo Parlamentare, rappresentanti di organizzazioni sopranazionali, di istituti di ricerca, di associazioni e la presenza di esperti. Il 20 luglio 2017 la Commissione Cox ha presentato alla stampa la sua *Relazione finale* che, oltre a un'analisi di dettaglio del sessismo, dell'omofobia, del razzismo e dell'antiziganismo veicolati attraverso la rete, propone, articolandola in 56 raccomandazioni, una vera e propria agenda di contrasto della violenza online. Si veda: Camera dei Deputati, XII Legislatura, Commissione "Joe Cox" su fenomeni di odio, intolleranza, xenofobia e razzismo, *Relazione finale*, 20.7.2017, disponibile qui: www.camera.it/leg17/1313.

23. Va tuttavia ricordato che negli stessi anni altri Paesi europei, in primo luogo la Germania, hanno accolto un numero di richiedenti asilo molto più alto rispetto all'Italia e alla Grecia.

pubblico gestito dai Comuni (SPRAR) è stato ampliato e in pochi anni è passato da una ricettività di 3mila posti (2011) ai più di 33.625 di oggi.

La creazione e l'espansione di un sistema sostanzialmente binario di accoglienza, quello "temporaneo" e emergenziale gestito dalle Prefetture, e quello ordinario (lo SPRAR), hanno aperto il varco a numerose violazioni dei diritti delle persone ospitate, all'ingresso nella gestione dei progetti di accoglienza di attori spesso privi della necessaria esperienza, ma molto interessati al profitto²⁴. Molti sono i casi di utilizzo improprio delle risorse pubbliche verificati dalla magistratura, ma l'indagine su "Mafia capitale" che ha portato ai primi arresti nel novembre 2014, ha rappresentato un momento cruciale²⁵. Da quel momento, chi ha voluto speculare sul piano politico sulle disfunzioni di un sistema di accoglienza, che nonostante i ripetuti annunci ha mantenuto un assetto emergenziale, ha avuto molte occasioni per farlo. Lampedusa, Mineo, Castelnuovo di Porto, Cona, Conetta, Gorino: sono solo alcuni dei centri che hanno avuto maggiore visibilità (negativa) nelle cronache degli anni 2013-2016. E solo nel 2016 sono stati più di 210 gli episodi di protesta più o meno spontanea documentati a livello locale contro la presenza o l'apertura di progetti di accoglienza²⁶.

Senza soluzione di continuità, dal 2013 al 2018, il tema al centro del dibattito politico e istituzionale è stato dunque quello del "contenimento degli arrivi" dei migranti, sia a livello nazionale che a livello europeo. L'*Agenda europea dell'immigrazione* proposta nel maggio 2015, definitivamente adottata nel settembre di quell'anno, risente di questa impostazione tentando una "distribuzione equa" dei richiedenti asilo tra i Paesi membri attraverso un piano di ricollocamenti che avrà un risultato ben lontano da quello auspicato. Ri-

24. È a nostro parere legittimo qualificare il sistema come binario laddove si strutturano due diverse tipologie di attori che governano le strutture di accoglienza che ospitano la gran parte dei richiedenti asilo e dei rifugiati: da un lato le Prefetture dall'altro i Comuni. I CARA hanno avuto nel corso degli anni una capienza limitata né d'altra parte possono essere definiti centri di accoglienza i CIE poi CPR e gli *hot-spot*. Con diversa accezione, riferita allo *status* giuridico delle persone ospitate, questa definizione è stata utilizzata da Monia Giovannetti in una recente analisi degli effetti della legge n. 132/2018 sul sistema di accoglienza. Si veda: Giovannetti M., *La frontiera mobile per l'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2019.

25. Per una ricostruzione dell'impatto dell'indagine sul sistema di accoglienza romano si veda Lunaria (a cura di), *Il mondo di dentro, Il sistema di accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati a Roma*, 2016, disponibile qui: www.lunaria.org/wp-content/uploads/2016/10/Il_mondo_di_dentro.pdf.

26. Si veda Lunaria (a cura di), *Accoglienza. La propaganda e le proteste del rifiuto, le scelte istituzionali sbagliate*, Roma, 2017 disponibile qui: www.lunaria.org/wp-content/uploads/2017/03/0FOCUS1_DEFINITIVO_13marzo.pdf. Nel dossier Lunaria ha documentato almeno 210 episodi di "rifiuto" dell'accoglienza avvenuti nel 2016 tra semplici dichiarazioni verbali di rilievo pubblico, strumenti della propaganda (manifesti, striscioni, volantini) e iniziative pubbliche (petizioni, lettere aperte, manifestazioni).

spetto ai 160mila ricollocamenti previsti, ancora nel maggio 2019 risultavano “impegni” per il ricollocamento di 34.710 persone²⁷.

Se l'accordo disumano stretto con la Turchia nel marzo 2016 ha temporaneamente scoraggiato le partenze dalla Turchia dirette in Grecia, l'Italia ha visto nuovamente aumentare il numero degli sbarchi nel 2017. In questo contesto si è collocato l'operato del Ministro dell'interno Minniti sotto il Governo Gentiloni.

Il Ministro ha presentato all'inizio del suo mandato le linee del suo programma su sicurezza e immigrazione²⁸. Rappresentato come una “svolta” dalla gran parte dei media *mainstream*, il cosiddetto “piano Minniti” ha riproposto in realtà una strada ampiamente percorsa in precedenza da Governi di destra e di sinistra. La vera novità rispetto al passato è che l'abile retorica con cui il Ministro ha annunciato un nuovo modello di “sicurezza integrata” di sinistra²⁹, fondato su “severità e accoglienza”, insieme ai numerosi provvedimenti che ha messo in campo nell'arco di pochi mesi in materia di immigrazione e sicurezza urbana, hanno trovato una debolissima opposizione all'interno del suo partito (non solo tra i dirigenti, ma anche tra i suoi militanti), hanno incontrato il sostegno della grandissima parte dei media *mainstream* e della più alta carica dello Stato e sono riusciti a fare breccia nel senso comune, facendone uno dei Ministri più popolari del Governo Gentiloni³⁰.

La strategia adottata dal Ministro per frenare la crescita di consenso delle destre italiane è molto semplice: fare proprie molte delle scelte da queste adottate (o proposte) in passato. In poco più di sette mesi, due decreti legge riformano la procedura di protezione internazionale, abolendo il secondo grado d'appello, restringono fortemente la tutela giurisdizionale dei richiedenti asilo

27. Si veda: European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council Progress report on the Implementation of the European Agenda on Migration*, 6.3.2019, disponibile qui: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20190306_com-2019-126-report_en.pdf.

28. Si veda, Damilano M., *Marco Minniti: Vi racconto il mio piano sicurezza. Che da oggi è una parola di sinistra*, «L'Espresso», 9.1.2017, disponibile qui: <http://espresso.repubblica.it/plus/articoli/2017/01/05/news/marco-minniti-vi-racconto-il-mio-piano-sicurezza-che-da-oggi-e-una-parola-di-sinistra-1.292954>.

29. «Da tempo ho un'idea: sfatare il tabù che le politiche di sicurezza siano “par excellence” di destra. È vero che spesso un impulso securitario nella società e nell'opinione pubblica produce uno spostamento a destra dell'elettorato, ma sono da sempre convinto che la sicurezza sia pane per i denti della sinistra. Le moderne politiche di sicurezza sono integrate: non solo repressione, come pensano le destre, non solo interventi di recupero sociale, come riteneva una parte della sinistra. E soltanto una cultura politica di sinistra riformista che non semplifica le risposte può mettere in campo il tentativo di una soluzione integrata alla domanda di sicurezza», Damilano M., *op. cit.*

30. Si vedano i risultati di un sondaggio di Ipsos pubblicati il 31.3.2017 sul «Corriere della Sera» disponibili qui: www.corriere.it/politica/17_aprile_01/minniti-piu-gradito-ministri-df24222c-164a-11e7-b176-94ba31b8546a.shtml?refresh_ce-cp.

e introducono il lavoro “volontario” per gli ospiti dei centri di accoglienza; resuscitano il sistema dei Centri di Identificazione e Espulsione (CIE) prevedendo che ve ne sia uno in ogni regione; stanziavano nuove risorse per le operazioni di rimpatrio e accrescono i poteri dei sindaci in materia di sicurezza urbana³¹. Sono stretti due nuovi accordi con i Ministri dell’interno del Ciad e della Libia, un’intesa con le Tribù del Fezzan del Sud della Libia e un memorandum d’intesa con il Governo libico di riconciliazione nazionale di Fayez Mustafa Serraj per ottenere una maggiore collaborazione nel controllo dei flussi migratori a Nord e a Sud del Paese. Sono inviate quattro delle dieci motovedette promesse alla Guardia costiera libica e viene ottenuto il consenso del Parlamento all’invio di navi della Marina militare in acque libiche a sostegno della sorveglianza dei mari e delle frontiere. Il Ministro incontra 13 sindaci della comunità costiera e del Sud della Libia al fine di fortificare i confini del Sud del Paese in cambio di risorse (200 milioni di fonte comunitaria) che si aggiungono a quelle promesse al Niger (50 milioni) allo stesso scopo³². Sono messe sotto ricatto le Ong che prestano soccorso in mare con l’imposizione di un Codice di condotta³³. Il tutto è supportato da una campagna di comunicazione aggressiva che è riuscita a rendere rovente un dibattito pubblico già sufficientemente polarizzato, legittimando come mai prima quel sentimento diffuso di intolleranza e ostilità contro i migranti e contro tutti i soggetti della società civile impegnati in interventi di solidarietà, che oggi è condiviso da un’ampia parte dell’opinione pubblica. A restare al palo, sacrificata sull’altare degli equilibri di maggioranza, è ancora una volta la riforma della legge sulla cittadinanza, nonostante le numerose iniziative pubbliche e di *advocacy* promosse dalla campagna *L’Italia sono anch’io* e dal movimento degli *italiani-senzacittadinanza* nel corso dell’intero 2017.

Una strategia perfetta per alimentare la xenofobia e il razzismo a livello sociale che, invece di erodere il consenso alle destre xenofobe, non fa altro che facilitare un loro ritorno al Governo. Il che accade, come noto, nel giugno 2018. Un mese prima, il 3 febbraio, nemmeno il *raid* compiuto da Luca Traini a Macerata (sei le vittime ferite) ha indotto il Ministro ad allontanare la propria retorica dagli argomenti securitari. Al contrario vi è stato il tentativo di

31. I due decreti sono stati convertiti in legge nell’aprile 2017. Si tratta della l. 13.4.2017, n. 46, di conversione, con modificazioni, del d.l. 17.2.2017, n. 13, recante *Disposizioni urgenti per l’accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell’immigrazione illegale* e della l. 18.4.2017 n. 48, di conversione con modificazioni del d.l. 20.2.2017 n. 14 recante *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città*.

32. Si veda: Ludovico M., *Minniti rilancia sulla Libia con una dote di 200 milioni, Ristretti orizzonti*, disponibile qui: www.ristretti.org/Le-Notizie-di-Ristretti/migranti-minniti-rilancia-sulla-libia-con-una-dote-di-200-milioni.

33. Si veda Nalletto G., “Il buio in fondo al tunnel”, in Lunaria (a cura di), *Cronache di Ordinario Razzismo, Quarto libro bianco sul razzismo in Italia*, Roma, 2017.

vietare una manifestazione nazionale antirazzista nella città³⁴. Il dibattito pubblico seguito ai fatti di Macerata ha contribuito non poco a favorire il successo delle destre nelle elezioni politiche del 4 marzo 2018.

Nel giugno 2018 ad occupare il Ministero degli interni giunge dunque colui che in pochissimi anni è riuscito a far dimenticare all'opinione pubblica i guai che hanno coinvolto il suo partito, proprio grazie ad una propaganda politica molto aggressiva che ha scelto come bersagli privilegiati i migranti, i richiedenti asilo, i rifugiati e i rom. Il nuovo Ministro non perde tempo e si attiva immediatamente utilizzando la sua consueta macchina comunicativa aggressiva per accompagnare provvedimenti amministrativi e normativi che nel corso di pochi mesi limitano profondamente i diritti dei richiedenti asilo e dei rifugiati.

Innanzitutto, porta agli estremi la scelta di bloccare gli arrivi dei migranti dal Sud del Mediterraneo chiudendo i porti italiani alle navi delle Ong impegnate in missioni Sar. Il 4 luglio 2018 diffonde una Circolare ministeriale con cui da indicazione ai Prefetti, ai Questori, alla Commissione nazionale per il diritto di asilo e ai presidenti delle Commissioni territoriali di “ridurre i casi di riconoscimento della protezione umanitaria”. Il 24 luglio 2018 emana una Direttiva che annuncia la riorganizzazione del sistema di accoglienza con l'obiettivo di “razionalizzarlo” e di “ridurne i costi”. Con decreto ministeriale del 20 novembre 2018, approva il nuovo *Schema di capitolato di gara di appalto riguardante la fornitura di beni e servizi per la gestione e il funzionamento dei centri di prima accoglienza*³⁵. Grazie alla riduzione forzosa della domanda di accoglienza, ottenuta con la “collaborazione” della Guardia costiera libica, la chiusura di fatto dei porti italiani alle navi che prestano attività di ricerca e di soccorso dei migranti in mare e l'espulsione dei titolari di protezione umanitaria dall'accoglienza, il nuovo capitolato intende depotenziare la rete di accoglienza diffusa gestita dai Comuni (ex SPRAR), riducendone la tipologia dei potenziali beneficiari, e individua i centri gestiti dalle Prefetture come unico sistema di accoglienza deputato ad ospitare i richiedenti asilo.

Il d.l. n. 113/2018 viene convertito nella l. 132 il 3 dicembre 2018. Le modifiche più rilevanti introdotte dal decreto sono note: abrogazione del permesso per motivi umanitari; previsione di permessi “speciali” per cure mediche (di 6 mesi), per calamità naturali e per atti di particolare valore civile (di 1 anno), non convertibili in permesso di soggiorno per lavoro; estensione del-

34. La manifestazione nazionale si è svolta regolarmente il 10 febbraio 2019 e ha visto la partecipazione di più di 10mila persone. Ma grazie all'invito a non manifestare pronunciato dal Ministro attraverso la voce del sindaco molte persone sono rimaste a casa e alcune organizzazioni nazionali hanno deciso di ritirare la loro adesione alla manifestazione.

35. Il testo è disponibile qui: www.interno.gov.it/it/amministrazione-trasparente/bandi-gara-e-contratti/schema-capitolato-gara-appalto-fornitura-beni-e-servizi-relativo-alla-gestione-e-funzionamento-dei-centri-prima-accoglienza.

le ipotesi di trattenimento dei richiedenti asilo per la verifica dell'identità e della cittadinanza e raddoppio del periodo di trattenimento nei CPR da 90 a 180 giorni; indebolimento del sistema di accoglienza ordinario SPRAR (che potrà ospitare solo rifugiati e minori stranieri non accompagnati) e elezione del sistema di accoglienza governativo gestito dalle Prefetture a unico sistema "deputato" a ospitare i richiedenti asilo; estensione dell'applicazione del Daspo urbano alle aree in cui si trovino anche fiere, mercati e ospedali e aggravamento delle sanzioni previste in materia di blocco della libera circolazione. Non solo. Con buona pace degli annunci strumentali contro il "malaffare", si rilegittima la prassi di rinunciare a gare pubbliche di appalto per l'affidamento dei lavori di costruzione o ristrutturazione dei CPR. La l. 132 interviene anche a modificare la l. n. 91/1992 sulla cittadinanza, andando in una direzione del tutto opposta a quella auspicata dalla campagna *L'Italia sono anch'io* e poi dal movimento *italianisenzacittadinanza*. La legge raddoppia da due a quattro anni i tempi massimi di attesa di risposta dalla presentazione della domanda, aumenta il contributo da versare allo Stato per avviare la procedura (da 200 a 250 euro) e prevede la possibilità di revocare la cittadinanza a seguito della condanna definitiva per alcuni reati, inclusi quelli di ordine politico.

Infine, il 6 agosto 2019, pochi giorni prima della nuova crisi di governo, viene convertito in legge il d.l. n. 57/2019, entrato in vigore il 15 giugno, pensato *ad hoc* per fermare definitivamente l'operato delle Ong che prestano attività di ricerca e soccorso in mare. La legge attribuisce al Ministro dell'interno il potere di limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale per motivi di sicurezza o quando sia compiuto il reato di "favoreggiamento dell'immigrazione clandestina"; prevede una sanzione per il comandante della nave che va da un minimo di 150mila euro a un massimo di un milione di euro, il sequestro della nave e un aumento dei fondi destinati ai programmi di rimpatrio.

Impossibile fare un bilancio anche parziale del Governo Conte 2, insediato solo il 5 settembre 2019. Certo è che la scelta di lasciare scattare la proroga del memorandum stretto con la Libia dal Governo Gentiloni nel febbraio 2017, ancorché accompagnata dalla richiesta al Governo libico di attivare un tavolo per la revisione del testo, lascia il movimento antirazzista ancora in attesa della svolta tanto auspicata.

2.2. Solidarietà dal basso: gli anticorpi del movimento antirazzista

Le scelte politiche sopra fugacemente ricordate hanno condizionato profondamente l'agenda del movimento antirazzista degli ultimi anni, concentrando il suo impegno nel tentativo di ridurre il più possibile i danni provocati da norme e prassi amministrative regressive, tendenti a restringere i diritti dei migranti, dei richiedenti asilo, dei rifugiati e dei rom nel nostro Paese.

I due ambiti su cui una grandissima parte delle organizzazioni umanitarie e di solidarietà hanno concentrato le loro attività sono quelli dell'accoglienza e (soprattutto dopo la chiusura di *Mare Nostrum*) delle missioni Sar. Gli esempi di malfunzionamento e di cattiva gestione di alcuni progetti di accoglienza, di utilizzo improprio delle risorse pubbliche, spesso al centro delle rappresentazioni mediatiche (le buone pratiche non hanno beneficiato della stessa visibilità), hanno contribuito a delegittimare il loro operato e (soprattutto dopo Mafia capitale) l'esistenza stessa di un sistema di accoglienza pubblico. Nel secondo caso, soprattutto a partire dal 2017, una sistematica campagna di criminalizzazione è stata condotta contro le Ong. Migliaia di persone sono state messe in salvo dalle navi approntate inizialmente da organizzazioni internazionali e poi grazie a *Mediterranea*, missione tutta italiana, autofinanziata grazie a una campagna di raccolta fondi che ha ricevuto migliaia di adesioni. Nell'uno e nell'altro caso, le organizzazioni della società civile hanno svolto un vero e proprio *ruolo di resistenza* di fronte alla miopia dell'Italia e dell'Europa, contribuendo a garantire, nonostante tutto, il diritto di arrivare e di essere accolte a migliaia di persone, in un contesto politico e sociale fortemente ostile.

Un altro importante e sistematico ambito di intervento è rappresentato dal lavoro di monitoraggio, osservazione e tutela svolto nei centri di detenzione (CPTA, poi CIE, oggi CPR). La lotta per la loro chiusura è in realtà iniziata ancor prima della loro apertura, nel corso del dibattito che precedette l'approvazione della legge n. 40/98³⁶. Alle numerose manifestazioni che hanno attraversato l'ultimo decennio, si è accompagnata nel 2011 la nascita della campagna *LasciateCienrre*, in risposta alla emanazione di una Circolare dell'allora Ministro dell'interno Maroni che vietava l'accesso ai centri alla stampa e alle associazioni. Ancora, dunque, una risposta difensiva che solo nel 2014 raggiunge l'obiettivo dell'abrogazione della circolare, ma non quello della chiusura dei centri. E, d'altra parte, dopo un periodo in cui la collaborazione dei Parlamentari ha consentito di effettuare un monitoraggio sistematico della gestione dei centri e di fare uscire dalla detenzione molte persone ingiustamente trattenute, dal 2017 accedere nei CPR è diventato molto più difficile. Le decine di rapporti prodotti per testimoniare le molte violazioni subite dai migranti detenuti nei centri e il fallimento del sistema rispetto al suo fine istituzionale (garantire l'effettività dei provvedimenti di espulsione)³⁷ non hanno

36. Asgi, Magistratura democratica e la Rete antirazzista si pronunciarono subito contro l'istituzione della detenzione amministrativa dei migranti nel corso del dibattito che precedette l'approvazione della l. n. 40/98.

37. Ricordiamo alcuni dei rapporti prodotti negli ultimi dieci anni: Hammarberg T., Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, *Report following his visit to Italy on 13-15 January 2009*; Medici Senza Frontiere, *Al di là del muro. Viaggio nei centri per immigrati in Italia*, Missione Italia, 2010; Medu, *L'iniquo ingranaggio dei CIE. Analisi dei dati nazionali completi del 2011 sui centri di identificazione ed espulsione*, 2012; Senato della Repubblica italiana, Commissione straordinaria per la tutela e la pro-

indotto il legislatore a ravvedersi. Ancora oggi, come è noto, il piano di ampliamento del sistema di detenzione riproposto dai Governi Gentiloni e Conte 1 è confermato, nonostante i dati disponibili sui rimpatri forzati effettivamente eseguiti dai CIE/CPR nel corso degli ultimi dieci anni evidenzino il loro fallimento: tra il 2009 e il 2018 i migranti transitati nei CIE/CPR sono stati 61.167 di cui solo 26.582, il 43,4%, sono stati effettivamente rimpatriati³⁸.

L'esigenza di tornare a difendere la garanzia di diritti umani fondamentali basilari come quelli alla vita, all'asilo, all'accoglienza, ha rappresentato dunque la priorità del movimento antirazzista degli ultimi anni. Ciò ha contribuito a indebolire quelle capacità di visione sistemica che in altre fasi avevano caratterizzato il movimento, in particolare negli anni a cavallo del millennio. Pensiamo in particolare alla piattaforma della Rete antirazzista che, non casualmente, negli anni '90 del secolo scorso aveva declinato tre proposte di iniziativa popolare che univano in una visione coerente la garanzia del diritto al soggiorno, al voto e alla cittadinanza. Ma anche all'elaborazione del Tavolo Migranti dei Social Forum (2001-2002) sull'importante tema del ruolo svolto dai migranti nei processi di globalizzazione e di riorganizzazione del mercato del lavoro.

La proposta di legge di iniziativa popolare per una gestione alternativa delle politiche migratorie, avanzata dalla campagna *Io ero straniero*, depositata alla Camera nell'ottobre 2017, rappresenta una delle poche eccezioni in termini di proattività, nel tentativo di riorientare l'agenda politica sulle migrazioni e sull'asilo³⁹. La speranza è che non segua l'esito della campagna *L'Italia*

mozione dei diritti umani, *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri d'accoglienza e trattenimento per migranti in Italia*, 2012; Muižnieks N., Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, *Rapporto a seguito della visita in Italia dal 3 al 6 luglio 2012*; Associazione A buon diritto onlus, L'articolo Tre, *Rapporto sullo stato dei diritti in Italia, Pre-Rapporto 2012, Lampedusa non è un'isola. Profughi e migranti alle porte dell'Italia*, 2012; Scuola Superiore S'Anna, *Drafting a report reviewing italian's immigration policy*, Pisa University Press, 2012; Lunaria, *Costi disumani. La spesa pubblica per il "contrasto dell'immigrazione irregolare"*, Roma, 2013; LasciateCIEntrare, *Accogliere: la vera emergenza*, Roma, 2016.

38. Le fonti dei dati sono per gli anni 2007-2010, Medu, *L'iniquo ingranaggio dei CIE...*, 2012, *op. cit.*; per gli anni 2011 e 2012, Ministero dell'interno; per l'anno 2013, Medu, *Arcipelago CIE Indagine sui centri di identificazione ed espulsione italiani*; per gli anni 2014-2016, Idos, *Dossier Statistico Immigrazione*; per gli anni 2017-2018, Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale garante detenuti, *Relazioni al Parlamento 2017 e 2018*.

39. Tra i punti qualificanti della proposta di legge di iniziativa popolare presentata dalla campagna e consultabile qui <http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.13.18PDL0001160.pdf>, l'introduzione di un permesso di soggiorno temporaneo per la ricerca lavoro con l'intermediazione di enti e associazioni che si occupano di ricerca, selezione e di ricollocazione professionale; la reintroduzione dello sponsor (già previsto dalla legge n. 40 del 1998, c.d. Turco-Napolitano) per l'inserimento nel mondo del lavoro di cittadini stranieri a fronte della garanzia di retribuzione e della disponibilità di un allog-

sono anch'io. Promossa da 21 organizzazioni della società civile, dopo una mobilitazione straordinaria e diffusa capillarmente sul territorio, *L'Italia sono anch'io* depositò il 7 marzo 2012 alla Camera più di 100mila firme su due proposte di legge di iniziativa popolare per la riforma della l. n. 91/92 e per il riconoscimento del diritto di voto amministrativo ai cittadini stranieri. La campagna ebbe in quegli anni (a cavallo tra le fine del Governo Berlusconi IV e l'insediamento del Governo Monti) l'indubbio merito culturale di modificare almeno in parte gli indirizzi del dibattito pubblico e dell'impegno civile sulle migrazioni, riconducendoli, almeno parzialmente, nell'alveo della garanzia dei diritti di cittadinanza⁴⁰. Negli anni successivi la battaglia per l'approvazione della riforma sulla cittadinanza è proseguita, insieme all'importante movimento degli *italianisenzacittadinanza*, giovani, in alcuni casi giovanissimi, figli dell'immigrazione, che grazie alla loro pervicacia e alla loro creatività sono riusciti a conquistare il sostegno di alcuni quotidiani di rilevanza nazionale e molta solidarietà nelle manifestazioni pubbliche organizzate in particolare nel 2017. La riforma è stata sacrificata sull'altare di valutazioni politiche miopi che hanno privilegiato di volta in volta "altre priorità", ma la battaglia prosegue ancora oggi.

Sempre nell'ambito dell'*advocacy*, è importante ricordare i documenti pubblicati da Asgi nel 2013 e nel 2017 per avanzare un *Programma di Riforma delle norme italiane in materia di dritto dell'immigrazione, asilo e cittadinanza* aggiornate nel 2019 con il documento *Diritto d'asilo e migrazioni: le dieci proposte di Asgi per invertire la rotta*⁴¹.

Si tratta di iniziative importanti che non sono però state capaci di aggregare su un'agenda politica comune il movimento antirazzista italiano, oggi più che mai frammentato in mille rivoli. Le diverse manifestazioni nazionali convocate nel corso degli anni a Roma su piattaforme molto critiche nei confronti delle politiche governative (fanno eccezione quelle indette a Milano con il sostegno dell'amministrazione comunale nel maggio 2017 e nel marzo 2019), non sono riuscite a raccogliere quella partecipazione ampia e plurale che ave-

gio per il periodo di permanenza sul territorio italiano; la regolarizzazione su base individuale degli stranieri senza documenti, in casi comprovati di radicamento e inserimento sociale o di assenza di legami concreti col proprio Paese di origine, attraverso la creazione di un permesso di soggiorno per "comprovata integrazione"; la creazione di un sistema di accoglienza diffuso sul territorio fondato su piccoli numeri e strategie di inclusione; l'introduzione di standard aggiornati per il riconoscimento delle qualifiche professionali degli stranieri; il riconoscimento dell'elettorato attivo e passivo nelle elezioni amministrative e altre elezioni locali per titolari di permesso di soggiorno e per soggiornanti di lungo periodo; l'eliminazione delle quote di ingresso degli stranieri; l'abolizione dei reati di ingresso e soggiorno illegale.

40. Il sito della campagna, che prosegue il suo lavoro di sensibilizzazione culturale, è: www.litaliasonoanchio.it.

41. Il testo è disponibile qui: www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/11/10-priorita%C3%A0-Asgi-2019.pdf.

va caratterizzato le mobilitazioni promosse nel decennio precedente, ultima quella del 2009 cui avevano partecipato tra le 100mila e le 150mila persone.

L'indignazione civile e la denuncia sociale, per fortuna persistenti, non sono accompagnate da un'adeguata capacità di aggregare migranti, minoranze, operatori sociali e di garanzia dei diritti umani, giuristi, docenti, intellettuali ed esponenti del mondo dello spettacolo, dello sport e del cinema in un movimento antirazzista ampio e capillare, sufficientemente forte da contaminare ed influenzare i comportamenti sociali, le scelte politiche ed istituzionali, l'informazione mediatica. Siamo ancora troppo deboli, spesso autoreferenziali e frammentati, incapaci di condizionare le scelte della politica. Il problema è quello di attivare, rendere visibile e riuscire a far contare quella grandissima parte di opinione pubblica democratica che rivendica i diritti di cittadinanza per tutti e che non trova né in Parlamento né fuori un interlocutore credibile di riferimento.

E pur tuttavia gli anticorpi culturali e sociali per invertire la rotta ci sono e possono essere molto forti.

Gli esempi, anche in questi anni così difficili, sono stati molti, nella maggior parte dei casi nati dal basso. Ne ricordiamo alcuni.

Le proteste di Milano e Brescia contro l'ingiusta e selettiva procedura della cosiddetta sanatoria truffa varata nel 2009; la ribellione dei migranti a Rosarno nel 2010 in risposta all'ennesimo tiro al bersaglio che ferì due loro compagni; gli scioperi contro lo sfruttamento sul lavoro dei braccianti di Nardò del 2011 e di Latina nel 2016; la vertenza aperta dai lavoratori stranieri di Piacenza contro Ikea nel 2014; le proteste condotte a San Ferdinando dopo l'uccisione di Soumaila Sacko nel 2018 e la nascita del movimento degli *italianisenzacittadinanza*, segnalano la crescita delle forme di protagonismo e di auto-organizzazione dei migranti senza la quale è molto difficile un'autentica svolta della lotta al razzismo nel nostro Paese.

Nel 2017 numerosi presidi di protesta sono stati organizzati contro l'approvazione dei decreti Minniti-Orlando, ma purtroppo non sono riusciti ad aggregarsi in una manifestazione nazionale unitaria. Le mobilitazioni del 2018 contro la chiusura (operata ben prima di essere formalizzata) dei porti alle navi che prestano soccorso ai migranti in mare (che hanno consentito a migliaia di migranti di raggiungere sani e salvi le coste europee) e il movimento di solidarietà con Mimmo Lucano e con l'esperienza di accoglienza diffusa di Riace, hanno reso visibile quella parte di opinione pubblica, non necessariamente interna al movimento antirazzista, che crede nei principi di eguaglianza e di giustizia sociale garantiti dalla nostra Costituzione.

Nell'anno in cui i casi documentati di xenofobia e di razzismo hanno registrato un'anomalia rispetto agli anni precedenti⁴², una campagna di raccolta

42. Per una ricostruzione si vedano: Lunaria (a cura di), *Il ritorno della "razza"*, 2018; *Un'estate all'insegna del razzismo*, 2018; *Il razzismo nel 2018 tra rimozione e enfaticizzazione*, 2019 disponibili qui: www.cronachediordinariorazzismo.org/publicazioni.

fondi autorganizzata nell'ottobre 2018 ha consentito ai bambini di Lodi, esclusi ingiustamente dal servizio di mensa, di tornare ad accedere al servizio, prima che fosse vinto il ricorso presentato contro il regolamento che era andato a modificare i requisiti per accedere alle tariffe agevolate.

Nell'aprile 2019 il grande movimento di opinione che ha espresso solidarietà con Carola Rackete ha dimostrato che la macchina della comunicazione *online* può essere usata efficacemente anche per contrastare l'odio e il razzismo. Così come sono centinaia le iniziative promosse a livello locale per garantire l'insegnamento della lingua italiana e il supporto legale a quei richiedenti asilo che, a seguito delle ultime riforme della normativa, sono stati esclusi dai servizi di inclusione linguistica, legale e sociale. Numerosi stabili occupati dai movimenti per il diritto all'abitare (nonostante siano stati duramente colpiti dagli sgomberi forzosi disposti dalle autorità di polizia) continuano a rispondere a quella domanda abitativa espressa dai cittadini italiani e stranieri che non trova una risposta idonea nelle politiche di edilizia sociale pubblica. Il diritto all'abitare e quello all'istruzione hanno ispirato le esperienze di movimento forse più capaci di praticare nella quotidianità un'idea di cittadinanza sociale universale, svincolata dalla nazionalità.

In ambito legale è di grande importanza il consolidamento dell'attività di tutela promossa dall'Asgi contro le discriminazioni istituzionali. Le sentenze che hanno annullato le ordinanze discriminatorie emesse dai sindaci in materia di *welfare* soprattutto in tre ambiti di intervento (le politiche di supporto alla famiglia, il diritto allo studio e le politiche abitative) a seguito delle azioni civili contro le discriminazioni, sono ormai molte e costituiscono, almeno ad oggi, lo strumento più efficace di lotta contro il razzismo istituzionale declinato a livello locale⁴³.

Sempre in questo decennio pieno di disumanità e di cattiveria, la costituzione dell'associazione Carta di Roma, nata nel 2011 a seguito dell'adozione dell'omonimo codice deontologico per iniziativa della Federazione Nazionale della Stampa, dell'Ordine dei giornalisti e di alcune associazioni antirazziste con il supporto dell'UNHCR (Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati) e dell'Unar (Ufficio nazionale contro le discriminazioni "razziali"), ha contribuito ad aprire un rapporto di interlocuzione con il mondo dell'informazione in merito alle forme di stigmatizzazione nei confronti dei migranti, dei rifugiati e dei rom prodotte e veicolate dai media svolgendo un prezioso lavoro di formazione e di sensibilizzazione culturale nelle scuole di giornalismo e con i giornalisti professionisti⁴⁴.

43. Una panoramica del lavoro svolto in questo ambito è offerta in: Guariso A. (a cura di), *Stranieri e accesso alle prestazioni sociali, Normativa nazionale ed europea, schede pratiche*, Servizio antidiscriminazioni Asgi, gennaio 2018, disponibile qui: www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/02/Stranieri-e-accesso-alle-prestazioni-sociali.pdf.

44. Per maggiori dettagli si veda: www.cartadiroma.org.

Gli anticorpi antirazzisti sono dunque molti e possono contare. Un maggiore consolidamento della partecipazione autorganizzata dei migranti, una più forte capacità di coordinamento tra le diverse anime dell'antirazzismo italiano e la riacquisizione di una visione strategica delle migrazioni, capace di collocarle nel contesto delle politiche generali del lavoro, di *welfare*, di cooperazione internazionale, potrebbero forse aprire le porte a una nuova stagione dei diritti nel nostro Paese. Non dovremmo temere reciproche e fruttuose contaminazioni tra le conoscenze, le esperienze e le idee di mondi professionali diversi, compresi quelli dell'arte, dello sport e delle agenzie di comunicazione. I forum nazionali *Cambiare l'ordine delle cose*, organizzati per iniziativa del regista Andrea Segre nel 2017, nel 2019 e nel 2020 e le cinque edizioni del festival *Sabir*, organizzato da Arci in collaborazione con i sindacati e alcune associazioni, rappresentano da questo punto vista dei precedenti interessanti.

Un nuovo esperimento è stato avviato nel giugno 2019 dalla campagna *ioaccolgo*, da una rete di 48 organizzazioni per promuovere i principi di accoglienza e di solidarietà e sensibilizzare i molti cittadini spaesati dalle politiche della paura, ma non convinti dagli *slogan* dell'odio e del razzismo.

Il mondo polarizzato dentro il quale tentano di imprigionarci è (per fortuna) solo una parte, del mondo reale: in mezzo c'è un'ampia parte di opinione pubblica silenziosa e invisibile che parla e pratica quotidianamente il linguaggio dei diritti e dell'uguaglianza, come le molte pratiche di solidarietà che si sono diffuse per far fronte alla diffusione del Covid-19, evidenziano molto bene.

A questa, tutti insieme, possiamo forse restituire rappresentanza e, soprattutto, voce.

Genere, migrazioni, diritto

di *Enrica Rigo**

Sommario: 1. Quando a migrare sono le donne. – 2. Il diritto delle migrazioni è un diritto di genere? – 3. La femminilizzazione della protezione internazionale. – 4. Il genere dei confini.

1. Quando a migrare sono le donne

Quando a migrare sono le donne si realizza un salto di paradigma nelle migrazioni, poiché sono le donne a stabilizzare il fenomeno migratorio nelle società di arrivo. Questa affermazione, apparentemente scontata, apre una molteplicità di questioni sul rapporto tra migrazioni e genere che attraversa tutti gli approcci disciplinari e non lascia certo estraneo il diritto.

Ciò nonostante, mentre nelle discipline storiche, sociologiche e antropologiche l'approccio di genere alle migrazioni costituisce ormai un corpo di studi consolidato, esso stenta ad affermarsi negli studi giuridici, soprattutto in Italia, dove la cultura giuridica prevalente considera il diritto come uno strumento neutro rispetto alla differenza tra uomo e donna; sia quando questa è intesa su un piano biologico, come differenza sessuale, sia quando è legata a ruoli culturali e sociali, come differenza di genere. La questione di genere rispetto al diritto è generalmente ricondotta ai principi della legislazione antidiscriminatoria, deputata a correggere eventuali disuguaglianze formali o sostanziali tra donne e uomini. In conseguenza a questa impostazione, anche la ricerca caratterizzata da un approccio di genere è vista come un'indagine settoriale, volta a mettere in evidenza la sola condizione delle donne all'interno dei fenomeni migratori. La stessa rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza» non

* Enrica Rigo è professoressa associata di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre, dove ha fondato e coordina la Clinica Legale del diritto dell'immigrazione e della cittadinanza, attiva dal 2010.

fa eccezione. A due decenni dalla sua prima uscita, sfogliando gli indici dei fascicoli, ci si accorge che sono pochi gli articoli che propongono un'analisi di genere della legislazione sulle migrazioni¹. Certamente di più sono quelli che prendono in considerazione regolamentazioni settoriali che con frequenza maggiore di altre riguardano le donne, come la disciplina di contrasto alla tratta a scopo di sfruttamento sessuale, la protezione sociale a questa collegata, il ricongiungimento familiare, e così via.

Più che di un appunto critico, si tratta della presa d'atto di un canone di studi costruito prevalentemente al maschile. Lo stesso Abdelmalek Sayad, sociologo franco algerino e punto di riferimento fondamentale per gli studi sulle migrazioni, evidenziando la differenza "di natura" che comportano i processi di stabilizzazione delle migrazioni, parla di migrazioni familiari, in luogo di migrazioni delle donne, quasi che la famiglia potesse darsi in maniera asessuata². Il punto non è certo disquisire sulla sensibilità di genere dell'uno o dell'altro autore, ma quello di chiedersi, piuttosto, se e in quale misura il canone di studio delle migrazioni, costruito attorno al migrante maschio e lavoratore, rifletta una specifica organizzazione di genere dello spazio sociale, politico e giuridico. Secondo Sayad, per esempio, l'emigrazione e l'immigrazione familiare rappresentano una fase che completa la "rottura" iniziata con l'emigrazione dell'uomo singolo e lo impegnano nei confronti della società di cui entra a far parte: «[...] così, benché iscritta nella prima emigrazione, cioè nel comportamento del primo emigrato, l'emigrazione familiare introduce una differenza di natura. Da lavoratore presso gli altri e anche per gli altri, l'emigrato diventa genitore presso gli altri e anche (che gli piaccia o no) per gli altri, anche se l'illusione fondamentale del fenomeno migratorio spinge a stabilire l'equilibrio in modo diverso: l'emigrato-immigrato lavora anche per sé, per la sua famiglia, per il suo gruppo, per il suo Paese, lavorando per gli altri»³.

La migrazione familiare, e dunque la migrazione delle donne, non può mai essere solo una migrazione per lavoro, nell'ambito della quale la prestazione laboriosa viene scambiata, oltre che per il salario, per il diritto a rimanere sul territorio. Quando a migrare sono le donne, le migrazioni oltre che produrre per gli altri producono anche per loro stesse, ovvero si *riproducono*. A essere

1. Tra le eccezioni, si vedano Giovannetti M., Ruggerini M.G., *Cittadinanza, immigrazione e genere. Nuove forme di inclusione sociale*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2006, p. 13; Giolo O., *Norme, prassi e stereotipi nel diritto sessuato dell'immigrazione*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2014, p. 23. Per un approccio di genere agli studi giuridici sulle migrazioni in Italia, si veda il volume collettaneo, Olivito E. (a cura di), *Gender and Migration in Italy: A Multilayered Perspective*, Routledge, London, 2015; per i temi qui trattati, si segnala in particolare il saggio di Ronchetti L., "Autonomy and Self-Realization of Migrant Women: Constitutional Aspects".

2. Sayad A., *La doppia assenza. Dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato*, Raffaello Cortina, Milano, 2002, p. 89 ss.

3. Sayad A., *op. cit.*, p. 99.

chiamata in causa non è la mera riproduzione biologica, per cui, ovviamente, vi è la necessità di un'immigrazione al femminile, ma il complesso di attività necessarie a mantenere e perpetuare la vita intergenerazionale. Il tema è centrale nel pensiero femminista almeno da qualche decennio, ed è quello della *riproduzione sociale*, intesa sia come approvvigionamento delle risorse materiali (dal cibo, al vestiario, all'abitazione, ai trasporti) sia come formazione delle capacità necessarie all'interazione sociale, incluso lo sviluppo di identità individuali e collettive in grado di avvantaggiarsi di nuove opportunità⁴. A rendersi necessarie sono una serie di attività che comportano una mole di lavoro, quello per l'appunto riproduttivo, che grava soprattutto sulle donne all'interno della famiglia e che, seppure svolto in forma gratuita, solidale o attraverso la socializzazione cooperativa, rappresenta la stessa condizione di possibilità del sistema produttivo.

Per dirla in termini più semplici, dietro al fatto che una lavoratrice o un lavoratore si presentino al mattino sul luogo di lavoro, si celano una serie di processi che vanno dalla generazione biologica degli individui, al loro sostentamento, alla loro educazione, allo svago e al riposo, e così via; processi che non si interrompono con il raggiungimento dell'età lavorativa, ma proseguono con intensità e fasi diverse per tutto il corso della vita. Allo stesso tempo, quello che nella vita di ogni formazione sociale è il nesso inscindibile tra produzione e riproduzione, nel diritto e nella politica viene concettualizzato come una separazione, *in primis* tra lo spazio pubblico e quello privato. Le conseguenze di questa scissione concettuale investono ogni settore del diritto, inclusa la regolamentazione delle migrazioni, come diventa evidente quando si guardi attraverso la lente del genere a istituti come quello del ricongiungimento familiare, alla disciplina della circolazione dei lavoratori o alla stessa distinzione tra migrazioni economiche e forzate.

Guardare alle migrazioni attraverso la lente del genere non significa dunque prendere in considerazione solo la componente femminile della mobilità, bensì far emergere tensioni che si producono nella regolamentazione dei fenomeni migratori in quanto tali. Come osservava Leslie Page Moch da una prospettiva storica già negli anni Novanta, il genere è il fattore che più di ogni

4. Il riferimento è alla nozione di riproduzione sociale come elaborata da Antonella Picchio; cfr. Picchio A., "Macroeconomic Approach to an Extended Standard of Living", in *Unpaid Work and the Economy: A Gender Analysis of the Standards of Living*, Routledge, Abingdon-New York, 2003; *Ead.*, *Social Reproduction and the Political Economy of the Labour Market*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992. Tra i testi che hanno dato avvio al dibattito a partire dagli anni Settanta, Chiste L., Dal Re A., Forti E., *Oltre il lavoro domestico. Il lavoro delle donne tra produzione e riproduzione*, Feltrinelli, Milano, 1979; Dalla Costa M., *Famiglia e welfare e stato tra progressismo e New Deal*, FrancoAngeli, Milano, 1983. Per il recente dibattito internazionale si veda, Bhattacharya T. (a cura di) *Social Reproduction Theory: Remapping Class, Recentring Oppression*, Pluto Press, London, 2015.

altro influenza i sistemi migratori, sia nel caso in cui la migrazione femminile segua quella maschile, sia in quello, non raro, in cui sono le donne a migrare per prime o verso destinazioni differenti⁵. Il genere risulta infatti determinante rispetto alle destinazioni prescelte (le città industriali per gli uomini o quelle dove sono maggiori le possibilità di trovare impiego nel settore domestico o dei servizi per le donne); rispetto alla transitorietà o alla stabilizzazione dei processi migratori; rispetto alla struttura individuale o familiare delle cosiddette catene migratorie, e così via. E non è un caso che controllare la migrazione delle donne, per esempio attraverso le legislazioni sul ricongiungimento familiare, sia centrale nelle politiche di selezione e di governo dei sistemi migratori⁶.

Oggi migrano sempre più donne. I dati dell'Organizzazione internazionale del lavoro (ILO), mostrano che nel 2013 le donne rappresentavano il 44,3% delle migrazioni per lavoro. Tra le migranti, la percentuale delle donne impiegate sale poi al 67%, contro il 50,8% di quelle native su scala mondiale. Nel lavoro domestico, le donne rappresentano il 73,4% del lavoro migrante, che in numeri assoluti significa oltre 3 milioni di lavoratrici domestiche migranti nel mondo⁷. Se si guardano i dati forniti dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), tra il 2000 e il 2015 la popolazione migrante è cresciuta del 41% raggiungendo i 244 milioni di individui di cui la metà sono donne, lo stesso vale per i 19 milioni di rifugiati. Prendendo l'esempio dell'Italia, ci si accorge che il numero delle donne richiedenti asilo è più che quadruplicato tra il 2014 e il 2017, passando da 4.753 a 21.053⁸. Se i dati dell'UNHCR trovano conferma, bisogna inoltre considerare che ogni cinque donne rifugiate o richiedenti asilo almeno una ha subito violenze sessuali⁹; a riprova della vulnerabilizzazione prodotta dai processi di *displacement*.

Quando a migrare sono le donne per le migrazioni fa differenza; ciò nonostante le leggi che governano la mobilità attraverso i confini sono pressoché le stesse per uomini e donne. Stesse regole non significa, tuttavia, che esse abbiano la stessa valenza di genere.

5. Page Moch L., *Moving Europeans: Migration in Western Europe Since 1650*, Indiana University Press, Bloomington, 1992.

6. Harzig C., "Immigration policies: a gendered historical comparison", in Morokvasic M., Erel U., Shinozaki K. (a cura di), *Crossing Borders and Shifting Boundaries. vol. I. Gender on the Move*, Springer, Wiesbaden - New York, 2003.

7. ILO *Global estimates of migrant workers and migrant domestic workers: results and methodology*, International Labour Office - Geneva: ILO, 2015.

8. I dati aggiornati delle domande d'asilo sono riportati dal Ministero dell'interno al sito www.libertacivilimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/documentazione/statistica/i-numeri-dellasil.

9. Elaborazione del portale delle Nazioni Unite per l'eguaglianza di genere www.unwomen.org/en/news/in-focus/women-refugees-and-migrants.

2. Il diritto delle migrazioni è un diritto di genere?

Gli studi sulle migrazioni in una prospettiva di genere sono proliferati negli ultimi due decenni, concentrandosi soprattutto sul contributo delle donne migranti alla riproduzione sociale su scala globale¹⁰. Eleonore Kofman e Parvati Raghuram¹¹ osservano, per esempio, come l'approvvigionamento di lavoro riproduttivo nei Paesi di immigrazione sia tra i principali fattori che influenzano la migrazione delle donne, sia come lavoratrici domestiche per conto di terzi, sia lavorando per le proprie famiglie nei Paesi di nuovo stabilimento. Rileggendo il tema marxiano della riproduzione della forza lavoro, parte della letteratura femminista ha invece guardato alla condizione delle donne migranti impiegate nel lavoro domestico e di cura come paradigmatica dell'intersezione tra gli assi di subordinazione determinati dai costrutti del genere, della razza e della classe. Al punto che, secondo alcune autrici, l'emancipazione delle donne nel mondo occidentale ha, sovente, come contropartita la subordinazione lavorativa e sociale di altre donne, ovvero, delle migranti che prendono il loro posto nei compiti di cura e riproduzione sociale¹².

Sia la letteratura che guarda al contributo delle donne migranti nei processi di globalizzazione della riproduzione sociale, sia la prospettiva critica sull'intersezione della subordinazione di genere, razza e classe, coagulata nella condizione delle lavoratrici domestiche migranti, forniscono chiavi di lettura importanti delle migrazioni contemporanee. Il nesso tra migrazioni e riproduzione sociale può tuttavia essere osservato anche nella ulteriore prospettiva della critica del diritto, ovvero, a partire dalla critica del soggetto di diritto sottinteso alle norme giuridiche¹³ e, dunque, mettendo in luce come la separazione concettuale tra produzione e riproduzione strutturi e determini i regimi di regolamentazione delle migrazioni.

Gli esempi che si possono portare sono molteplici. La legislazione sul ricongiungimento familiare è forse il più immediato: al migrante che aspira a portare nel Paese di immigrazione un proprio familiare viene richiesto di

10. Tra i contributi che hanno influenzato il dibattito, si vedano Ehrenreich B., Russell Hochschild A. (a cura di), *Donne globali. Tate, colf e badanti*, Feltrinelli, Milano, 2004; Anderson B., *Doing the Dirty Work? The Global Politics of Domestic Labour*, Zed Books, London-New York, 2000; Marchetti S., *Black Girls. Migrant Domestic Work and Colonial Legacies*, Brill, Boston, 2014.

11. Kofman E., Raghuram P., *Gendered Migrations and Global Social Reproduction*, Palgrave, Hampshire-New York, 2015.

12. Farris S., "Social reproduction and racialized surplus populations", in Osborne P., Alliez E., Russel E.J. (a cura di), *Capitalism: concept, idea, image. Aspects of Marx's Capital today*, CRMEP Books, London, 2019.

13. Per un'introduzione alle tematiche affrontate dalle teorie critiche del diritto, si veda il volume Giolo O., Bernardini M.G. (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, 2017.

dimostrare un reddito sufficiente al mantenimento proprio e del familiare¹⁴, mentre l'apporto che il familiare ricongiunto fornisce alla riproduzione del lavoratore, dall'approvvigionamento della colazione, al benessere del sonno, al sostegno nelle capacità relazionali, non trova riconoscimento nello schema giuridico degli ingressi. In altre parole, la distinzione tra lavoro produttivo e riproduttivo, che relega quest'ultimo nello spazio privato e considera il lavoro svolto tra le mura domestiche come un'obbligazione naturale non retribuita, nei regimi di governo della mobilità implica, altresì, che tale mole di lavoro sia irrilevante nel determinare la titolarità di un legittimo interesse a risiedere sul territorio.

La questione non riguarda naturalmente solo il regime degli ingressi. Si pensi, per esempio, alla dipendenza che questo meccanismo produce per il coniuge ricongiunto rispetto al coniuge *bread winner* nel caso di una relazione non più desiderata.

Nondimeno, è la stessa costruzione europea a essere strutturata attorno alla separazione concettuale tra lo spazio produttivo e quello riproduttivo.

Un esempio ulteriore è l'evoluzione della disciplina relativa alla libera circolazione dei lavoratori, le cui norme, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, si applicano solo «all'esercizio di attività reali ed effettive, restando escluse da questa sfera le attività talmente ridotte da potersi definire puramente marginali ed accessorie» (CGUE *Levin* C- 53/81 del 23.3.1982, *Raulin* C-357/89, del 26.2.1992 §13; discusse in Tuitt, 2011; 2013). A seguito dell'adozione della Direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente, la nozione di lavoratore è stata nel tempo ampliata, tanto da includere chi svolge un'attività lavorativa parallelamente al percorso di studi (CGUE *L.N.* C-46/12 del 21.2.2013), chi perde involontariamente la propria occupazione a condizione che acquisti la condizione di *jobseeker* iscrivendosi alle liste di collocamento e mantenendo così, per un periodo di tempo limitato, anche la qualifica di lavoratore (da ultimo CGUE *Tarola* C-483/17, dell'11.4.2019) e, non ultimo, «chi smette di lavorare o di cercare un impiego a causa delle limitazioni fisiche della gravidanza e al periodo successivo al parto» (*Prix* C-507, del 19.6.2014). Ciò nonostante, la qualità di lavoratore rimane in principio legata alla verifica della condizione che l'interessato occupi o possa occupare

14. Conformemente all'articolo 7, paragrafo 1, lettera c) della Direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare, gli Stati membri possono chiedere di dimostrare che il soggiornante disponga di risorse stabili e regolari sufficienti per mantenere se stesso e i suoi familiari senza ricorrere al sistema di assistenza sociale dello Stato membro interessato. Tale condizione si ritiene generalmente integrata da un contratto di lavoro di durata adeguata. Per l'applicazione della Direttiva nei diversi Stati membri si veda la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente gli orientamenti per l'applicazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento*, COM (2014) 2010 final, del 3 aprile 2014.

uno spazio produttivo che lo metta in grado di procurarsi risorse sufficienti al proprio sostentamento; così come è stato ribadito nella vicenda paradigmatica del caso *Trojani*, in cui un cittadino francese, residente in Belgio, svolgeva piccole prestazioni in favore di un ente benefico in cambio di vitto, alloggio e limitate somme di denaro per il proprio mantenimento (CGUE *Trojani* C-456/02, del 7.9.2004, punti §33 e §35).

Dalla prospettiva della critica femminista sul diritto, Patricia Tuitt ha osservato come, sovente, sia stata la femminilizzazione delle migrazioni a portare dei passi in avanti nella giurisprudenza europea sul riconoscimento della qualifica di lavoratore e sull'accesso alle prestazioni sociali¹⁵. I casi *Levin*, *Raulin*, *Martinez Sala* (CGUE C-85/96, del 12/05/98) e altri hanno come protagoniste donne che svolgevano attività lavorativa sporadicamente o a tempo parziale e per cui ricevevano una retribuzione ridotta. Non a caso, anche pronunce che hanno stabilito limiti o condizioni al godimento dei diritti hanno spesso avuto donne per protagoniste, come nel caso del ricongiungimento con familiari di Paesi non europei, rivendicato sulla base del principio di libera circolazione dei cittadini, che le decisioni *Morson* e *Jhanjan* (CGUE C-35 e 36/82, del 27/10/1982) hanno condizionato all'esercizio effettivo della circolazione tra i Paesi UE. Si può dunque concordare con Tuitt quando afferma che il rapporto tra la migrazione e la legge è sempre duplice: da un lato, le migrazioni utilizzano, anche in modo conflittuale, le norme esistenti per rivendicare spazi di riconoscimento, dall'altro, riconfigurano i confini delle entità politiche attraverso cui si spostano, fino al punto di dare impulso alla creazione di nuove norme¹⁶. In un senso analogo, si può osservare come migrare significhi anche rinegoziare e ridefinire la distinzione concettuale che separa lo spazio produttivo e quello della riproduzione. Pur se allargando la definizione di lavoratore si conquistano infatti nuovi spazi di cittadinanza, riservare in principio la circolazione ai soli cittadini, significa nondimeno riservare loro una capacità essenziale di quei processi che consentono e favoriscono la riproduzione sociale.

Come ben mostra la vicenda della libertà di circolazione in Europa, la mobilità occupa infatti un posto fondamentale nell'acquisizione delle capacità relazionali e nella formazione delle identità individuali e collettive che permettono di avvantaggiarsi di nuove opportunità. In altre parole, il controllo della mobilità è sempre anche un controllo sulla riproduzione sociale sia delle e dei migranti, che della società nel suo complesso.

15. Cfr. Tuitt P., "Women, Migration and the Constitutional Underpinning of the European Union", in *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Ashgate, Farnham - Burlington, 2013.

16. Cfr. Tuitt P., "From the state to the Union. International Law and the Appropriation of the new Europe", in Johns F., Joyce R., Phauja S. (a cura di), *Events The Force of International Law*, Routledge, Abingdon - New York, 2011.

Portare in primo piano il ruolo che la distinzione concettuale tra produzione e riproduzione svolge nella regolamentazione delle migrazioni e, più in generale, nella distribuzione di vantaggi e privilegi riguarda dunque trasversalmente uomini e donne. Un esempio paradigmatico in tal senso è il ruolo che il nesso tra produzione e riproduzione gioca nei rapporti di sfruttamento. La traduzione giuridica dello sfruttamento viene generalmente compresa come un vizio del consenso, determinato dalla violenza o dall'approfittamento dello stato di bisogno o della condizione di vulnerabilità¹⁷. In altri termini, lo sfruttamento è inteso come una patologia dello schema contrattuale che presuppone una relazione ugualitaria tra le parti¹⁸.

La Direttiva 2009/52/CE, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, fa propria questa nozione nella misura in cui definisce le condizioni lavorative di particolare sfruttamento quelle «in cui vi è una palese sproporzione rispetto alle condizioni di impiego dei lavoratori assunti legalmente» (art. 2 lettera i).

Dal canto suo, l'art. 603 *bis* del codice penale, sull'intermediazione illecita e lo sfruttamento del lavoro, elenca una serie di indici del grave sfruttamento che vanno dalla retribuzione difforme dai contratti collettivi, alla violazione delle norme sull'orario di lavoro, sulla sicurezza e così via.

Eppure, la nozione di sfruttamento acquisisce sfumature diverse quando la si guardi attraverso la lente del nesso tra la produzione e i costi sostenuti dal lavoratore per la propria riproduzione. Attraverso questa lente, la critica femminista ha posto in questione la stessa distinzione tra lavoro libero e coatto, dal momento che non tiene conto del fatto che l'estrazione di profitto non è riconducibile solo alle condizioni contrattuali ma varia a seconda della compressione dei costi di riproduzione del lavoratore¹⁹. Si pensi, per esempio, a ciò che accade nelle campagne del Sud d'Italia, ma non solo, durante la stagione della raccolta del pomodoro destinato all'industria, dove i salari vengono mantenuti bassi anche grazie all'"accoglienza" dei lavoratori stagionali in campi, ufficiali e non, allestiti all'occorrenza, in luogo di abitazioni convenzionali. O, ancora, si pensi alle serre del ragusano in Sicilia, dove il sistema di produzione agricola intensiva si regge proprio sulla compressione dei costi di

17. Si vedano, per esempio, gli articoli 601 del c.p. sulla tratta e il 603 *bis* del c.p. su intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro.

18. Per una lettura critica della nozione di sfruttamento nel diritto internazionale, Marks S., "Exploitation as an International Legal Concept", in Matiaske W., Costa S., Brunkhorst H. (a cura di), *Contemporary Perspective on Justices*, Hampp, München-Mering, 2010; per una discussione più ampia si consenta il rimando a "Lo sfruttamento come modo di produzione", in Rigo E. (a cura di), *Leggi, migranti e caporali*, Pacini, Firenze, 2015.

19. *Social Reproduction and the Political Economy of the Labour Market*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, p. 16.

riproduzione delle lavoratrici costrette a vivere in dimore ricavate nelle stesse serre agricole.

Questi esempi mostrano come, più che attraverso una patologia del contratto, il rapporto di sfruttamento si strutturi in una dimensione sistemica come un rapporto politico di dominio²⁰, in cui la regolamentazione della mobilità e la separazione tra l'organizzazione della produzione e della riproduzione giocano entrambe un ruolo centrale e interconnesso.

3. La femminilizzazione della protezione internazionale

Incorporando la separazione tra produzione e riproduzione nelle proprie strutture, il diritto delle migrazioni appare dunque come un diritto di genere, indipendentemente dall'appartenenza a uno o all'altro sesso biologicamente determinato dei singoli individui che compongono i processi migratori. Anche l'opinabile distinzione tra migrazioni economiche e forzate può essere letta alla luce di questa chiave interpretativa. L'intero regime dei rifugiati e dei richiedenti protezione internazionale è stato storicamente costruito in contrapposizione all'immagine del cittadino laborioso, a partire dai regimi giuridici che limitano l'accesso al lavoro per i richiedenti asilo, o rendono complesso il passaggio dallo *status* di richiedente protezione a quello di migrante lavoratore, ai regimi discorsivi che rappresentano la profuganza come una condizione parassitaria, un onere per gli Stati riceventi e i loro sistemi di assistenza sociale²¹.

Oltre un decennio fa, l'internazionalista Bhupinder Chimni, denunciava come la "svolta", negli anni Novanta, degli studi sui rifugiati verso quelli sulle migrazioni forzate avesse accompagnato, e per alcuni versi legittimato, un'agenda politica imposta dagli Stati egemonici volta alla *governance* globale del contenimento della mobilità umana²². L'estensione semantica della categoria di migrazioni forzate ha incluso progressivamente, oltre ai rifugiati di guerra, i rifugiati ambientali, la tratta e finanche l'industria del traffico (*smuggling* secondo la terminologia in uso), considerati come movimenti imposti che cooptano o, per lo meno, influenzano fortemente le scelte delle e dei migranti. Questo slittamento non è tuttavia privo di ambiguità, poiché l'intento dell'agenda politica non è certo quello di estendere a soggetti ulteriori il regime di accesso dei rifugiati. Al contrario, esso produce l'effetto di allargare e antici-

20. Sullo sfruttamento come rapporto politico, Mezzadra S., Neilson B., *The Politics of Operations. Excavating Contemporary Capitalism*, Duke University Press, Durham - London, 2019.

21. Per una ricostruzione in chiave storica, si veda Salvatici S., *Nel nome degli altri. Storia dell'umanitarismo internazionale*, il Mulino, Bologna, 2015.

22. Chimni B.S., *The Birth of a Discipline: from Refugee to Forced Migration Studies*, «Journal of Refugee Studies», 22, 2009, pp. 11-29.

pare l'ambito di intervento delle misure di protezione, sia nel senso letterale, per cui i regimi di controllo della mobilità vengono spostati oltre i confini nazionali, sia in quello traslato che li vede estendersi dal controllo della circolazione a un controllo pervasivo che riguarda ogni aspetto della vita delle e dei migranti. Ne sono esempi i campi, formali e informali, che nascono in risposta alle "emergenze umanitarie" per l'afflusso di profughi, le misure di protezione per le vittime di tratta, i centri di detenzione per migranti preordinati al rimpatrio o quelli di trattenimento e di accoglienza per coloro che sono in attesa di una risposta sulla domanda di protezione internazionale.

La *New York Declaration for Refugees and Migrants* del 2016, adottata in risposta a quella che è stata definita come la peggiore crisi migratoria dalla Seconda guerra mondiale²³, e i due *Global Compact* che ne sono seguiti²⁴, sembrano dare ragione a Chimni. Se, da un lato, è infatti apprezzabile lo sforzo di riportare il tema al centro delle Nazioni Unite, dall'altro, gli osservatori più accorti hanno denunciato come l'enfasi sui movimenti di massa, concettualizzati come prevalentemente involontari, svisciva il riconoscimento dei diritti a mero soddisfacimento dei bisogni primari²⁵. In altre parole, si potrebbe affermare che l'allargamento della nozione di migrazioni forzate non ha scalfito in modo rilevante le strette maglie del regime degli ingressi sul territorio, ma ha bensì esteso il regime di *transitorietà*²⁶ che il diritto riserva alla protezione internazionale, concepita come uno *status* (ma oggi sarebbe corretto dire un insieme di *status*) non destinato a protrarsi, e dunque a evolvere verso un allargamento del paniere dei diritti a cui consente di accedere. Pur se non più una priorità nell'agenda dell'attuale Commissione europea, anche il pacchetto che era stato proposto per riformare il sistema europeo dell'asilo sembrava andare in questa direzione, per esempio, prevedendo la rivalutazione periodica della titolarità della protezione internazionale²⁷. Da questo punto di

23. Così si è espresso, nell'agosto 2015, Dimitris Avramopoulos, Commissario europeo all'immigrazione sotto la presidenza Juncker.

24. Per una discussione sulla Dichiarazione e i due *Compact* che ne sono seguiti, si rimanda al numero speciale dedicato al tema dall'*International Journal for Refugee Law* e, in particolare, all'editoriale di McAdam J., *The Global Compacts on Refugees and Migration: A New Era for International Protection?*, «International Journal of Refugee Law», vol. 30, n. 4, 2018, pp. 571-574; e Chimni B.S., *Global Compact on Refugees: One Step Forward, Two Steps Back*, «International Journal of Refugee Law», vol. 30, n. 4, 2018, pp. 630-634.

25. Vitiello D., *Il contributo dell'Unione europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti: spunti per una rilettura critica dei Global Compacts*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2018.

26. Sul punto, si vedano, in particolare, Hathaway C., *Why Refugee Law still Matters*, «Melbourne Journal of International Law», 8, 2007, p. 89; Hathaway C., Neve R.A., *Making International Refugee law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection*, «Harvard Human Rights Journal», 10, 1997, p. 115.

27. Per un commento, si veda il documento Asgi, *I nuovi orientamenti politico-normativi dell'Unione europea. La prospettiva di nuove radicali chiusure al diritto d'asilo*,

vista, parlare di una *femminilizzazione* della protezione internazionale non è sintomatico solo del crescente numero di donne richiedenti asilo e rifugiate e della rivendicazione della loro centralità sulla scena globale²⁸, ma anche del fatto che alla transitorietà della protezione è legata una inevitabile marginalizzazione dal sistema produttivo degli aspiranti o dei titolari degli *status* di protezione, a prescindere dal genere a cui sono ascritti.

Quelli appena evidenziati sono processi complessi, che non vanno letti in un senso univoco. Il gran numero di domande di asilo presentate da donne negli ultimi anni ha, d'altro canto, portato in primo piano anche in Italia la critica elaborata dai movimenti delle donne e dal femminismo giuridico alla definizione di rifugiato della Convenzione di Ginevra del 1951²⁹. Tale definizione, oltre a non prevedere il genere e la differenza sessuale tra le ragioni di persecuzione, è centrata su una tipica divisione tra pubblico e privato la quale, inevitabilmente, tende a escludere le donne. La violenza che qualifica la protezione per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale è concepita, infatti, in primo luogo come violenza pubblica; basti pensare che a lungo la giurisprudenza ha escluso che anche soggetti non statuali potessero considerarsi come agenti persecutori. Ciò non significa certo che le donne non possano essere perseguitate per queste stesse ragioni, bensì che forme di violenza come i maltrattamenti domestici, la violenza sessuale o la tratta a scopo di sfruttamento sessuale, che colpiscono principalmente le donne, entrano a stento nella definizione³⁰. Ci sono voluti oltre cinquant'anni perché uno strumento di *soft law* come le linee guida dell'UNHCR sulla violenza di genere indicassero esplicitamente che le donne, in alcune circostanze, possono costituire un «determinato gruppo sociale»³¹ ai sensi della definizione della Convenzione. Ed è trascorso un altro

settembre 2017; accessibile a www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/09/2017_9_Articolo_politiche_UE_ok.pdf.

28. Pinelli B., *Migranti e rifugiate. Antropologia genere e politica*, Raffaello Cortina, Milano, 2019.

29. Per un'introduzione al dibattito internazionale, Arbel E., Douveregne C., Millbank J. (a cura di), *Gender in Refugee Law. From the margins to the centre*, Routledge, London, 2014.

30. Per una panoramica delle questioni, Kelly N., *The Convention Refugee Definition and Gender-Based Persecution: A Decade' Progress*, «International Journal of Refugee Law», 13, 2002, pp. 559-568; Edwards A., *Transitioning Gender: Feminist Engagement with International Refugee Law and Policy*, «Refugee Survey Quarterly», 29, 2010, pp. 21-45; Freedman J., *Gendering the International Asylum and Refugee Debate*, Palgrave, London, 2015.

31. UNHCR, *Linee guida sulla protezione internazionale n. 1. La persecuzione di genere nel contesto dell'articolo 1 A (2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, 7 maggio 2002, HCR/GIP/02/01. Sulle consultazioni che hanno portato all'adozione delle linee guida, Feller E., Turk V., Nicholson F. (a cura di), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

decennio prima che la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, firmata a Istanbul nel 2011³², e poi la riformata Direttiva qualifiche³³, stabilissero espressamente che la violenza basata sul genere è rilevante sia nella valutazione dello *status* di rifugiato che nelle forme complementari di protezione.

Nonostante questo rinnovato quadro legislativo, sia a livello europeo che nazionale³⁴, quando si guarda alla prassi applicativa della protezione internazionale non si può che concludere che la strada da percorrere è ancora lunga. È sufficiente osservare che i dati sugli esiti delle domande di asilo non sono disponibili in forma disaggregata per genere per comprendere le difficoltà a ricostruire un quadro preciso; d'altro canto, il numero esiguo di pronunce di legittimità in materia³⁵ dà conto delle difficoltà di accesso alla giustizia che incontrano le donne richiedenti asilo, più che di orientamenti univoci nelle decisioni di merito. Alcune ricerche condotte sulle decisioni dei Tribunali di primo e secondo grado e delle Commissioni territoriali evidenziano, infatti, la forte discrepanza tra i provvedimenti degli organi amministrativi e la giurisprudenza dei fori giudicanti³⁶. Il Tribunale di Roma, in particolare, ha riformato un gran numero di decreti delle Commissioni territoriali che avevano negato la protezione internazionale a donne potenziali vittime di forme violenza dirette contro un genere sessuale, tra cui la tratta, o avevano riconosciuto loro

32. La Convenzione di Istanbul, all'art. 60, stabilisce che gli Stati firmatari «adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che la violenza contro le donne basata sul genere possa essere riconosciuta come una forma di persecuzione ai sensi dell'articolo 1, A (2) della Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati del 1951 e come una forma di grave pregiudizio che dia luogo a una protezione complementare/sussidiaria».

33. In riferimento alla Direttiva Qualifiche del 2004 Direttiva 2004/83/EC, Edwards A. notava come diversamente dalle linee guida UNHCR, questa non contenesse un riferimento espresso alle donne come determinato gruppo sociale, la stessa osservazione può essere estesa alla Direttiva rifiuta nel 2011, Direttiva 2001/95/UE recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta. Cfr. Edwards A., *Transitioning Gender: Feminist Engagement with International Refugee Law and Policy*, «Refugee Survey Quarterly», 29, 2010, pp. 21-45.

34. A livello nazionale, le norme rilevanti sono gli artt. 6, 7 e 8 del d.lgs. 252/2007 così come modificato dal d.lgs. 18/2014.

35. Si segnalano, in particolare, Cass. civ., sez. I, 24 novembre 2018, n. 28152, rel. Acierno, sul riconoscimento dello *status* di rifugiata nel caso di una donna costretta ad abbandonare il proprio Paese di origine per sottrarsi a pratiche tradizionali che impongono alle vedove di unirsi in matrimonio con il fratello del defunto marito; Cass. civ., sez. VI, del 17 maggio 2017, n. 12333, rel. De Chiara, sul riconoscimento della protezione sussidiaria nel caso il Paese di provenienza non garantisca protezione dalla violenza domestica.

36. Per una discussione approfondita, si consenta il rimando a Rigo E., *Donne attraverso il Mediterraneo. Una prospettiva di genere sulla protezione internazionale*, «notizie di Politeia», 124, 2016, pp. 82-94; Rigo E., *La protezione internazionale alla prova del genere: elementi di analisi e problematiche aperte*, «Questione giustizia», 2, 2018, pp. 117-128.

solo la protezione umanitaria, anche quando ci sarebbero stati i presupposti per la protezione sussidiaria o lo *status* di rifugiate.

Naturalmente, non tutte le decisioni di rigetto vengono impugnate e, soprattutto, minore è stato l'interesse a impugnare le decisioni che hanno riconosciuto la sola protezione umanitaria, ora abrogata e sostituita da una serie di permessi speciali rigidamente tipizzati dalla legge n. 132/2018 di conversione del cosiddetto Decreto sicurezza Salvini, D.L. n. 113/2018.

Anche in questo caso, il fatto che siano vigenti le stesse regole per uomini e donne non significa che esse siano neutrali rispetto al genere. Si pensi, per esempio, quale grado di ri-vittimizzazione comporta la rivalutazione della protezione per una donna che ha subito violenza, e a quali difficoltà e rischi andranno incontro le donne che non riusciranno a rinnovare o a convertire la protezione umanitaria in una diversa tipologia di permesso di soggiorno.

4. Il genere dei confini

In un breve volume, pubblicato in inglese ormai un decennio fa con il titolo *Walled States, Waning Sovereignty*³⁷, la filosofa della politica Wendy Brown ha posto l'accento sulla *mascolinità* dei muri che sempre più di frequente vengono eretti a rimarcare i confini nazionali. Sono muri che perimetrano confini esterni agli Stati, come quello tra Stati Uniti e Messico o tra Ungheria e Serbia, ma, sempre più spesso, anche muri interni alle città, come la recinzione di via Anelli a Padova o quella costruita vicino alla stazione Tiburtina di Roma per isolare i migranti assistiti dai volontari di Baobab Experience. Secondo Brown, l'esibizione di mascolinità dei confini è funzionale a mascherare l'ineluttabile vulnerabilità del soggetto nazionale.

La connotazione di genere, peraltro, non ascrive al maschile solo le fortificazioni che rimarcano i confini, ma anche il nemico da respingere o contenere. Per converso, le donne, quando trovano spazio nella narrazione pubblica delle migrazioni, sono per lo più relegate a ruoli specifici, di madri, di potenziali vittime di tratta, di soggetti vulnerabili e, dunque, rappresentate come oggetto della benevolenza del diritto più che della sua coercizione. Si tratta, per dirla con le parole di Sara Ahmed, della mobilitazione di «economie affettive»³⁸ nelle quali un'immagine è funzionale all'altra. È il continuo rimando tra il soggetto che erige i confini e ciò che questi proteggono che rende possibile, per il soggetto nazionale, immaginare la propria benevolenza nei confronti di alcune, selezionate, figure dell'alterità, per esempio gli "autentici"

37. Nella traduzione italiana, Brown W., *Stati murati, sovranità in declino*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

38. Ahmed S., *Affective Economies*, «Social Text», 2, 2004, pp. 117-139.

richiedenti asilo o le vittime vulnerabili, e allo stesso tempo alimentare l'odio per altre, i migranti indesiderati, i clandestini, i potenziali terroristi. Basti pensare all'utilizzo strumentale che delle figure femminili viene fatto dalla cosiddetta politica dei porti chiusi, nell'ambito della quale lo sbarco di donne e bambini è rappresentato come un gesto di benevolenza e protezione nei loro confronti, laddove non è che il contraltare di gravi violazioni di diritti.

Più di altre, la chiave di genere mette dunque in luce contraddizioni e ipocrisie del diritto. Le brevi note qui presentate non hanno la pretesa di esaurire la tematica, ma si limitano a proporre una metodologia di approccio al tema delle migrazioni. Da un lato, in linea con la prospettiva consueta del femminismo giuridico, si conferma la necessità di smascherare la falsa neutralità delle norme e di interrogare criticamente quali funzioni assolva la natura sessuata dei confini. Dall'altro, il tema della riproduzione sociale, centrale alla riflessione femminista, emerge come una chiave interpretativa fondamentale per mettere a fuoco la funzione dei confini come dispositivi di dominio e sfruttamento³⁹, oltre che di inclusione e esclusione, che nel mondo contemporaneo si moltiplicano all'ombra dei processi di globalizzazione del diritto.

Il controllo sulla mobilità appare, oggi, come una delle principali poste in gioco dell'agenda politica mondiale, nonostante non sia sempre facile ricostruire una logica unitaria dei diversi regimi di governo delle migrazioni. In uno dei testi fondamentali del femminismo, Silvia Federici ha mostrato come il controllo sulla riproduzione sociale, attuato sui corpi delle donne, sia stato parte del processo storico di espropriazione dei lavoratori dai loro mezzi di sussistenza⁴⁰; di tale processo è, oggi, sicuramente parte il controllo sulla mobilità delle donne e degli uomini migranti.

39. Per una lettura dei confini in questa chiave, si veda Mezzadra S., Neilson B., *Confini e frontiere. La moltiplicazione del lavoro nel mondo globale*, il Mulino, Bologna, 2013.

40. Federici S., *Calibano e la strega. Le donne, il corpo e l'accumulazione originaria*, Mimesis, Milano, 2015.

Parte II

Il Diritto dell'immigrazione in Italia

Capitolo I

L'ingresso e il soggiorno

L'ingresso per lavoro: l'irrazionalità del sistema e le sue conseguenze al tempo delle fake news e della retorica nazionalista

di *William Chiaromonte**

«Questi parlano come mangiano
e infatti mangiano molto male
sono convinti che basti un *tutorial*
per costruire un'astronave
E fanno finta di non vedere
e fanno finta di non sapere
che si tratta di uomini
di donne e di uomini».
Brunori Sas, *Al di là dell'amore*, 2019

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le fake news del discorso pubblico sulle migrazioni (anche) per motivi di lavoro, – 2.1. L'invasione che non c'è, – 2.2. Il lavoro che non ci viene rubato, le retribuzioni che non vengono comprese, – 2.3. Il welfare state che non è messo in crisi. – 3. Le principali criticità legate alla regolazione dell'ingresso per lavoro. – 4. Qualche considerazione conclusiva: le esternalità positive della riapertura dei canali d'ingresso regolare per lavoro.

1. Introduzione

Nel 1999 veniva pubblicato il primo numero di «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza». Appena pochi mesi prima era stata approvata la c.d. legge Turco-Napolitano (l. 6.3.1998, n. 40), i cui principi ispiratori di lì a poco avrebbero informato la prima legge organica in materia di immigrazione, vale a dire il Testo Unico sull'immigrazione (d.lgs. 25.7.1998, n. 286, d'ora in avanti TU). I vent'anni della rivista corrispondono, dunque, in modo pressoché perfetto – ed è questo sicuramente un dato che merita di essere sottolineato – ai vent'anni del TU che, a tutt'oggi, disciplina il fenomeno migratorio.

Cosa è cambiato in questi quattro lustri con specifico riferimento alla regolazione dell'ingresso degli stranieri in Italia per motivi di lavoro? Come si vedrà, in tale ambito ai tratti di continuità, decisamente prevalenti, si sono affiancati alcuni elementi di discontinuità; ne è risultato un sistema che non è azzardato definire irrazionale e disfunzionale. Nelle pagine che seguono si

* Ricercatore di Diritto del lavoro, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università di Firenze.

tenterà dunque – allo scopo di motivare questa affermazione – di illustrare le principali criticità di tale sistema, muovendo anzitutto dall’assetto delineato dal legislatore, per verificare quali sono le conseguenze che esso ha prodotto e che, in buona parte, ancora continua a produrre.

Prima di fare ciò, tuttavia, pare opportuno – in un momento storico in cui il fenomeno migratorio è prepotentemente tornato al centro del dibattito politico, nazionale ed europeo, a seguito della deflagrazione fra il 2014 e il 2015 della c.d. crisi migratoria, da un lato, e della nascita e del progressivo affermarsi dei partiti anti-immigrazione, dall’altro – anzitutto chiarire, anche sulla scia di un recente studio sul tema¹, alcune questioni, strettamente correlate a quella del lavoro degli stranieri, che attualmente sono al centro di un dibattito pubblico dominato da *fake news* e retorica nazionalista. Ciò pare particolarmente rilevante: una percezione distorta, che sia essa spontanea o in qualche modo “agevolata” dal confronto politico, produce difatti conseguenze concrete non solo, come si vedrà a breve, sulle opinioni dei cittadini; ma anche, per quel che in questa sede maggiormente interessa, sulle proposte programmatiche dei partiti e, quando queste ultime si concretizzano, sulle decisioni politiche che a esse danno forma e corpo.

2. Le *fake news* del discorso pubblico sulle migrazioni (anche) per motivi di lavoro

La retorica nazionalista si è guadagnata, nel discorso politico italiano, consensi progressivamente sempre maggiori anche grazie all’invocazione di una netta divaricazione fra lo *status* del cittadino e quello dello straniero (anche lavoratore), principalmente in nome del primato degli interessi dei componenti della comunità nazionale. Tale divaricazione nel nostro ordinamento ha trovato realizzazione attraverso una progressiva compressione del principio di uguaglianza, in funzione del recupero di una sicurezza pubblica messa in scacco dalla presunta invasione di stranieri, anche con particolare riferimento alle questioni di interesse più strettamente giuslavoristico²; ciò ha prodotto – nel tentativo di allargare il consenso elettorale – «un diritto dell’immigrazione sempre più speciale e divergente rispetto al resto del diritto pubblico e ai postulati dello Stato di diritto sui quali la civiltà giuridica europea si fonda»³.

1. Coniglio N.D., *Aiutateci a casa nostra. Perché l’Italia ha bisogno degli immigrati*, Laterza, Roma-Bari, 2019. Ma v. pure da ultimo, sulla stessa linea, Ambrosini M., *L’invasione immaginaria. L’immigrazione oltre i luoghi comuni*, Laterza, Roma-Bari, 2020.

2. Chiaromonte W., *Ideologia e tecnica della disciplina sovranista dell’immigrazione. Protezione internazionale, accoglienza e lavoro dopo il “decreto Salvini”*, «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 2, 2019, p. 321 ss.

3. Così Savino M., *Il diritto dell’immigrazione: quattro sfide*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2, 2019, p. 385.

Prima di affrontare le criticità della normativa nazionale che regola l'accesso al lavoro degli stranieri, e le conseguenze prodotte dall'assetto delineato dal legislatore, è utile allora soffermarsi – accogliendo l'invito a superare quegli «steccati disciplinari che – nella cultura giuridica italiana più che in altre – preservano l'area del diritto dalla contaminazione con altre scienze sociali e la segmentano al suo interno»⁴, rendendo così ancor più difficoltosa la comprensione di un fenomeno complesso come quello migratorio – sulla narrazione delle migrazioni per motivi di lavoro che oggi sembra prevalere nel discorso pubblico. Tale narrazione si colloca nell'alveo della più generale narrazione politica, costruita sulla difesa delle frontiere, sulla chiusura dei porti e sul “prima gli italiani!”, che ha portato la questione migratoria al centro, forse come mai prima d'ora, del dibattito politico⁵.

Non si tratta, a ben vedere, di un fenomeno nuovo: già nel 2001, e per la prima volta, una coalizione aveva vinto le elezioni politiche inserendo le politiche migratorie al centro del proprio programma elettorale, al quale era poi stato dato seguito apportando modifiche sostanziali all'originario testo del TU attraverso la l. n. 189/2002 (c.d. “Bossi-Fini”)⁶. È in quegli anni, peraltro, che il binomio immigrazione-sicurezza ha iniziato a prendere piede, configurandosi «come un vero e proprio dispositivo normativo: i principali provvedimenti governativi rispetto all'immigrazione iniziano ad essere contenuti all'interno di decreti che affrontano il tema della sicurezza pubblica»⁷. E tale tendenza è proseguita anche nella successiva stagione dei c.d. “pacchetti sicurezza”, provvedimenti accomunati dalla restrizione della condizione giuridica dello straniero⁸. La circostanza di cui non si è tuttavia tenuto adeguatamente conto è che l'aumento dell'immigrazione irregolare, che i provvedimenti che si sono susseguiti nel tempo – da ultimo il “decreto sicurezza” (d.l. n. 113/2018, conv. in l. n. 132/2018) e il “decreto sicurezza *bis*” (d.l. n. 53/2019, conv. in l. n. 77/2019)⁹

4. Savino M., *op. cit.*, pp. 381-382.

5. Il rinnovato protagonismo della questione migratoria, pur essendo essa rimasta nell'ultimo ventennio ininterrottamente al centro del confronto politico e dell'attenzione dell'opinione pubblica, è testimoniato dal sensibile aumento del numero degli italiani che considerano l'immigrazione una priorità dal punto di vista politico: nel 2012 erano il 3%, nel 2018 sono diventati più del 35%: così Valbruzzi M., *L'immigrazione in Italia tra realtà, retorica e percezione*, «il Mulino», 5, 2018, p. 793.

6. Colucci M., *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai giorni nostri*, Carocci, Roma, 2018, p. 140.

7. Colucci M., *op. cit.*, p. 153.

8. Il riferimento, fra le altre, è alla l. n. 125/2009, di conversione del d.l. n. 92/2008; alla l. n. 94/2009; alla l. n. 217/2010, di conversione del d.l. n. 187/2010. Particolarmente significativa, in tale ottica, è stata l'introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (art. 10 *bis* TU), dopo che era stato sperimentato il funzionamento della sola aggravante di reato.

9. Per alcune considerazioni sulla possibile revisione dei due provvedimenti, che non si prospetta affatto semplice, considerate le profonde diversità di vedute fra le parti in gioco,

– hanno tentato di combattere mediante un più rigido controllo e un maggior rigore nella gestione del fenomeno migratorio, è in gran parte dovuta proprio alle evidenti inefficienze del sistema di gestione dei flussi in ingresso, soprattutto per motivi di lavoro, il cui funzionamento viceversa non è stato scalfito (ma su questo aspetto si tornerà nel § 3)¹⁰.

Gli assunti sulla base dei quali si tende a leggere, oggi, le migrazioni per motivi di lavoro possono essere sinteticamente riassunti nei termini che seguono: saremmo di fronte a una vera e propria invasione di stranieri, i quali verrebbero in Italia – mettendo a rischio la sicurezza pubblica – per rubarci il lavoro, abbassando di conseguenza i nostri salari e mettendo in crisi il nostro *welfare state*; è per tali motivi che la chiusura delle frontiere, di terra e di mare, rappresenterebbe l'unica strada percorribile, la quale potrebbe essere al più affiancata da un incremento della qualità e dell'efficacia degli aiuti allo sviluppo (secondo la logica dell'“aiutiamoli a casa loro”).

Ebbene, tali assunti non trovano riscontro nella realtà dei fatti.

2.1. *L'invasione che non c'è*

Anzitutto, come dimostrano i dati, non è in corso alcuna invasione da parte degli stranieri. Stando alle stime dell'ISTAT, gli stranieri residenti in Italia al 1° gennaio 2019 sono poco più di 5 milioni (per l'esattezza, 5.234.000, compresi i cittadini dell'Unione europea, vale a dire l'8,7% della popolazione totale¹¹).

Considerando anche l'impatto dell'immigrazione irregolare, per eccesso potremmo arrivare a poco meno di 6 milioni di persone: all'incirca il 10% del totale della popolazione italiana.

Quando, tuttavia, si passa a valutare non tanto il dato reale della presenza straniera, quanto piuttosto il dato percepito dagli italiani, si scopre che l'Italia

cfr. Chiaromonte W., *A un anno dai decreti sicurezza: eppur (qualcosa) si muove?*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2020.

10. Montanari A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, Cedam, Padova, 2010, p. 94. Sulle inefficienze che caratterizzano la regolazione del lavoro degli stranieri, e in particolare modo sui legami fra tali inefficienze e la diffusione del lavoro sommerso, cfr. Chiaromonte W., “L'(in)evitabile nesso fra regolazione del lavoro immigrato e diffusione del lavoro sommerso: spunti ricostruttivi”, in Canavesi G. (a cura di), *Dinamiche del diritto, migrazioni e uguaglianza relazionale*, EUM, Macerata, 2019, p. 249 ss.

11. ISTAT, *Indicatori demografici. Stime per l'anno 2018*, Statistiche report, 7.2.2019, www.istat.it/it/files//2019/02/Report-Stime-indicatori-demografici.pdf. Cfr. pure Fondazione Leone Moressa, “*Gli stranieri ci invadono?*”. *Analisi e considerazioni sulle dinamiche demografiche in corso in Italia e in Europa*, Mestre, 2020, www.fondazioneleonemoressa.org/new/wp-content/uploads/2020/01/COFFEE-BREAK-02-RICERCA.pdf; Ambrosini M., *op. cit.*, spec. p. 3 ss. Con particolare riferimento ai soli titolari e richiedenti protezione internazionale presenti in Italia al 2018, l'UNHCR stima che essi fossero 354.000, vale a dire lo 0,6% dell'intera popolazione del Paese.

è – fra i Paesi membri dell’Unione europea – quello dove l’errore percettivo, che misura appunto la distanza fra il dato reale e quello stimato dagli intervistati, è il più vasto: a fronte di una presenza straniera del 10%, gli italiani ne percepiscono il 25%, ossia più del doppio¹². I dati dell’Eurobarometro addirittura rilevano che gli italiani stimano che la quota della popolazione immigrata sia pari a circa 3,5 volte la cifra reale¹³. La sovrastima del numero degli immigrati presenti in Italia porta anche a considerare che il 40% siano disoccupati, mentre il tasso di disoccupazione degli stranieri si colloca – come, del resto, quello degli autoctoni – attorno al 10%¹⁴.

Questa *misperception*, peraltro, contrasta anche con la progressiva riduzione del numero degli ingressi di cittadini stranieri avvenuti nel nostro territorio negli ultimi due anni, e in particolare con quello degli sbarchi, che – com’è facile intuire – maggiormente pesa sull’opinione pubblica. Se è vero che la crisi migratoria deflagrata fra il 2014 e il 2015, dopo il fallimento delle c.d. “primavere arabe” e la conseguente instabilità politica che ne è derivata, specie in Libia e in Siria, ha determinato un consistente aumento degli sbarchi di migranti nei porti italiani¹⁵, e una parallela impennata delle richieste di protezione internazionale, a partire dal 2017 tali sbarchi sono andati diminuendo in maniera considerevole¹⁶.

Come è stato rilevato, a partire dal 2011, «rispetto al ventennio della grande crescita migratoria (1991-2011)», si evidenzia «una tendenza in cui la stabilizzazione dei flussi di ingresso e l’aumento dei flussi in uscita determinano una situazione per certi versi inedita»¹⁷. In altre parole, quelli che abbiamo

12. Valbruzzi M., *op. cit.*, p. 789, che ripropone i dati forniti da Istituto Cattaneo, *Immigrazione in Italia: tra realtà e percezione*, 2018.

13. European Commission, *Integration of Immigrants in the European Union*, Special Eurobarometer n. 469, 2018. In relazione alla (dis)informazione e alle opinioni dei cittadini di alcuni Paesi europei, Italia compresa, e degli Stati Uniti d’America in materia di migrazioni si vedano anche Alesina A., Miano A., Stantcheva S., *Immigration and Redistribution*, «NBER Working Paper», 24733, 2018, <https://scholar.harvard.edu/stantcheva/publications/immigration-and-support-redistribution>.

14. Allievi S., *5 cose che tutti dovremmo sapere sull’immigrazione (e una da fare)*, Laterza, Roma-Bari, 2018, pp. 45-46, il quale riporta i dati di una ricerca comparata, condotta dal National Bureau of Economic Research di Harvard, pubblicata nel giugno 2018.

15. Questo l’andamento degli sbarchi via mare fra il 2010 e il 2016: 4.406 nel 2010; 64.261 nel 2011; 13.267 nel 2012; 42.925 nel 2013; 170.100 nel 2014; 153.842 nel 2015; 181.436 nel 2016: cfr. Colucci M., *op. cit.*, p. 169.

16. Cfr. Villa M., *Sbarchi in Italia: il costo delle politiche di deterrenza*, «www.ispionline.it», 1.10.2018. Sono stati registrati 98.429 sbarchi nel 2017, 19.805 nel 2018, 9.648 nei primi dieci mesi del 2019: www.interno.gov.it/it/sala-stampa/dati-e-statistiche/sbarchi-e-accoglienza-dei-migranti-tutti-i-dati.

17. Colucci M., *op. cit.*, p. 187. A proposito della nuova ondata di emigrazione dall’Italia cfr. Pugliese E., *Quelli che se ne vanno. La nuova emigrazione italiana*, il Mulino, Bologna, 2018. Si consideri che nel solo 2017 sono emigrati quasi 200.000 italiani, a fronte di poco meno di 100.000 sbarchi: Allievi S., *op. cit.*, p. 9. Cfr. pure Fondazione Migrantes, *Rapporto italiani nel mondo 2019*, Tau Editrice, Roma.

appena vissuto sono anni che – al netto delle conseguenze determinate dalla crisi migratoria – hanno complessivamente registrato una fase di stabilizzazione, se non addirittura un vero e proprio calo, dei flussi migratori in ingresso¹⁸, peraltro non dovuta a una revisione della pianificazione delle politiche migratorie, in particolar modo per motivi di lavoro, i cui assi portanti restano tuttora quelli definiti dal TU.

2.2. *Il lavoro che non ci viene rubato, le retribuzioni che non vengono comprese*

Gran parte delle migrazioni sono motivate da ragioni di ordine economico: corrisponde al vero l'idea che una cospicua percentuale dei migranti che giungono in Italia con l'intenzione di rimanervi lo fanno con l'obiettivo di svolgerci un'attività lavorativa¹⁹. I flussi in ingresso, non a caso, tendono ad aumentare soprattutto laddove nel Paese ospitante esistono opportunità di lavoro che non sono adeguatamente soddisfatte dagli autoctoni. I migranti che riescono a trovare una collocazione nel nostro mercato del lavoro (con impieghi regolari o irregolari), dunque, non lo fanno riducendo – come troppo spesso si sente dire – le opportunità lavorative per gli italiani, e ciò perché, come è stato ampiamente dimostrato²⁰, nel nostro mercato del lavoro non vi è pressoché concorrenza fra immigrati e autoctoni, collocandosi piuttosto le due categorie di lavoratori su piani complementari. In altre parole, in Italia esiste un vero e proprio mercato del lavoro immigrato, complementare rispetto a quello degli italiani, i quali – nonostante gli elevati tassi di disoccupazione – spesso possono permettersi di evitare i c.d. *ddd* (*dirty, dangerous and demeaning*) jobs, che restano, di conseguenza, di prevalente appannaggio dei lavoratori stranieri²¹.

18. Bonifazi C., “Migrazioni e integrazioni nell'Italia di oggi: realtà e prospettive”, in *Id.* (a cura di), *Migrazioni e integrazioni nell'Italia di oggi*, IRPPS-CNR, Roma, 2017, p. 7.

19. Le migrazioni per ragioni umanitarie anche negli anni recenti, in cui le richieste di protezione internazionale sono andate aumentando, hanno difatti continuato a rappresentare una quota tutto sommato esigua dei flussi in ingresso. Nel 2017, anno in cui si è registrato in Italia il picco delle domande di protezione internazionale (128.850, secondo le stime di Eurostat: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/asylum-and-managed-migration/data/database>), le migrazioni per ragioni umanitarie hanno rappresentato il 37% circa del totale dei flussi diretti verso il nostro Paese: Coniglio N.D., *op. cit.*, p. 7.

20. Si vedano, ad esempio, Fondazione Leone Moressa, “*Gli stranieri ci rubano il lavoro?*”. *Analisi e considerazioni sul mercato del lavoro degli stranieri in Italia e in Europa*, Mestre, 2019, www.fondazioneleonemoressa.org/2019/11/11/coffee-break-lavoro; Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *IX Rapporto annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, 2019, spec. p. 16 ss.; Coniglio N.D., *op. cit.*, p. 3 ss.

21. Sul mercato del lavoro immigrato si veda, per tutti, Reyneri E., “Gli immigrati in un mercato del lavoro segmentato”, in *Id.*, *Introduzione alla sociologia del mercato del lavoro*, il Mulino, Bologna, 2017, p. 251 ss.; ma v. già Ambrosini M., *La fatica di integrarsi*.

L'assetto normativo che ci troviamo di fronte, come si vedrà a breve, anche fondandosi sul ricordato timore che gli stranieri possano ridurre le opportunità lavorative per gli italiani, contiene drasticamente il numero dei possibili nuovi ingressi per lavoro, e finisce così per incrementare gli ingressi irregolari e, di conseguenza, il mercato del lavoro sommerso²²; in questo modo, però, non si tiene adeguatamente conto della strutturale richiesta di lavoratori stranieri, quantomeno in taluni settori del mercato del lavoro²³. Gli stranieri, che peraltro sono spesso sovraistruiti rispetto alle mansioni svolte²⁴, sono difatti prevalentemente concentrati in alcuni settori, caratterizzati da lavori poco qualificati e a bassa specializzazione. Si tratta di una vera e propria segregazione occupazionale: i migranti restano generalmente esclusi dalle professioni più qualificate. Non a caso, l'aumento degli occupati stranieri che si è registrato nel periodo 2008-2016, vale a dire durante gli anni della crisi economica²⁵, ha riguardato principalmente i servizi alle famiglie, il comparto alberghiero e

Immigrati e lavoro in Italia, il Mulino, Bologna, 2001, nonché *Id.*, *Sociologia delle migrazioni*, III ed., il Mulino, Bologna, 2020, spec. cap. III (*Perché ne abbiamo bisogno: l'inserimento nel mercato del lavoro*). Cfr. pure Calafà L., *Il mercato del lavoro dei cittadini extra-Ue in trasformazione*, «Questione giustizia», 4, 2019, p. 82 ss.

22. Tale ragionamento è stato fatto proprio anche dall'ex Presidente dell'INPS Tito Boeri, il quale ha proprio affermato che, considerate le dinamiche demografiche e la struttura del nostro mercato del lavoro, «c'è una forte domanda di lavoro immigrato in Italia», e che «in presenza di decreti flussi del tutto irrealistici, questa domanda si riversa sull'immigrazione irregolare»: Boeri T., *Relazione annuale del Presidente INPS*, Roma, 4.7.2018.

23. Secondo il *Report Excelsior* di Unioncamere e Anpal sui fabbisogni occupazionali di medio termine, fra il 2019 e il 2023 il mercato del lavoro italiano avrà complessivamente bisogno di un numero di lavoratori compreso fra 2,5 e 3,2 milioni, dei quali almeno il 12% in relazione a professioni non qualificate e almeno il 17% nei settori della manifattura e dell'edilizia, comparti che registrano una presenza rilevante di occupati stranieri (https://excelsior.unioncamere.net/images/comunicati/01122018_com_previsioni2019_2023.pdf). A livello europeo, anche la Commissione ha recentemente riconosciuto un considerevole bisogno di manodopera, anche straniera, nei mercati del lavoro dei Paesi dell'Unione: la percentuale dei datori di lavoro che segnalano difficoltà nel coprire i posti vacanti è in aumento e si attesta, in media, a più del 40%. Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 12.9.2018, *Ampliare l'offerta di percorsi legali verso l'Europa, componente indispensabile di una politica migratoria equilibrata e globale*, COM (2018) 635 final.

24. Lo è il 37,4% degli stranieri, a fronte del 22,2% degli italiani: così Centro Studi e Ricerche IDOS (a cura di), *Dossier statistico immigrazione 2017*, IDOS, Roma, 2017.

25. In tale lasso di tempo siamo passati da 1,7 a 2,4 milioni di occupati stranieri, con un incremento del 41%. Ambrosini ha parlato, a tale proposito, di resilienza dell'immigrazione in Italia di fronte alla crisi: così Ambrosini M., *Perché e come gli immigrati continuano a lavorare in Italia*, «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», 4, I, 2017, p. 569 ss. Nello stesso periodo anche il peso della componente straniera sul totale degli occupati è cresciuto in maniera considerevole, passando dal 7,3% al 10,5%, e ciò a fronte della generale diminuzione del numero di occupati italiani: Centro Studi e Ricerche IDOS (a cura di), *cit.* Sui rapporti fra crisi economica e immigrazione cfr. Ambrosini M., Panichella N., *Immigrazione, occupazione e crisi economica in Italia*, «Quaderni di sociologia», 72, 2016, p. 83 ss.

della ristorazione, il comparto agricolo: si tratta proprio dei lavori, prevalentemente non qualificati, che hanno risentito in maniera minore del recente ciclo economico negativo.

Peraltro, i settori nei quali è più alta l'incidenza di lavoratori stranieri finiscono per coincidere con quelli nei quali si riscontra una maggiore presenza di occupati irregolari: edilizia (16,1%), agricoltura (23,4%) e lavoro domestico (58,3%)²⁶.

In breve, come i sociologi del lavoro hanno più volte messo in luce, possiamo parlare di un sottomercato del lavoro caratterizzato da bassi livelli di disoccupazione e, al contempo, da segregazione occupazionale in lavori di cattiva qualità²⁷, generando tale scarsa mobilità sociale, allo stesso tempo, fenomeni di "ghettizzazione" dei migranti²⁸. Tutto ciò lascia intendere quanto sia fuorviante la retorica ideologica, dominante nel dibattito pubblico sull'immigrazione, secondo la quale i migranti sottrarrebbero spazio economico agli autoctoni²⁹.

Strettamente connessa alla paura che i migranti ci rubino il lavoro c'è quella che il loro ingresso nel mercato del lavoro finisca per incidere negativamente sui livelli retributivi degli autoctoni. Anche in questo caso, però, si tratta di una paura quasi del tutto infondata. Le analisi empiriche di stampo economicistico, infatti, rilevano piuttosto che «gli immigrati in arrivo esercitano pressioni salariali soprattutto su altri immigrati e, molto meno, sui lavoratori autoctoni»³⁰. L'effetto complessivo sui livelli delle retribuzioni degli autoctoni è, come è stato dimostrato, quasi nullo, quando non addirittura leggermente positivo.

In particolare, gli effetti della presenza immigrata sui livelli retributivi tendono a essere positivi per gli autoctoni con elevati livelli di istruzione (che

26. Di Pasquale E., Stuppini A., Tronchin C., *Migranti economici cercasi*, «lavoce.info», 13.7.2018.

27. Cfr. Fullin G., Reyneri E., *Low Unemployment and Bad Jobs for New Immigrants in Italy*, «International Migration», vol. 49, n. 1, 2011, p. 118 ss.; Ambrosini M., *Perché e come gli immigrati...*, *op. cit.*, p. 561; Venturini A., Villosio C., *Are Migrants and Asset in Recession? Insights from Italy*, «Journal of Ethnic and Migration Studies», vol. 44, n. 14, 2018, p. 2340 ss.

28. In questi termini, da ultimo, McBritton M., *Lavoro extracomunitario, mercato del lavoro, contratti*, «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», 4, I, 2017, p. 583. Più in generale cfr. pure Saraceno C., Sartor N., Sciortino G. (a cura di), *Stranieri e disuguali. Le disuguaglianze nei diritti e nelle condizioni di vita degli immigrati*, il Mulino, Bologna, 2013.

29. Così, fra gli altri, Fondazione Leone Moressa, *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione. Edizione 2017*, il Mulino, Bologna, 2017, p. 71; Calafà L., Garilli A., *Introduzione*, «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», 4, I, 2017, p. 553.

30. Coniglio N.D., *op. cit.*, p. 20. Si stima, peraltro, che la retribuzione degli stranieri sia mediamente inferiore del 27,2% rispetto a quella degli italiani: cfr. ancora Centro Studi e Ricerche IDOS (a cura di), *cit.*

svolgono, quindi, lavori tendenzialmente complementari a quelli degli stranieri), e negativi per i soli autoctoni meno istruiti e che svolgono lavori prevalentemente manuali³¹. Peraltro, «l'effetto diretto negativo dell'immigrazione per una parte dei lavoratori nativi, dovuto ad una maggiore competizione sul mercato del lavoro, viene ridotto e spesso più che compensato da una serie di effetti indiretti: nuovi investimenti, miglioramenti della produttività, nuovi consumi e nuove opportunità lavorative *indotte* dall'immigrazione. Questi effetti indiretti spostano gradualmente l'impatto complessivo verso il segno positivo, ovvero tendono a tradursi in una maggiore crescita dell'economia locale e, infine, in migliori opportunità e benessere per i nativi»³².

Un ulteriore dato che è opportuno sottolineare riguarda gli effetti positivi dell'immigrazione sull'occupazione femminile: si constata una sensibile riduzione della distanza fra uomini e donne in termini di tasso di disoccupazione, determinata (anche) dalla disponibilità degli stranieri a svolgere lavori domestici e dalla conseguente possibilità per le donne italiane, specie per quelle più istruite, di lavorare per il mercato³³.

2.3. *Il welfare state che non è messo in crisi*

Un altro elemento della narrazione delle migrazioni che è presente nel discorso pubblico è quello che lega a doppio filo la progressiva insostenibilità del nostro sistema di *welfare* pubblico alla presunta eccessiva spesa sociale destinata ai migranti³⁴.

31. Cfr. Fusaro S., López-Bazo E., *The Impact of Immigration on Native Employment: Evidence from Italy*, «IREA Working Papers», 201822, 2018, University of Barcelona, Research Institute of Applied Economics, i quali hanno preso in considerazione il periodo 2009-2017. Un precedente studio aveva rilevato, come effetto della presenza immigrata nel mercato del lavoro, una crescita delle retribuzioni degli italiani e una conseguente compressione di quelle degli stranieri da tempo presenti in Italia, dal momento che la disponibilità degli stranieri a occuparsi dei *ddd jobs* ha consentito agli italiani di concentrarsi su occupazioni meglio retribuite (oltre che meno faticose e più prestigiose): cfr. Cingano F., Rosolia A., *Non sono concorrenti ma complementari*, «Libertà civili», 2, 2010, p. 45 ss.

32. Consiglio N.D., *op. cit.*, pp. 25-26, il quale ricorda pure (p. 14) che, secondo lo studio condotto sugli USA di Edo A., Rapoport H., *Minimum Wages and the Labour Market Effects of Immigration*, «IZA Discussion Paper», 11778, 2018, la fissazione di un salario minimo legale proteggerebbe i lavoratori autoctoni, specie quelli meno qualificati, dalla competizione con i migranti.

33. Allievi S., Dalla Zuanna G., *Tutto quello che non vi hanno mai detto sull'immigrazione*, Laterza, Roma-Bari, 2016, pp. 22-23. Si vedano pure Barone G., Mocetti S., *With a Little Help from Abroad: The Effect of Low-skilled Immigration on the Female Labour Supply*, «Labour Economics», vol. 18, n. 5, 2011, p. 664 ss.

34. Consiglio N.D., *op. cit.*, p. 56 ss., il quale richiama anche lo studio di Boeri T., *Immigration to the Land of Redistribution*, «Economica», vol. 77, n. 308, 2010, p. 651 ss., stando al quale proprio il costo fiscale dell'immigrazione costituirebbe la principale moti-

Premesso che non sono i differenziali di “generosità” dei sistemi di *welfare* a motivare i flussi migratori (ma piuttosto, e anzitutto, i differenziali retributivi e nei tassi di disoccupazione)³⁵, nel modello italiano di *welfare state* si rileva la presenza di una «doppia distorsione»: una distorsione funzionale, che qui preme mettere in luce, dovuta al fatto che gran parte della spesa sociale è assorbita dal sistema pensionistico, e una distorsione distributiva, che consiste nel netto divario di protezione, all’interno delle varie funzioni di spesa, fra le diverse categorie occupazionali³⁶.

Valutare l’impatto delle migrazioni sulla sostenibilità dello stato sociale italiano significa, dunque, essenzialmente valutarne gli effetti sulla sostenibilità del sistema pensionistico. Ebbene, le caratteristiche del nostro sistema pensionistico, nel quale – come è noto – i trattamenti previdenziali sono di regola commisurati ai contributi versati nell’arco dell’intera vita lavorativa, da un lato, e il fatto che buona parte degli stranieri decidano di tornare nel proprio Paese d’origine dopo pochi anni di residenza (e di contributi versati) in Italia, dall’altra, determinano la conseguenza che quasi mai i migranti arrivano a riscuotere una pensione nel nostro Paese, pur versando nelle casse degli enti previdenziali una cospicua quantità di contributi. In particolare, secondo stime dell’INPS, il contributo netto dei lavoratori stranieri – le cui pensioni sono interamente calcolate nell’87,56% dei casi con il metodo contributivo – al sistema previdenziale italiano è a oggi positivo e crescente, e raggiungerà nel 2040 un importo cumulato pari a oltre l’1,8% del Pil (più di 37 miliardi di Euro)³⁷.

Più in generale, molti studi confermano che i costi sostenuti dalla pubblica amministrazione per gli stranieri residenti in Italia sono ampiamente compensati da tasse e contributi versati dagli stessi lavoratori stranieri³⁸: «le analisi suggeriscono, a ragione, che l’immigrazione fa bene all’economia»³⁹. Nel 2016, ad esempio, l’8,8% del Pil nazionale è stato prodotto da stranieri, dai quali sono provenuti circa 17,7 miliardi di Euro di entrate fiscali, a fronte di una spesa a loro dedicata decisamente inferiore (stimata attorno ai 15 miliardi di Euro, pari all’1,75% del totale della spesa pubblica⁴⁰).

vazione della crescente ostilità registrata in Europa nello scorso decennio nei confronti del fenomeno migratorio.

35. Fra gli studi che smentiscono l’ipotesi c.d. del *welfare magnet* cfr. Giulietti C., Wahba J., “Welfare Migration”, in Constant F., Zimmermann K.F. (a cura di), *International Handbook on the Economics of Migration*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, p. 1015 ss.

36. Ferrera M., Fargion V., Jessoula M., *Alle radici del welfare all’italiana. Origini e futuro di un modello sociale squilibrato*, Marsilio, Venezia, 2012, pp. 7-15.

37. Cfr. INPS, *XVI Rapporto annuale*, luglio 2017, in particolare la parte III, *L’integrazione contributiva degli immigrati*, INPS, Roma, 2017, p. 96 ss.

38. Cfr., ad esempio, Di Pasquale E., Stuppini A., Tronchin C., *Non solo profughi: l’economia degli immigrati*, «lavoce.info», 27.1.2017.

39. Ferrera M., *La società del quinto stato*, Laterza, Roma-Bari, p. 36.

40. Fondazione Leone Moressa, *Rapporto annuale sull’economia dell’immigrazione. Edizione 2017*, op. cit.

Tornando alla sostenibilità del sistema pensionistico, essa in buona parte dipende dall'assetto demografico del Paese. Ebbene, le previsioni demografiche dell'ISTAT confermano una tendenza all'invecchiamento della popolazione italiana, e in particolare un crollo delle nascite e un allungamento delle prospettive di vita. L'entrata nel mercato del lavoro degli stranieri, che avviene generalmente in giovane età e, quindi, in età lavorativa, modifica sensibilmente la struttura per età della popolazione⁴¹, influenzando positivamente sui bilanci dei sistemi di protezione sociale.

L'apporto positivo fornito dagli stranieri lavoratori, quindi, consente di riequilibrare gli scompensi dovuti all'invecchiamento demografico della nostra società, e al conseguente aumento dei soggetti beneficiari di una rendita pensionistica. In altre parole, «l'analisi del contributo degli immigrati al sistema previdenziale e il loro basso impatto sulla spesa pensionistica permette [...] di affermare che il rapporto è particolarmente vantaggioso per il sistema previdenziale (come in tutti i paesi sviluppati), almeno finché la distribuzione per età della popolazione straniera rimarrà simile a quella attuale»⁴².

Se si passa, poi, dal versante previdenziale a quello assistenziale, non si può fare a meno di rilevare come sovente gli stringenti requisiti di accesso alle prestazioni assistenziali posti dalla legge finiscano per penalizzare proprio gli stranieri, buona parte dei quali rischiano di risulterne, di conseguenza, esclusi. Pur essendo oramai cessata la produzione di norme prevedenti prestazioni erogate sulla base della condizione della cittadinanza, il problema si pone tuttora in relazione al requisito della residenza prolungata per un certo periodo di tempo sul territorio nazionale, regionale o locale o, in alternativa, e talora in aggiunta, al possesso di un determinato titolo di soggiorno, la cui concessione presuppone una residenza prolungata sul territorio. Si tratta, come è evidente, di una condizione che – come è stato spesso sottolineato dalla giurisprudenza, specie della Corte costituzionale – è astrattamente idonea a dar luogo a forme di discriminazione indiretta, poiché un requisito del genere, apparentemente neutro, anche quando sia previsto indifferentemente per italiani e stranieri è idoneo a pregiudicare maggiormente gli interessi di questi ultimi⁴³.

41. Allievi S., Dalla Zuanna G., *op. cit.*, pp. 10-11, stimano che senza tale iniezione di nuova linfa vitale si verificherebbe una drastica diminuzione nel prossimo ventennio del numero di soggetti in età lavorativa (da 36 a 29 milioni).

42. Di Pasquale E., Stuppini A., Tronchin C., *Gli immigrati? Un affare per l'Inps se regolari e giovani*, «lavoce.info», 28.11.2017. Sul punto si vedano pure le considerazioni di Corazza L., “Immigrazione e welfare oltre il velo del pregiudizio”, in Corazza L., Della Morte M., Giova S. (a cura di), *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti. Asilo, minori, welfare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 265 ss., spec. p. 269 ss. Più in generale, cfr. Ravelli F., “La tutela previdenziale dei migranti”, in Chiaromonte W., Ferrara M.D., Ranieri M. (a cura di), *Migranti e lavoro*, il Mulino, Bologna, 2020, in corso di pubblicazione.

43. Per un riepilogo del ricco contenzioso giudiziale sul punto, e in particolare della giurisprudenza della Corte costituzionale, cfr. Chiaromonte W., Guariso A., “Discrimina-

Persino le prestazioni di contrasto alla povertà sono state, e sono tuttora, riservate ai soli titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, il che – come è evidente – si pone apertamente in contrasto con la finalità che sottostà alla concessione di tali provvidenze. In quest’ottica, si pensi al Reddito di cittadinanza, di cui al d.l. 28.1.2019, n. 4, conv. in l. 28.3.2019, n. 26, che è riservato – oltre che ai cittadini italiani e dell’Unione europea e ai familiari di questi ultimi – agli stranieri lungosoggiornanti, i quali devono cumulare il requisito del particolare titolo di soggiorno con quelli richiesti anche ai cittadini italiani, vale a dire almeno dieci anni di residenza in Italia, di cui gli ultimi due in modo continuativo, oltre alla residenza per tutta la durata di erogazione del beneficio, e ai quali è pure richiesto di produrre (oltre all’ISEE) un’attestazione – spesso impossibile da reperire – rilasciata dalla competente autorità dello Stato estero, tradotta in italiano e legalizzata dall’autorità consolare italiana, che certifichi la situazione reddituale e patrimoniale all’estero, nonché la composizione del nucleo familiare⁴⁴. È chiaro che tale intricata rete di requisiti finisca per limitare sensibilmente l’accesso degli stranieri alla prestazione e, di conseguenza, l’esborso da parte dello Stato.

Infine, raramente nel discorso pubblico sulle interconnessioni fra migranti e stato sociale si considera l’imprescindibile apporto fornito dagli stranieri in quanto produttori di *welfare*, in particolare con riferimento ai servizi di cura e di assistenza alla persona, e gli effetti negativi che si verificherebbero se tale apporto venisse meno: si consideri, solo per fare un esempio, che nel 2018 ben 613.269 lavoratori domestici, sul totale di 859.233, erano stranieri (senza, peraltro, che tali dati tengano in considerazione l’incidenza dei lavoratori stranieri irregolari)⁴⁵.

zioni e *welfare*”, in Barbera M., Guariso A. (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 329 ss., spec. p. 349 ss. Con riferimento alle diverse posizioni assunte dalla Consulta sul requisito della residenza qualificata come condizione di accesso alle prestazioni assistenziali si vedano, da ultimo, le sentenze nn. 106/2018, 107/2018 e 166/2018, da un lato, e 50/2019, dall’altro: cfr. Guariso A., *Le sentenze della Corte costituzionale 106, 107 e 166 del 2018: diritto alla mobilità e illegittimità dei requisiti di lungo-residenza per l’accesso all’alloggio e alle prestazioni sociali*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2018, e Corvaja F., *Straniero e prestazioni di assistenza sociale: la Corte costituzionale fa un passo indietro ed uno di lato*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2019, p. 244 ss. Più in generale, cfr. Savino M., “La Corte costituzionale e l’immigrazione: quale paradigma?”, in Aa.Vv., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 165 ss.

44. Ranieri M., “La tutela assistenziale dei migranti”, in Chiaromonte W., Ferrara M.D., Ranieri M. (a cura di), *Migranti e lavoro*, op. cit. Con d.m. del 21.10.2019 il Ministero del lavoro e quello degli affari esteri hanno previsto che tale attestazione non debba essere prodotta dai cittadini dei Paesi in esso individuati, in relazione ai quali è stata riconosciuta l’oggettiva impossibilità di ottenere la documentazione attestante i patrimoni immobiliari, reddituali e le condizioni familiari nel Paese d’origine del richiedente.

45. INPS, *Osservatorio sui lavoratori domestici*, www.inps.it/webidentity/banchedatistatistiche/menu/domestici/main.html.

3. Le principali criticità legate alla regolazione dell'ingresso per lavoro

E veniamo infine, dopo aver tentato di confutare gli assunti che oggi sono sovente posti alla base del discorso pubblico sulle migrazioni economiche, alle criticità della regolazione giuridica dell'ingresso e del soggiorno per motivi di lavoro.

I vari provvedimenti legislativi che si sono succeduti nel corso degli anni allo scopo di disciplinare il fenomeno migratorio non sono quasi mai stati in grado di governarlo adeguatamente⁴⁶. Neppure l'attuale assetto delle politiche migratorie ha dimostrato, alla prova dei fatti, di aver neutralizzato le innumerevoli carenze e inefficienze che da tempo lo caratterizzano. La gestione del fenomeno migratorio resta, difatti, affidata a un inadeguato strumentario concepito alla fine degli anni Novanta, uno strumentario assimilabile a una di quelle che l'economista Paul Krugman definirebbe «*zombie policy*», dal momento che esso continua a resistere anche se sarebbe dovuto soccombere da tempo di fronte all'evidenza di fatti che ne minano le premesse fondamentali⁴⁷.

E neppure – ciò che in questa sede maggiormente interessa – tale assetto è riuscito a stabilire un flusso ordinato di ingressi regolari congruente con l'offerta di lavoro. Anzi, ne è derivata una disciplina in materia di ingresso e soggiorno per motivi di lavoro che è particolarmente complessa e macchinosa, talmente rigida e intricata da mettere, nella pratica, gli stranieri nella condizione di trovarsi pressoché impossibilitati a entrare regolarmente in Italia (salvo poi essere periodicamente “sanati” *ex post*)⁴⁸, specie in un mercato del

46. Si vedano, da ultimo, in questo volume Colucci M., pp. 33 ss. e Bonetti P., pp. 751 ss.; cfr. pure Colucci M., “Immigrazione e lavoro in Italia: uno sguardo storico”, in Chiaromonte W., Ferrara M.D., Ranieri M. (a cura di), *Migranti e lavoro*, op. cit.

47. Krugman P., *Zombies of 2016*, «The New York Times», 24.4.2015, www.nytimes.com/2015/04/24/opinion/paul-krugman-zombies-of-2016.html, richiamato da Pastore F., *Zombie policy. Politiche migratorie inefficienti tra inerzia politica e illegalità*, «il Mulino», n. 4, 2016, p. 593 ss.

48. Chiaromonte W., Ferrara M.D., Malzani F., *The Migration Governance through Labour Law: The Italian Case*, «Rivista del diritto della sicurezza sociale», 2, 2019, p. 367 ss., spec. p. 373 ss. Merita di essere segnalata, in proposito, la proposta presentata il 12.11.2019 nell'ambito della campagna «Ero straniero. L'umanità che fa bene». Tale proposta è stata avanzata da una coalizione di associazioni che – dopo aver presentato nel 2017 la proposta di legge di iniziativa popolare «Nuove norme per la promozione del regolare permesso di soggiorno e dell'inclusione sociale e lavorativa di cittadini stranieri non comunitari», attualmente all'esame della Commissione Affari costituzionali della Camera, che fra l'altro prevede l'introduzione di un meccanismo di regolarizzazione su base individuale dei lavoratori stranieri irregolarmente soggiornanti – propongono ora al Parlamento e al Governo l'adozione di un provvedimento straordinario di regolarizzazione rivolto ai medesimi soggetti, che – secondo le stime dei proponenti – porterebbe nelle casse dello Stato un introito, in termini di gettito fiscale, contributi previdenziali e costi amministrativi, stimato in un miliardo di Euro per anno. Cfr. Di Pasquale E., Tronchin C., *Immigrazio-*

lavoro come il nostro, notoriamente basato – per gli stranieri, come pure per gli italiani – su procedure di tipo informale⁴⁹.

La carenza di meccanismi legali di ingresso (come pure di espulsione) effettivamente accessibili ha, quindi, comportato l'impossibilità pressoché assoluta di instaurare regolari rapporti di lavoro con gli stranieri, facendo lievitare il lavoro sommerso e sconvolgendo il mercato regolare in settori, come l'agricoltura e l'edilizia, cruciali per il Paese (oltre che facendo ulteriormente prosperare le organizzazioni criminali che da tali fenomeni traggono vantaggio, gestendo gli ingressi e la permanenza irregolare in Italia)⁵⁰.

Si tenga, peraltro, in considerazione il fatto che, come già si diceva, nel mercato del lavoro italiano esiste una strutturale richiesta di lavoratori stranieri (si pensi – oltre al già citato settore dei servizi alla persona, nel quale il lavoro sommerso è presente in maniera massiccia⁵¹ – al lavoro stagionale in agricoltura, che rappresenta una realtà decisamente macroscopica⁵²). Non-

ne, vantaggi e svantaggi di una sanatoria, «lavoce.info», 21.2.2020. Sull'accesso al lavoro degli stranieri cfr. anche, più in generale, Recchia G.A., "L'accesso al lavoro dei migranti economici", in Chiaromonte W., Ferrara M.D., Ranieri M. (a cura di), *Migranti e lavoro*, op. cit.; Martelloni F., "L'accesso al lavoro dei richiedenti e dei titolari di protezione internazionale", op. cit.

49. Sul ruolo "protettivo" giocato dal diritto del lavoro in relazione ai lavoratori migranti cfr., da ultimo, Dogan Yenisey K., *Protéger les droits des travailleurs migrants: un défi pour le droit du travail?*, «Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale», 3, 2019, p. 12 ss.; sullo stesso tema cfr. pure i contributi raccolti in Costello C., Freedland M. (a cura di), *Migrants at Work. Immigration & Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

50. Allievi S., Dalla Zuanna G., op. cit., pp. 137-138. Sui legami fra criminalità organizzata e sfruttamento dei lavoratori si veda il libro-inchiesta di Palmisano L., *Mafia caporale. Racconti di egemonia criminale sui lavoratori in Italia*, Fandango, Roma, 2017.

51. Per tutti, su questo tema, si veda Ambrosini M., *Immigrazione irregolare e welfare invisibile. Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, il Mulino, Bologna, 2013.

52. Cfr. Chiaromonte W., «Cercavamo braccia, sono arrivati uomini». *Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela*, «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 2, 2018, p. 321 ss.; Papa V., "Paradossi regolativi e patologie occupazionali nel lavoro agricolo degli stranieri", in Campanella P. (a cura di), *Vite sottocosto*, Aracne, Roma, 2018, p. 241 ss.; *Ead.*, "Il lavoro stagionale dei migranti", in Chiaromonte W., Ferrara M.D., Ranieri M. (a cura di), *Migranti e lavoro*, op. cit. Per un quadro aggiornato delle dimensioni del fenomeno cfr. Macrì M.C., *Il contributo dei lavoratori stranieri all'agricoltura italiana*, Crea, Roma, 2019. Sulla «patologia» del fenomeno (Chiaromonte W., "Fisiologia e patologia dell'impiego stagionale di lavoratori stranieri", in Chiaromonte W., Ferrara M.D. (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, FrancoAngeli, Milano, 2018, p. 127 ss.), che spesso si traduce in intermediazione illecita e/o sfruttamento lavorativo, si vedano anche le belle inchieste di Sagnet Y., Palmisano L., *Ghetto Italia. I braccianti stranieri tra caporalato e sfruttamento*, Fandango Libri, Roma, 2015; Omizzolo M., *Sotto padrone. Uomini, donne e caporali nell'agromafia italiana*, Feltrinelli, Milano, 2019; Manisera S., *Racconti di schiavitù e lotta nelle campagne*. Aut Aut Edizioni, Palermo, 2019. In relazione alle risposte istituzionali si segnala, da ultimo, il *Piano triennale di contrasto allo sfruttamento*

stante ciò, la forbice fra gli ostacoli legislativi che limitano l'accesso al lavoro, da un lato, e la strutturale richiesta di lavoratori stranieri, dall'altro, rimane drammaticamente divaricata. Di conseguenza, le norme concepite per far incontrare domanda e offerta di lavoro, sono state (e sono) sistematicamente eluse, e il numero di stranieri presenti nella nostra economia sommersa è andato crescendo (mentre è tutto sommato esiguo il numero dei lavoratori stranieri che attualmente soggiornano in Italia avendovi fatto regolarmente ingresso per motivi di lavoro).

L'assetto della programmazione dei flussi migratori in ingresso, specie per motivi di lavoro, delineato dall'art. 3 TU ha difatti determinato una chiusura pressoché totale dei canali d'ingresso regolare per lavoro (in pochi anni si è passati dai 250.000 permessi per lavoro, previsti dal "decreto flussi" del 2007, ai 30.850 previsti dai "decreti flussi" degli anni 2015-2019)⁵³, specie se si considera che le quote annualmente fissate sono in parte riservate alla conversione in permessi di soggiorno per lavoro di permessi rilasciati ad altro titolo (soprattutto per motivi di studio). Tale assetto, dunque, non pare essere coerente con l'effettiva capacità di assorbimento della forza lavoro straniera, soprattutto in relazione alla già segnalata strutturale richiesta di lavoratori stranieri, quantomeno in determinati settori del mercato del lavoro italiano⁵⁴.

Ciò ha, da un lato, contribuito a incrementare gli ingressi irregolari e, di conseguenza, ad alimentare il mercato del lavoro sommerso; dall'altro, ha spinto i flussi migratori in ingresso a incanalarsi nelle uniche altre strade ancora percorribili, vale a dire quelle della protezione internazionale, come da ultimo riscritta (e circoscritta) dal "decreto sicurezza", determinando una mutazione genetica del sistema di asilo che, pur non essendo ovviamente concepito per regolare i flussi dei migranti economici, almeno in parte è stato utilizzato da migranti motivati (anche) da ragioni di ordine economico⁵⁵. «Escludendo i motivi di famiglia e i motivi di studio, l'unica strada legale per entrare in Italia sembra garantita dall'opzione del diritto di asilo, che di fronte alla chiusura dei flussi per lavoro si configura come tentativo estremo per superare le maglie strettissime della politica migratoria italiana»⁵⁶.

lavorativo in agricoltura e al caporalato 2020-2022, approvato dal Ministero del lavoro il 20.2.2020: www.lavoro.gov.it/priorita/Documents/Piano-Triennale-contrasto-a-sfruttamento-lavorativo-in-agricoltura-e-al-caporalato-2020-2022.pdf.

53. Si veda in questo volume Paggi M., pp. 251 ss.

54. In questo senso, da ultimo, cfr. anche CNEL, *Nuovi ingressi per lavoro. Orientamenti e proposte del Consiglio*, 29.10.2019.

55. McBritton M., *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Cacucci, Bari, 2017, p. 37; de Martino C., *L'integrazione socio-lavorativa e il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», II, 2018, p. 522; Chiaromonte W., *Ideologia e tecnica della disciplina sovranista dell'immigrazione*, op. cit., spec. p. 337 ss.

56. Colucci M., *Storia dell'immigrazione... op. cit.*, p. 177.

Scelte restrittive in materia di migrazioni economiche hanno, quindi, prodotto una progressiva perdita di significato della stessa distinzione fra migrazioni per motivi economici e migrazioni per motivi umanitari⁵⁷, determinando un utilizzo strumentale dei benefici derivanti dalla protezione internazionale anche da parte di quei migranti la cui mobilità non è propriamente indotta da ragioni umanitarie⁵⁸. E, presumibilmente, coloro che non riusciranno a beneficiare di alcuna forma di protezione internazionale – anche in conseguenza delle continue e costanti restrizioni alle quali è andata incontro la protezione internazionale, e che sono culminate nell’emanazione del “decreto Minniti”, prima, e nel “decreto Salvini”, poi – permarranno nell’ombra dell’irregolarità e rinfoltiranno le fila dei disperati disposti (per non dire costretti) a lavorare nell’ambito dell’economia informale.

Passando all’esame delle principali criticità della speciale procedura che consente l’assunzione del lavoratore straniero⁵⁹ – la quale, peraltro, presenta significative divergenze rispetto al sistema ordinario di collocamento della manodopera nazionale – come è noto la l. Bossi-Fini ha generalmente subordinato all’esistenza di un valido contratto di lavoro la possibilità di ingresso e soggiorno regolari in Italia. In particolare, l’aspirante lavoratore straniero da un lato è tenuto a munirsi di un titolo che ne legittimi il soggiorno nel territorio dello Stato per motivi di lavoro, e dall’altro deve essere autorizzato a lavorare da parte dello Sportello unico per l’immigrazione.

57. In tal senso cfr. McBritton M., *op. cit.*, p. 34 ss. Cfr. pure D’Onghia M., *Immigrazione irregolare e mercato del lavoro. Spunti per una discussione*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2, 2019, p. 465, la quale sottolinea che «la bipartizione sembra riguardare non più le differenti manifestazioni del fenomeno bensì la loro regolamentazione».

58. Secondo Colucci M., *Storia dell’immigrazione... op. cit.*, p. 170, saremmo di fronte a una stagione nuova «in cui il tema delle politiche migratorie risulta notevolmente schiacciato sulla legittimità, l’organizzazione, la necessità della protezione internazionale per i richiedenti asilo».

59. Queste riflessioni sono limitate alla sola assunzione di lavoratori stranieri con contratto di lavoro subordinato, sia a tempo indeterminato, sia determinato, esulando dai limiti di questo scritto le ulteriori questioni connesse all’accesso dello straniero al lavoro autonomo. Ugualmente, non è preso in considerazione l’accesso dello straniero al pubblico impiego (rinviandosi da ultimo, su tale questione, a D’Antonio S., *L’accesso degli stranieri al lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2020, p. 132 ss.). Per una disamina più dettagliata dell’intera procedura, e in particolare degli elementi che determinano un disincentivo normativo all’assunzione di lavoratori stranieri, si rinvia a Chiaromonte W., *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 163 ss.; cfr. pure McBritton M., *op. cit.*, spec. p. 118 ss., nonché D’Onghia M., *op. cit.*, p. 467 ss. Si consideri, inoltre, che alla specialità delle regole che presiedono all’accesso dello straniero al mercato del lavoro nazionale non dovrebbero far seguito differenze di disciplina, e dunque di tutela, fra il lavoratore straniero e quello autoctono, e ciò in virtù del principio di parità di trattamento che trova il suo fondamento in una serie di disposizioni di livello tanto sovranazionale (si pensi all’art. 15, co. 3, della Carta di Nizza o all’art. 8 della Convenzione OIL n. 143/1973), quanto nazionale (a partire dall’art. 10 Cost. e fino ad arrivare all’art. 2, co. 2, TU).

Anzitutto, il presupposto della farraginoso procedura (delineata dagli artt. 22 ss. TU⁶⁰) consiste nel fatto che – ferma restando la capienza delle quote previste dal “decreto flussi” – il primo incontro fra domanda e offerta di lavoro debba necessariamente avvenire quando l’aspirante lavoratore si trova ancora nel suo Paese di origine. Lo straniero intenzionato a ottenere un permesso di soggiorno per motivi di lavoro è, difatti, tenuto a restare nel suo Paese di provenienza sino alla conclusione della lunga e farraginoso procedura di ingresso, non essendo ammissibile – salvo che lo straniero non sia già regolarmente soggiornante per altri motivi – la richiesta di assunzione presentata nei confronti di un soggetto che già si trovi in Italia.

Ciò, tuttavia, contrasta con il fatto che la procedura tipica di assunzione si fonda sul meccanismo della chiamata nominativa, la quale ovviamente presuppone che il datore di lavoro abbia già una conoscenza diretta dello straniero, nonostante che – è bene ribadirlo – questi debba necessariamente ancora trovarsi all’estero.

Tale congegno, rigido e macchinoso, oltre a non agevolare l’assunzione degli stranieri, preclude ogni tipo di contatto diretto tra domanda e offerta di lavoro. Esso finisce, dunque, per alimentare l’elusione delle regole e generare – come è stato dimostrato, in combinato alle peculiari regole dettate in tema di diritti previdenziali⁶¹ – irregolarità. Nella pratica è molto frequente, difatti, che lo straniero faccia ingresso irregolarmente in Italia, o comunque in virtù di un visto che non consente l’esercizio di un’attività lavorativa, entri poi in contatto con un datore di lavoro e quindi torni nel suo Paese di origine, per rientrare nuovamente in Italia, stavolta legalmente (con il rischio, peraltro, di non poterlo fare, se identificato come irregolare nel momento dell’uscita dal territorio italiano), secondo la procedura descritta dal TU (e, quindi, nell’ambito delle quote fissate dai “decreti flussi”).

In alternativa al canale di cui al “decreto flussi” – che è stato quindi svuotato quasi del tutto della sua funzione originaria di regolare gli ingressi, dal

60. Si tratta, come è stato sostenuto, di una «procedura bizantina che rende quasi impossibile l’ingresso regolare per lavoro» (McBritton M., *Prestazione di fatto e lavoro immigrato*, «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», 3, II, 2010, p. 551), o, ancora, di una burocrazia kafkiana, «impegnata a gestire, spesso in piena e talvolta anche arbitraria autonomia, il difficile *bilanciamento* tra le *ragioni inclusive delle libertà e delle opportunità* e le *ragioni esclusive dell’identità*» (Viscomi A., “La disciplina delle migrazioni economiche tra protezione dei mercati e promozione dei diritti. Spunti per una discussione”, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Tomo II, Cacucci, Bari, 2015, p. 1029).

61. Fungono, difatti, da deterrente all’instaurazione di un rapporto di lavoro regola anche le due eccezioni, normativamente previste, al principio di parità di trattamento in materia previdenziale, e che consistono rispettivamente nello speciale regime previdenziale disposto per i lavoratori stranieri stagionali (art. 25, co. 2, TU) e nel mancato rimborso dei contributi versati dal lavoratore straniero in caso di rimpatrio (art. 22, co. 13, TU): cfr. Chiaromonte W., Guariso A., *op. cit.*, p. 377 ss.; Ravelli F., *op. cit.*

momento che esso è diventato lo strumento con cui viene annualmente “sanata” la posizione degli immigrati già irregolarmente presenti in Italia, più che determinato preventivamente il numero dei nuovi arrivi dall'estero – l'emersione dall'irregolarità è stata periodicamente delegata alle procedure di sanatoria che, nei fatti, dietro la maschera della regolazione di nuovi ingressi, sono servite principalmente a regolarizzare la situazione di quanti già si trovavano irregolarmente in Italia.

Un secondo elemento critico consiste nell'abrogazione, ancora una volta per mano della l. Bossi-Fini, dello *sponsor* e del permesso di soggiorno per ricerca di lavoro. La versione originaria del TU, all'art. 23, prevedeva difatti l'istituto dello *sponsor*, tecnicamente «prestazione di garanzia per l'accesso al lavoro». Il garante poteva, promettendo certi impegni di sostentamento e alloggio, ottenere – nei limiti delle quote – un'autorizzazione all'ingresso dello straniero per consentirgli (per un anno) l'inserimento nel mercato del lavoro. Si trattava, quindi, di un'autorizzazione svincolata dal preventivo reperimento di un posto di lavoro. L'abolizione dell'istituto da un lato ha reso ulteriormente stringente il nesso tra soggiorno e lavoro, e dall'altro ha spinto inevitabilmente lo straniero in cerca di un'occupazione verso l'irregolarità e, quindi, spesso verso il lavoro sommerso⁶².

Un terzo fattore di criticità attiene alla reintroduzione, sempre a opera della l. Bossi-Fini, del c.d. *test* della necessità economica, ossia della regola della necessaria previa verifica, da parte del datore di lavoro, e al fine del rilascio dell'autorizzazione al lavoro, della indisponibilità di un lavoratore già presente sul territorio nazionale a occupare il posto di lavoro per il quale è stata avanzata una richiesta di assunzione (art. 22, co. 2, TU). Tale verifica, «idoneamente documentata», deve essere espletata dal datore di lavoro presso il competente Centro per l'impiego. Si conferma, in tal modo, il principio della preferenza per le assunzioni di lavoratori (italiani o stranieri) già presenti sul territorio, e, quindi, lo sfavore verso nuovi ingressi nel mercato del lavoro nazionale (pur essendo libero, peraltro, il datore di lavoro di rifiutare la disponibilità offerta)⁶³. Così facendo, però, si finisce paradossalmente per legittimare un principio che protegge il mercato del lavoro nazionale anche dalla nuova eventuale presenza immigrata regolare, senza che al contempo si ostacoli quella irregolare (che è quella maggiormente soggetta a essere oc-

62. Per far fronte alle criticità derivanti dall'impossibilità di fare ingresso in Italia per ricerca di lavoro si potrebbe ipotizzare la sperimentazione di schemi di immigrazione temporanea, già utilizzati in altri Paesi, sia pure con esiti variabili, allo scopo di contenere gli effetti negativi connessi all'immigrazione irregolare, da un lato, e di massimizzare i benefici economici del fenomeno migratorio, dall'altro. Cfr. Consiglio N.D., *op. cit.*, p. 125 ss. Sull'opportunità di una reintroduzione dello *sponsor* cfr. anche, da ultimo, CNEL, *Nuovi ingressi per lavoro, cit.*, p. 3.

63. Viscomi A., *op. cit.*, p. 1032.

cupata nell'economia sommersa)⁶⁴. Si rende in altre parole più onerosa, per il datore di lavoro, la scelta di avvalersi di un lavoratore straniero, dal momento che si appesantisce ulteriormente la procedura burocratica di verifica dell'indisponibilità⁶⁵. Peraltro, lo stesso ricorso alla manodopera straniera, con tutto ciò che comporta per il datore di lavoro in termini di adempimenti procedurali e burocratici, già di per sé dovrebbe rappresentare una buona garanzia dell'indisponibilità quantomeno di manodopera nazionale⁶⁶.

Un quarto e ultimo aspetto problematico che vale la pena menzionare è quello connesso ai particolari gravami imposti al datore di lavoro che voglia assumere uno straniero in conseguenza dell'introduzione, sempre per mezzo della l. Bossi-Fini, del contratto di soggiorno per lavoro subordinato (art. 5 *bis* TU), alla cui stipulazione è subordinato il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro. La vigente disciplina prevede, infatti, che la richiesta di assunzione dello straniero, presentata dal datore di lavoro al competente Sportello unico per l'immigrazione, debba necessariamente essere accompagnata da una documentazione che attesti la garanzia della disponibilità per il lavoratore straniero, fin dal momento della presentazione dell'istanza (e, quindi, ben prima dell'effettiva fruizione da parte del lavoratore), di un alloggio che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica⁶⁷, nonché l'impegno ad accollarsi le spese di rimpatrio del lavoratore straniero, nel momento in cui il rapporto di lavoro cesserà⁶⁸. Tali oneri aggiuntivi, che

64. Viscomi A., *op. cit.*, p. 1031.

65. Essa non è più affidata al rapporto diretto fra il Centro per l'impiego e lo Sportello unico per l'immigrazione, coinvolgendo ora in maniera diretta anche il datore di lavoro, il quale dovrà prima rivolgersi al Centro per l'impiego, allo scopo di ottenere l'idonea documentazione d'indisponibilità, e poi consegnarla allo Sportello unico assieme alla restante documentazione richiesta.

66. Così Castelli N., *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, «Lavoro e diritto», 2, 2003, p. 312.

67. La giurisprudenza di merito ha generalmente ritenuto discriminatoria la condotta di quei Comuni che avevano immotivatamente aumentato, in maniera significativa, il costo per il rilascio del certificato sull'idoneità alloggiativa, necessario per diversi procedimenti amministrativi richiesti ai soli cittadini stranieri (e, per quanto qui rileva, per la stipula del contratto di soggiorno per lavoro subordinato): cfr., fra gli altri, Tribunale di Brescia, ord. 8.7.2016, in *Banca dati ASGI* (www.asgi.it/giurisprudenza), che ha dichiarato discriminatorie le delibere dei comuni di Pontoglio e Rovato, i quali avevano aumentato (rispettivamente del 212% e del 624%) i diritti di segreteria relativi al rilascio della certificazione di idoneità alloggiativa, ritenendo che non vi fosse alcuna effettiva corrispondenza fra tale aumento e la prestazione erogata.

68. Tali elementi rappresentano dunque, in aggiunta a quanto normalmente previsto *ex art.* 2094 c.c., il contenuto essenziale del contratto, che privo di tali dichiarazioni non costituisce valido titolo per il rilascio del permesso di soggiorno. Sull'impossibilità di addivenire a una qualificazione certa del contratto di soggiorno in base agli ordinari canoni lavorativi cfr. Calafà L., *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 120, che per questo lo definisce «contratto impossibile». Lo definisce, invece, «fantasioso ircocervo normativo» Viscomi A., *op. cit.*, p. 1034.

sono posti a carico del datore di lavoro, appesantendo la procedura certamente rappresentano un deterrente al ricorso al lavoro straniero, se non altro dal punto di vista dei costi economici connessi all'instaurazione del rapporto di lavoro: è stato a tal proposito condivisibilmente sostenuto che, imponendo allo straniero condizioni di mercato più svantaggiose rispetto a quelle di cui può fruire il cittadino italiano o dell'Unione europea, il contratto incarna una «rilevante distorsione della libertà contrattuale degli stranieri sul mercato del lavoro»⁶⁹.

4. Qualche considerazione conclusiva: le esternalità positive della riapertura dei canali d'ingresso regolare per lavoro

Le difficoltà legate all'assunzione di lavoratori stranieri, imputabili principalmente a un apparato normativo come quello del TU – che prevede quote in ingresso del tutto esigue, impedisce l'ingresso per ricerca di lavoro e delinea una procedura amministrativa di assunzione particolarmente lunga e complicata – imporrebbero da un lato una complessiva riscrittura della disciplina sul lavoro dei migranti, quantomeno per far fronte alle molteplici criticità che si è cercato di porre in luce nel paragrafo precedente; dall'altro, una riapertura di canali di ingresso regolare, canali che sono, come si è visto, del tutto compatibili con il nostro mercato del lavoro, nonché funzionali – fra l'altro – alla tenuta del sistema pensionistico⁷⁰.

È proprio il sostanziale azzeramento delle possibilità di fare ingresso legalmente in Italia per motivi di lavoro – si consideri che l'Italia è il Paese europeo che rilascia il numero più basso di permessi di soggiorno per motivi di lavoro⁷¹ – a rappresentare, come è stato di recente sostenuto, una delle «profonde distorsioni che inquinano tuttora l'intera gestione del fenomeno migratorio»⁷². Si tratta, in sostanza, di una regolazione dei flussi migratori in ingresso che non è affatto calibrata sulle esigenze del mercato del lavoro, all'interno del quale – come si è visto – continuano invece a proliferare opportunità di lavoro, specie nei settori dell'edilizia, dell'agricoltura e dei servizi sanitari e familiari, e più in generale con riferimento alle mansioni meno qualificate (sia pure con tutti i rischi di segregazione occupazionale che di cui si è già detto).

Imporre barriere – che siano esse fisiche, come muri e fili spinati, o normative, come quelle derivanti da politiche migratorie particolarmente restrit-

69. A. Guariso, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, «Lavoro e diritto», 4, 2009, p. 564.

70. Così Zorzella N., *Il disordine sociale del decreto sicurezza*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2019. È questa la «cosa da fare» anche secondo Allievi S., *op. cit.*, p. 48 ss.

71. Nel 2018 sono stati rilasciati in Italia meno di 14.000 permessi di soggiorno per motivi di lavoro, vale a dire l'1,2% del totale dei permessi rilasciati in Europa: Di Pasquale E., Stuppini A., Tronchin C., *Ma perché l'Italia non vuole i migranti economici?*, «lavoce.info», 30.8.2019.

72. Così Amato G., *Immigrazione e asilo: problemi e prospettive*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2, 2019, p. 555.

tive – fra le opportunità lavorative presenti nei Paesi di destinazione e coloro che sono disposti a coglierle non serve certo a fermare i flussi migratori, ma piuttosto li muta da regolari a irregolari⁷³. Come esito delle politiche restrittive di accesso al mercato del lavoro si è, dunque, realizzata una distorsione del sistema di incontro fra domanda e offerta di lavoro, che in buona parte è stata proprio determinata dai vistosi ostacoli che oggi limitano fortemente le opportunità lavorative regolari per gli stranieri (e, di conseguenza, la concreta possibilità di esperire le tecniche di tutela dei diritti dei lavoratori stranieri che pure il nostro ordinamento prevede).

La riapertura dei flussi di migrazione regolare, parametrati alle reali esigenze del mercato del lavoro e al fabbisogno del sistema produttivo, ed eventualmente sulla base di una programmazione gestita anche a livello europeo⁷⁴, appare dunque una misura improcrastinabile. In quest’ottica, come è stato suggerito, si potrebbero valorizzare i rapporti con i Paesi d’origine scanditi non tanto da accordi di riammissione, quanto piuttosto da *mobility pacts*, «patti contraddistinti da una accentuata e plurima bilateralità, con flussi in uscita, ma anche di ritorno [...] e con rimpatri di irregolari comunque largamente compensati dai regolari e dalle loro rimesse»⁷⁵.

Tale riapertura potrebbe produrre una serie di esternalità positive, alle quali in conclusione è opportuno fare cenno.

Anzitutto, essa consentirebbe di intervenire sull’elevata attrattività del nostro Paese verso un’immigrazione irregolare e poco qualificata⁷⁶, con tutto ciò che ne consegue in termini di incentivazione di modelli produttivi fondati sullo sfruttamento intensivo dei lavoratori⁷⁷, favorendo invece un’immigrazione

73. Consiglio N.D., *op. cit.*, p. 111.

74. La proposta recentemente avanzata, relativa a un sistema europeo di programmazione dei flussi per motivi di lavoro, a partire dalla programmazione su base triennale di quote nazionali, contiene molti elementi che potrebbero utilmente essere innestati nel nostro ordinamento per consentire una più efficiente gestione dell’afflusso regolare e programmato di lavoratori stranieri, a iniziare dalla individuazione di parametri comuni ai Paesi membri dell’Unione europea nel calcolo del fabbisogno interno di manodopera straniera e dalla predisposizione di un “decreto flussi” annuale dell’Unione: cfr. Savino M., “Le condizioni per una credibile politica europea dell’immigrazione e dell’asilo”, in *Id.* (a cura di), *Per una credibile politica europea dell’immigrazione e dell’asilo*, Edizioni Fondazione Basso, Roma, 2018, p. 28.

75. Amato G., *op. cit.*, p. 558.

76. Secondo Consiglio N.D., *op. cit.*, p. 38 ss., sarebbero la vicinanza rispetto a Paesi con bassi tassi di istruzione terziaria, la struttura produttiva, caratterizzata da settori tradizionali e a bassa intensità tecnologica, e la presenza di politiche migratorie poco selettive verso i migranti con più elevati livelli di istruzione e qualifiche a determinare l’elevata attrattività del nostro Paese verso migranti a bassa qualifica e in condizione di irregolarità.

77. Si pensi, su tutte, alla filiera agroalimentare, che in buona parte si regge proprio su questo modello produttivo: cfr. Leccese V., *Lavoro, sfruttamento e tutele nella filiera agroalimentare*, «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 2, 2018, p. 245 ss., che introduce una serie di contributi sul tema dei rapporti fra filiera agroalimentare e

regolare, maggiormente qualificata e potenzialmente foriera di una significativa promozione dell'innovazione.

In secondo luogo, essa fornirebbe un importante contributo – sotto forma di gettito fiscale e di contributi previdenziali – al sistema produttivo e all'era-rio pubblico, in un contesto che, come si è visto, è caratterizzato da bassissimi tassi di natalità e da un progressivo invecchiamento demografico⁷⁸.

Ancora, essa permetterebbe di ridurre l'attuale tendenza, alla quale si è già fatto cenno, all'abuso del ricorso all'istituto della protezione internazionale, che oggi – a causa della impraticabilità di canali di ingresso regolare per lavoro – rappresenta nei fatti l'unica strada percorribile per acquisire un titolo di soggiorno⁷⁹.

Infine, essa condurrebbe a ridurre da un lato gli ingressi irregolari, rendendo meno fertile il terreno dal quale oggi traggono sostentamento le organizzazioni criminali che organizzano il traffico dei migranti gestendo gli ingressi e la permanenza irregolare in Italia (non dimentichiamoci che la tratta di esseri umani rappresenta il terzo *business* per ordine di grandezza e importanza delle mafie a livello mondiale dopo il traffico di droga e di armi)⁸⁰; dall'altro, essa porterebbe a limitare il ricorso al lavoro sommerso, che è determinato anche (se non soprattutto) dal modo in cui è strutturata la disciplina nazionale in materia di lavoro degli stranieri. È stata difatti dimostrata l'esistenza, fra immigrazione irregolare e lavoro sommerso, di una relazione che gli economisti definiscono di complementarità strategica: quanto più è vasto il settore informale, tanto più l'immigrazione irregolare risulta conveniente agli occhi di potenziali migranti; quanto più alto è il numero di immigrati irregolari, tanto più è allettante, dal punto di vista delle imprese, l'opzione di operare nel settore sommerso. Ridurre i rendimenti relativi del settore sommerso, attraverso politiche volte a ridurre il carico fiscale e/o a rinforzare l'attività di contrasto all'evasione fiscale, potrebbe, quindi, contribuire a limitare i flussi d'immigrazione irregolare⁸¹.

Viceversa, come si è visto, la messa in atto di politiche protezionistiche tende a generare l'effetto opposto, incrementando il numero degli stranieri "invisibili" che, non potendo essere regolarmente impiegati, poiché privi di un valido permesso di soggiorno, sono costretti a lavorare nel settore informale alimentando, in tal modo, il lavoro sommerso e le deprecabili pratiche di sfruttamento lavorativo che spesso sono a esso associate.

lavoro pubblicati anche nei fascicoli successivi della rivista. Cfr. pure, da ultimo, Lafor-
gia S., "Il contrasto allo sfruttamento lavorativo dei migranti", in Chiaromonte W., Ferrara
M.D., Ranieri M. (a cura di), *Migranti e lavoro*, op. cit.

78. Di Pasquale E., Stuppini A., Tronchin C., *Ma perché l'Italia...*, op. cit.

79. Cfr. *amplius* Chiaromonte W., *Ideologia e tecnica della...*, op. cit., spec. p. 335 ss.

80. Iovino R., "Le agromafie e il caporalato: liberiamoci dall'illegalità, restituiamo di-
gnità al lavoro", in Osservatorio Placido Rizzoto-Flai Cgil (a cura di), *Agromafie e capo-
ralato. Terzo rapporto*, Ediesse, Roma, 2016, p. 20.

81. Cfr. Camacho C., Mariani F., Pensieroso L., *Illegal Immigration and the Shadow
Economy*, «International Tax and Public Finance», vol. 24, 2017, p. 1050 ss.

L'ingresso per lavoro: la decretazione annuale dei flussi. Criteri ed evoluzione normativa

di Marco Paggi*

Sommario: 1. Premessa: dalla previa verifica di indisponibilità di manodopera alle “quote”. – 2. La riforma dalla memoria corta. – 3. La preclusione dell'ingresso per inserimento nel mercato del lavoro, ovvero la negazione della “catena migratoria”. – 4. Breve storia del contratto di soggiorno. – 5. Evoluzione della decretazione dei flussi migratori. – 6. Evoluzione quantitativa e qualitativa delle quote. – 7. Conclusioni.

1. Premessa¹

La necessità per il nostro ordinamento di dotarsi di una qualche forma di governo dei flussi migratori per ragioni di lavoro, ha trovato un primo formale riconoscimento con l'art. 2 del d.l. 416 del 30.12.1989, successivamente convertito con la c.d. “legge Martelli” n. 39/1990, che per la prima volta ha adottato l'ambizioso concetto di *programmazione annuale dei flussi di ingresso in Italia per ragioni di lavoro*.

Prima di allora la materia degli ingressi per ragioni di lavoro era regolata dalla legge 943/1986, la prima norma della Repubblica dedicata alla condizione di lavoro dei migranti²; invero, anche la rubrica dell'art. 5 di tale prima

* Avvocato del foro di Padova, socio ASGI.

1. Avvertenza: l'esposizione contenuta in questo articolo non ha la pretesa, per ragioni di spazio, di trattare i profili giuridico interpretativi di tutti gli istituti riferiti all'ingresso e al soggiorno per lavoro, essendo limitata unicamente all'analisi critica della disciplina italiana dei flussi migratori extracomunitari per motivi di lavoro subordinato, tralasciando altresì la disamina degli istituti previsti dal TU che risultano assai poco rilevanti sotto il profilo quantitativo, ovvero dell'impatto sui flussi migratori, quali l'ingresso ed il soggiorno per lavoro autonomo, le tipologie di ingresso “*extra quote*” (artt. 26 *bis*, 27, 27 *bis*, 27 *ter*, 27 *quater*, 27 *quinqes*, 27 *sexies*), come pure le ipotesi di conversione del titolo di soggiorno che non risultano condizionate dal c.d. regime delle quote.

2. Si tratta della legge che ha dato attuazione alla Convenzione O.I.L. n. 943 del 1975 sui diritti dei lavoratori migranti a seguito della precedente ratifica con l. n. 158/1981, san-

legge conteneva il riferimento alla *programmazione dell'occupazione dei lavoratori subordinati extracomunitari in Italia*, ma di fatto la norma conteneva disposizioni dedicate esclusivamente alle condizioni per il collocamento dei lavoratori già regolarmente soggiornanti nel territorio, sicché il fenomeno della pressione migratoria verso l'Italia, che pure era già allora ben percepibile (prova ne sia che la stessa legge ha introdotto la prima "sanatoria", consentendo la regolarizzazione di oltre 100.000 lavoratori), non veniva sostanzialmente affrontato e regolamentato nella sua globalità, bensì trattato con un approccio "atomistico", ovvero con la mera definizione della procedura di autorizzazione individuale all'ingresso, riferita a ciascuna singola offerta di assunzione. Infatti, l'art. 8 della l. n. 943/1986 condizionava il rilascio del visto di ingresso per lavoro al preventivo rilascio di un'autorizzazione su istanza del (solo) datore di lavoro, «previo accertamento di indisponibilità di lavoratori italiani e comunitari aventi qualifiche professionali per le quali è stata richiesta l'autorizzazione al lavoro».

In linea teorica, la procedura di autorizzazione così definita avrebbe potuto consentire l'ingresso di una quantità illimitata di lavoratori, a fronte della effettiva indisponibilità di manodopera in molti settori merceologici, specialmente per mansioni generalmente considerate poco appetibili dai lavoratori autoctoni.

L'applicazione pratica di tale disposizione ha invece prodotto nei fatti una prassi ben difficilmente praticabile e sostanzialmente ostruzionistica (che verrà più oltre esaminata), senza contare un ulteriore limite intrinseco di per sé assorbente, costituito dalla inverosimile pretesa di "incontro a distanza" tra domanda e offerta: in teoria, infatti, il datore di lavoro avrebbe dovuto (e dovrebbe ancor oggi) decidere di avviare una farraginoso procedura autorizzatoria per l'assunzione di un lavoratore *residente in un Paese extracomunitario*, senza avere avuto prima la possibilità non solo di conoscerlo personalmente ma nemmeno di vagliare in concreto le sue effettive capacità ed attitudini professionali.

Peraltro, non era all'epoca e non è mai stata ammessa sinora nemmeno la possibilità di convertire un permesso di soggiorno temporaneo per turismo in permesso per lavoro, quand'anche fosse dimostrata la sussistenza di tutti i presupposti prescritti (indisponibilità, quote, ecc.) per l'autorizzazione all'assunzione, cosicché persino coloro i quali avessero avuto occasione di incontrare una proposta di lavoro durante un breve soggiorno regolare avrebbero dovuto

cedendo principalmente il diritto di parità di trattamento tra lavoratori immigrati extracomunitari e nazionali ed il diritto al ricongiungimento familiare, integrando così le uniche disposizioni allora vigenti e contenute nel TU delle leggi di pubblica sicurezza approvato con R.D. 18 giugno 1931, n. 773, nonché nel suo reg. es., approvato con r.d. n. 635 del 6.5.1940.

fare rientro nel Paese d'origine ed attendere lungamente l'esito incerto della procedura azionata dal potenziale datore di lavoro³.

Il risultato del sistema di pretesa gestione dei flussi migratori per lavoro così sinteticamente descritto non è certo un mistero e non può essere smentito da alcuno, essendo di tutta evidenza: in pratica, salvo casi eccezionali quanto rarefatti, la totalità delle autorizzazioni all'ingresso per lavoro non stagionale rilasciate nel corso di tutti questi anni ha riguardato persone che erano presenti – e per lo più occupate – irregolarmente sul territorio nazionale e che, quindi, hanno fatto ritorno in patria una volta ottenuto (se e quando ottenuto e sempreché non fossero divenuti nel frattempo destinatari di un'espulsione) l'agognato nulla osta, onde richiedere ed attendere ulteriormente il relativo visto di ingresso per lavoro.

Di fatto, la procedura autorizzativa è sempre stata utilizzata come una sorta di “sanatoria” strisciante, in un contesto normativo che sostanzialmente non preveniva l'illegalità ma induceva l'ingresso irregolare, in quanto solo così poteva alimentarsi la speranza di successivo soggiorno regolare, ancorché futuro ed incerto.

L'annuncio nel dicembre 1989, da parte dell'allora vicepresidente del Consiglio dei Ministri On. Martelli, dell'imminente emanazione della riforma della normativa sull'immigrazione, venuta poi alla luce con il d.l. 416 del 30 dicembre 1989, suscitò entusiasmo tra coloro che si occupavano della materia, poiché in occasione della conferenza stampa che ne anticipava le linee guida non si mancò di enfatizzare quella che avrebbe dovuto essere la vera novità, ovvero la “svolta” rappresentata dall'annunciata introduzione di una *programmazione dei flussi migratori*⁴. In effetti, il d.l. n. 416 del 30.12.1989, convertito con la c.d. “legge Martelli” n. 39/1990, conteneva all'art. 2 tale ambiziosa

3. La questione, che presenta evidenti implicazioni di natura politica, se non anche puramente “elettorale”, si era posta e si pone più in generale anche in ambito comunitario; basti ricordare che, nel tentativo di ridurre il tasso di ingressi irregolari e di rendere effettivamente praticabile l'incontro tra domanda ed offerta, la Commissione aveva presentato in data 11.7.2001 la proposta di Direttiva COM(2001) 386, in cui era previsto all'art. 5 co. 2 che «le domande per il “permesso di soggiorno-lavoratore subordinato” devono essere presentate attraverso la rappresentanza dello Stato membro competente per il Paese di residenza legale, oppure direttamente nel territorio dello stesso Stato membro se il richiedente è già residente o si trova legalmente in tale territorio». Nel Libro verde sull'approccio dell'Unione europea alla gestione della migrazione economica COM/2004/0811 del 11.1.2005 la Commissione non ha mancato di ricordare con riferimento a tale proposta che «mentre le altre istituzioni europee hanno espresso parere favorevole, la discussione in seno al Consiglio si è limitata ad una prima lettura del testo». Come dire che non è stata presa in considerazione.

4. Lo scrivente ebbe all'epoca occasione di presenziare all'affollata conferenza stampa del Vicepresidente del Consiglio On. Martelli, sperando che fosse già disponibile il testo del decreto legge, ma venne invece diffusa una semplice “velina” che si limitava ad annunciare una non meglio definita *programmazione*.

espressione⁵, ma il complesso delle disposizioni era di tutt'altra portata: ne è risultato infatti che, al permanente vigore dell'art. 8 della l. n. 943/86, ovvero della procedura di *previa verifica di indisponibilità di manodopera*, si è aggiunto l'ulteriore limite delle c.d. *quote* annuali di ingresso, da determinarsi con appositi decreti interministeriali a seguito di una pletorica consultazione. Di fatto, tale nuovo limite si è dimostrato puramente teorico e persino superfluo, prova ne sia che i successivi decreti sono stati emanati sporadicamente – per essere poi “dimenticati” – e comunque senza indicare alcun tetto quantitativo o qualitativo, rinviando alla verifica delle condizioni stabilite dall'art. 8 della l. n. 943/1986⁶, che ha continuato a costituire il vero “blocco” degli ingressi.

La l. 6.3.1998, n. 40, “Disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero” che è alla base del TU di cui al d.lgs. n. 286/1998, prevedeva e prevede tuttora all'art. 3 un'astratta programmazione triennale delle politiche migratorie, che però non ha mai assunto particolare rilievo, prova ne sia che dal 2005 non è più stata nemmeno adottata⁷, risultando evidente che la vera politica dell'immigrazione si esprime piuttosto con la programmazione dei flussi o delle quote di più breve periodo. Essa, quindi, riprende il sistema già introdotto dall'art. 2 legge n. 39/1990 ma tuttavia abrogando al contempo, sia pure implicitamente, l'art. 8 della l. n. 943/86⁸.

5. Art. 2, co. 3, d.l. n. 416/89: «Con decreti adottati di concerto dai Ministri degli affari esteri, dell'interno, del bilancio e della programmazione economica, del lavoro e della previdenza sociale, sentiti i Ministri di settore eventualmente interessati, il CNEL, le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale e la conferenza Stato-regioni, vengono definite entro il 30 ottobre di ogni anno la programmazione dei flussi di ingresso in Italia per ragioni di lavoro degli stranieri extracomunitari e del loro inserimento socio-culturale, nonché le sue modalità, sperimentando l'individuazione di criteri omogenei anche in sede comunitaria. Con gli stessi decreti viene altresì definito il programma degli interventi sociali ed economici atti a favorire l'inserimento socio-culturale degli stranieri, il mantenimento dell'identità culturale ed il diritto allo studio e alla casa».

6. Si vedano d.m. emanati il 17.11.1990, il 20.12.1991 e l'8.1.1993, rispettivamente in G.U. n. 228 del 11.12.1990, n. 302 del 27.12.1991 e n. 7 del 11.1.1993.

7. Il Governo aveva predisposto tre documenti programmatici, nel 1998, nel 2001 e nel 2005, approvati rispettivamente con il d.p.r. 5.8.1998 (documento programmatico 1998-2000), il d.p.r. 30.3.2001 (documento programmatico 2001-2003) e il d.p.r. 13.5.2005 (documento programmatico 2004-2006). Nella XV legislatura il Governo ha sottoposto al parere delle Camere il quarto documento programmatico, relativo al triennio 2007-2009; col d.p.c.m. 9.1.2007 esso viene indicato come “in corso di elaborazione”; col d.p.c.m. 30.10.2007 viene indicato “in fase di avanzata predisposizione”; col d.p.c.m. 8.11.2007 viene nuovamente indicato “in fase di avanzata predisposizione”. Da allora in poi tutti i successivi decreti fanno constare che «il documento programmatico triennale non è stato emanato».

8. Sull'abrogazione implicita di tale norma cfr.: Ludovico G., in Nascimbene B. (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, p.770; nello stesso senso tutti gli altri Autori *ivi* citati.

Il più articolato sistema della decretazione sui flussi migratori, ovvero dello stanziamento periodico di quote, che più oltre verrà analizzato, si è quindi presentato in termini relativamente più funzionali: rimane il principio cardine dell'“incontro a distanza” tra domanda e offerta ma si consente almeno ai datori di lavoro la scelta individuale dei lavoratori, pur sempre se *residenti all'estero*⁹, ma senza soffrire il filtro quasi sempre invalicabile della *previa verifica di indisponibilità di manodopera*. Ciò nondimeno, il sistema delle quote di ingresso, che apparentemente è un sistema meramente tecnico, viene però utilizzato in modo prettamente politico, come mezzo di chiusura o di apertura delle frontiere¹⁰, che alternandosi alle ben note “sanatorie” (o “regolarizzazioni” o “emersioni”, che dir si voglia) non ha affatto incrementato la legalità, portando a constatare che «la disciplina di ingresso e soggiorno è costruita in modo da produrre irregolarità»¹¹.

2. La riforma dalla memoria corta

Prima di analizzare le peculiarità e l'evoluzione del sistema di definizione e gestione delle c.d. “quote”, non si può fare a meno di sottolineare la portata della modifica introdotta al testo originario del co. 2 dell'art. 22 del d.lgs. 286/98¹², le cui gravi implicazioni pratiche non risultano ancora così evidenti (tant'è che non hanno suscitato alcun allarme), per il semplice motivo che i suoi effetti non hanno potuto sinora prodursi, a fronte del mancato stanziamento di quote per lavoro a tempo indeterminato o a tempo determinato negli ultimi anni. Si è già detto, infatti, che la l. n. 40/1998 aveva abrogato

9. Si veda art. 22, co. 2, d.lgs. n. 286/1998.

10. Cfr. Miazzi L., *Il nuovo reato di ingresso e permanenza irregolare: profili sostanziali*, in atti del convegno *Incontro di studi sul tema: le novità della legislazione penale in materia di immigrazione*, Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 4-5 febbraio 2010. L'Autore non manca di osservare: «La definizione delle quote di ingresso infatti avviene, secondo la legge, al termine della consultazione di vari enti e associazioni; il fabbisogno di stranieri (tenuto conto dei pensionamenti, dei lavori sgraditi ecc.) si approssimava negli anni Novanta a circa 150.000 lavoratori l'anno, e dal 2000 a circa 200.000 [...] Ciò nonostante, i Governi hanno emesso dei decreti flussi per numeri molto inferiori, pari in media ad un quarto della richiesta reale».

11. Si rinvia al riguardo a quanto più diffusamente argomentato nel documento redatto da Magistratura Democratica e A.S.G.I., *Una svolta possibile e necessaria. Dieci punti per una nuova politica del diritto sull'immigrazione*, «Il Foro Italiano», 9, 2006, pp. 291-296.

12. L'art. 9, co. 7, lett. a), del d.l. n. 76 del 28.6.2013, convertito, con modificazioni, nella l. n. 99 del 9.8.2013, così testualmente dispone: «All'articolo 22 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 sono apportate le seguenti modificazioni: a) al co. 2, dopo le parole: “deve presentare” sono aggiunte le seguenti: “previa verifica, presso il centro per l'impiego competente, della indisponibilità di un lavoratore presente sul territorio nazionale, idoneamente documentata”; b) il co. 4 è abrogato».

l'art. 8 della l. 943/86, ma a seguito della modifica di cui all'art. 9, co. 7, lett. a), del d.l. n. 76 del 28.6.2013 (convertito, con modificazioni, nella l. n.99 del 9.8.2013) si può ben dire che “ciò che è uscito dalla porta è rientrato dalla finestra”. Per l'appunto, è stata reintrodotta la *previa verifica di indisponibilità di manodopera*, che per di più dovrebbe esperirsi con modalità ancor più farraginose del passato e con una funzione ancor più evidente di sostanziale “blocco” degli ingressi legali.

Per chi non ha dimestichezza col sistema di collocamento è necessario fare un raffronto tra la “vecchia” e la “nuova” disciplina; si tratta di argomento che ha suscitato sia in passato che attualmente ben poca attenzione tra chi si occupa di “politica del diritto” anche con particolare riguardo al fenomeno migratorio; ma si tratta di un piccolo ingranaggio che da solo è in grado di bloccare il sistema.

Giova ricordare che, sotto la vigenza dell'art. 8 della l. n. 943/86, le circolari ministeriali imponevano per ciascuna richiesta di autorizzazione una farraginosa verifica burocratica sulla indisponibilità di manodopera a livello locale: l'ufficio provinciale del lavoro doveva inoltrare a tutti gli uffici circoscrizionali di collocamento¹³ la segnalazione di interesse del datore di lavoro (il quale, invece, aveva già deciso chi assumere), che doveva rimanere pubblicata per almeno un mese senza incontrare riscontri positivi; in ogni caso doveva altresì essere verificato che tra i soggetti formalmente disoccupati che risultavano iscritti nelle liste di collocamento non vi fosse alcuno in possesso della qualifica per la quale era stata richiesta l'autorizzazione; diversamente, veniva segnalata al datore di lavoro l'astratta disponibilità di disoccupati tra gli iscritti alle liste – pure se residenti a notevole distanza, magari al capo opposto del territorio provinciale – con invito ad offrire ad essi l'occupazione ed a dimostrare eventualmente, con modalità non precisate¹⁴, la loro indisponibilità o non idoneità.

Anche volendo tralasciare la tempistica degli ulteriori passaggi burocratici (necessità di successivo nulla osta della competente questura, previo parere favorevole del Ministero dell'interno, quindi della trasmissione al Ministero

13. Siamo ancora nel periodo anteriore alla riforma del mercato del lavoro che ha dato luogo all'istituzione dei centri per l'impiego.

14. Senza voler qui approfondire la disciplina generale del mercato del lavoro allora vigente, basti qui far presente che all'epoca non era più utilizzata la prassi della convocazione del lavoratore disoccupato iscritto alle liste e della consegna della c.d. *lettera di avviamento* presso l'azienda teoricamente interessata, affinché fosse verificabile l'esito dell'incontro tra domanda e offerta, ciò che rendeva difficile, se non impossibile per le aziende, dimostrare che il lavoratore non era interessato o non possedeva i necessari requisiti di professionalità. A tutt'oggi, un problema analogo si ripropone anche con più limitato riferimento alla normativa in tema di “reddito di cittadinanza”, che non specifica esattamente come far constare il rifiuto più o meno motivato, da una o dall'altra parte, di formalizzare l'assunzione del beneficiario a seguito di *congrua* offerta di impiego.

degli esteri per la successiva autorizzazione al rilascio del visto di ingresso da parte della competente rappresentanza consolare), questa procedura di *previo accertamento di indisponibilità* presentava diversi limiti, per lo più insuperabili. Anzitutto, il nostro sistema di collocamento era basato su una registrazione dei disoccupati che, se da un lato era funzionale all’attestazione di tale condizione (per fruire di prestazioni economiche e di incentivi al reimpiego), dall’altro non consentiva di acquisire una “fotografia” vagamente affidabile delle competenze professionali, limitandosi a recepire la formale qualifica precedentemente posseduta (ad es. “operaio metalmeccanico di IV livello”) o nella migliore ipotesi a descrivere le mansioni svolte in modo sommario ed astratto (ad es. “carpentiere”, senza specificare le molteplici ed alquanto diverse declinazioni pratiche di tale figura professionale negli svariati ambiti produttivi), ovvero a formalizzare l’iscrizione come “operaio generico”, laddove è di già evidente che la mancata descrizione delle mansioni effettivamente svolte in precedenza non consente ad un’impresa di valutare la corrispondenza in concreto col proprio fabbisogno. Il risultato di tale prassi è stato quindi di produrre nella maggior parte dei casi – dopo un’attesa di mesi – il diniego di autorizzazione motivato in base alla formale risultanza di manodopera astrattamente idonea e disponibile sul mercato del lavoro locale. Se poi si considera la diffusa tendenza ad assumere gli immigrati senza riconoscimento della qualifica corrispondente alle mansioni di effettiva destinazione¹⁵, l’esito della verifica di indisponibilità risultava addirittura scontato, essendo praticamente impossibile che presso gli uffici di collocamento non risultassero persone iscritte come “operaio generico”, ancorché indisponibili nei fatti ad accettare un impiego ritenuto poco appetibile. Senza contare che all’epoca, e quantomeno fino all’entrata in vigore del sistema informatico di comunicazione UNILAV¹⁶, accadeva normalmente che le nuove assunzioni non venissero “incrociate” con il sistema di collocamento, facendo così risultare formalmente alla ricerca di occupazione persone già rioccupate in forma subordinata od autonoma (o persino defunte...).

Tutto ciò, ovviamente, senza contare l’altro requisito “cardine” della procedura autorizzativa, che come si è già detto era ed è tuttora (salvi i limitatissimi casi in cui è riconosciuta la c.d. “convertibilità” del titolo di soggiorno) la residenza all’estero del lavoratore interessato all’assunzione.

Si trattava in pratica di superare un difficile ed estremamente aleatorio percorso ad ostacoli, che pretendeva di dare per scontata una teorica dispo-

15. Cfr. Perocco F., “Le discriminazioni razziali nel lavoro: un fenomeno sistemico e multidimensionale”, in Ferrero M., Perocco F. (a cura di), *Razzismo al lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 2011, p. 70. Il fenomeno del pressoché sistematico inquadramento contrattuale dei lavoratori immigrati ad un livello inferiore rispetto alle mansioni effettive svolte è stato peraltro oggetto nel corso di questi anni di diverse rilevazioni, sostanzialmente univoche e confermate, da parte delle organizzazioni sindacali.

16. Si veda d.lgs. n. 181 del 21.4.2000.

bilità dei datori di lavoro – imprenditori e non – a tralasciare le loro legittime esigenze di manodopera mantenendo a disposizione del candidato prescelto il posto di lavoro per un tempo lunghissimo di “gestazione” della procedura, quantomeno diversi mesi nella più fortunata delle ipotesi...

Ora, la riferita novella normativa affida ai centri per l'impiego tale verifica di indisponibilità, che poi dovrà essere fatta constare al competente sportello unico per l'immigrazione per il rilascio del nulla osta e per il successivo rilascio del visto da parte della competente rappresentanza consolare (a sua volta tutt'altro che celere). Il perdurante “blocco” delle quote di ingresso per lavoro a tempo determinato ed a tempo indeterminato non ha fatto ancora emergere la ricaduta pratica di tale disposizione¹⁷, ma non è difficile immaginare che tale verifica incontrerà difficoltà del tutto analoghe a quelle riscontrate in passato, poiché al di là della proclamata maggiore efficienza del sistema di collocamento pubblico vigente è ben noto che la compilazione delle schede anagrafico-professionali si limita generalmente ad individuare i settori merceologici di precedente impiego e rinvia quindi all'utilizzo della classificazione ISTAT¹⁸, che non individua specifiche mansioni ed esperienze professionali bensì dei profili piuttosto generici, diversamente da quanto invece dimostrano di saper fare meglio – avendone evidente interesse – le agenzie di somministrazione del lavoro. Prova ne sia che a tutt'oggi, purtroppo (e sia pure con rilevanti differenze di performance tra le diverse strutture operative), i centri

17. Invero, l'art. 24, in tema di procedura per l'autorizzazione all'ingresso per lavoro subordinato a carattere stagionale, prevede al co. 1 che «si applicano, ove compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 22, ad eccezione dei co. 11 e 11 *bis*»; tuttavia non risulta che per tale categoria di lavoratori sia stata operata sinora la “previa verifica” di cui trattasi. Tuttavia, una recentissima nota in data 8.3.2019 del Ministero dell'interno – Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione – Direzione centrale per le politiche dell'immigrazione e dell'asilo, inviata alla Prefettura UTG di Caserta, avente ad oggetto “Nulla osta al lavoro subordinato a tempo determinato e indeterminato ai sensi dell'art. 22 TU d.lgs. 286/98”, recita quanto segue: «Con riferimento alla nota n. 24074/Area IV. SUI del 8.3.2019 si precisa che ai sensi dell'art. 22 co. 2 e 4 TU Immigrazione d.lgs. 286/98 il datore di lavoro italiano o straniero che intende instaurare in Italia un rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato o indeterminato con uno straniero residente all'estero, deve verificare presso il centro per l'impiego competente l'indisponibilità di un lavoratore presente nel territorio nazionale. A tal fine dovrà produrre ed allegare all'istanza idonea documentazione (ad esempio, Attestazione del Centro per l'impiego) atta a dimostrare la verifica effettuata». Stante la sostanziale disponibilità di quote per il solo lavoro stagionale in base al decreto di programmazione per l'anno 2019 (per le residue quote ivi previste e destinate ai casi di conversione non è prevista da alcuna norma la “previa verifica di indisponibilità”), si è quindi diffuso il dubbio che la “previa verifica di indisponibilità” sia ora disposta anche per i lavoratori stagionali. Un sondaggio informale svolto dallo scrivente presso alcuni centri per l'impiego sembra invece confermare, quantomeno al momento della redazione delle presenti osservazioni, la prassi precedentemente in uso di omettere tale verifica per il lavoro stagionale.

18. V. www.istat.it/it/archivio/18132, *Nomenclatura e classificazione ISTAT delle Unità Professionali*.

per l'impiego notoriamente non soddisfano in modo apprezzabile l'esigenza di incontro tra domanda e offerta nel mercato del lavoro.

Inoltre, non si può fare a meno di sottolineare che la citata novella prevede che il datore di lavoro sia onerato di documentare che tale verifica sia effettuata presso il centro per l'impiego *sul territorio nazionale*, omettendo di considerare che l'attuale strutturazione su base regionale del sistema di collocamento ha dato luogo alla creazione di banche dati non solo indipendenti e diversamente strutturate tra loro ma soprattutto "non comunicanti"¹⁹.

A ciò si aggiunga che la contestuale abrogazione del co. 4 dell'art. 22 d.lgs. n. 286/98 – *ex art. 9, co. 7, lett. a)*, del d.l. 28 giugno 2013 n. 76 – ha comportato pure la soppressione del meccanismo di silenzio-assenso, una volta decorsi 20 gg. dalla diffusione dell'offerta di lavoro (abrogando implicitamente quanto disposto dall'art. 30 *quinques*, co. 2, del d.p.r. 394/1999), per cui non è necessario uno sforzo di fantasia per immaginare che la domanda nominativa di nulla osta *ex art. 22* possa essere tenuta in sospenso a tempo indefinito mentre la teorica offerta, contrapposta ad una scelta individuale già fatta dal datore di lavoro, continua a "rimbalzare" tra le diverse strutture regionali dei servizi per l'impiego e quindi presso i centri per l'impiego operanti sul territorio nazionale, con inutile aggravio di attività burocratica fine a se stessa.

Peraltro, a conferma della quantomeno parziale inattendibilità dell'incontro istituzionale tra domanda e offerta, va considerato come sia notorio che per molte tipologie di lavori il sistema di collocamento (sia pubblico che privato) non viene quasi mai utilizzato, preferendosi il "passa parola" od altri mezzi più o meno informali di relazione, sicché la domanda e l'offerta non vengono affatto rilevate ufficialmente; ciò non di meno (beninteso, quando i rapporti di lavoro vengono instaurati regolarmente), il mercato del lavoro vive comunque – piaccia o meno – di vita propria, sennonché i lavoratori aspiranti all'immigrazione regolare, come i candidati datori di lavoro, sono di fatto costretti a soffrire un complicato "filtro" burocratico basato su risultanze che almeno in larga parte non riflettono la realtà vivente del mercato del lavoro.

È appena il caso di considerare che la verifica di indisponibilità potrebbe comunque essere salvaguardata senza la necessità di "filtrare" individualmente le richieste di nulla osta con un sistema così complicato, se appunto lo scopo fosse solo quello di assicurare la preferenza per l'occupazione dei lavoratori già

19. Vi è poi al riguardo un'altra lacuna abbastanza evidente, laddove non si prevede – e si tratta di un problema già verificatosi sotto la vigenza dell'art. 8 della l. n. 943/86 – cosa accade nell'ipotesi in cui sia poi il datore di lavoro a constatare la non idoneità o, addirittura, la concreta indisponibilità del lavoratore nazionale o comunitario propostosi (o propostogli) nel corso della procedura. In questo caso, non essendo prevista una specifica modalità di verifica, il rischio non tanto remoto è che si possa richiedere una sorta di *pro-batio diabolica* al datore di lavoro, sulla concreta indisponibilità o peggio sulla non effettiva idoneità professionale rispetto alle mansioni richieste di lavoratori che, invece, sotto il profilo burocratico risultano astrattamente disponibili ed idonei.

residenti in Italia: infatti, sarebbe molto più semplice semmai “capovolgere” il metodo di verifica, basando la decretazione delle quote sulla reportistica dei servizi per l’impiego, che per grandi aggregati potrebbe evidenziare i settori e le qualifiche per le quali sussiste scarsità di offerta e contemporanea domanda (ad es. lavoratori domestici, autisti, operai edili, saldatori, ecc.). D’altra parte, il fatto stesso che le domande di nulla osta siano sempre risultate in quantità nettamente superiore rispetto alle quote messe a disposizione costituisce ulteriore prova di scelte in cui le valutazioni tecniche risultano sistematicamente soccombenti di fronte a valutazioni di opportunità squisitamente politica.

Sembra piuttosto evidente, dunque, che la concezione di un siffatto sistema non risponde tanto all’esigenza di garantire priorità all’occupazione dei lavoratori italiani o stranieri presenti sul territorio (od ai lavoratori comunitari non residenti in Italia), quanto piuttosto di mantenere e – se mai ve ne fosse stato il bisogno – di rafforzare la politica di sostanziale “blocco” degli ingressi, di fatto inducendo la produzione di lavoro nero e di ingressi irregolari, con le note conseguenze in termini di allarme sociale e di sfruttamento.

D’altra parte, anche a prescindere dall’evoluzione dei meccanismi normativi volti a verificare il fabbisogno di manodopera, resta sopra tutto il limite assorbente del preteso “incontro a distanza” tra domanda e offerta; si tratta in definitiva di un limite sostanzialmente non rispettabile da ambe le parti se non solo ufficialmente, laddove è infatti notorio che le procedure di autorizzazione all’ingresso per lavoro subordinato – fra una “sanatoria” e l’altra in tutti questi anni – sono state quasi sempre utilizzate per “regolarizzare” situazioni di preesistente soggiorno irregolare.

3. La preclusione dell’ingresso per inserimento nel mercato del lavoro, ovvero la negazione della “catena migratoria”

La l. n. 189/2002 – c.d. legge Bossi-Fini – ha soppresso uno degli istituti più importanti della precedente normativa, previsto dall’art. 23 TU ed ulteriormente regolato dagli artt. 34 e 35 d.p.r. n. 394/1999²⁰: si tratta della cosiddetta “sponsorizzazione”, ovvero una specifica modalità di autorizzazione all’ingresso a fronte di una prestazione di garanzia, che poteva essere rilasciata, sempre che non vi fossero motivi ostativi all’ingresso e al soggiorno, nei limiti delle quote volta per volta fissate. La garanzia, che veniva prestata alla questura

20. L’abrogazione dell’originaria versione dell’art. 23 citato è stata disposta dall’art. 19 della l. n. 189/2002, che ha sostituito il testo con la norma sui “titoli di prelazione” nell’ingresso su chiamata “numerica” dei lavoratori previamente formati negli stati di origine ed iscritti in apposite liste di candidatura, in base ad intese stipulate con gli stessi stati; mentre l’abrogazione, degli artt. 34 e 35 d.p.r. n. 394/1999, già intervenuta implicitamente, è poi stata formalizzata in sede di modifica del regolamento di attuazione, con la sostituzione dei rispettivi testi *ex* artt. 29 e 30 d.p.r. n. 334 del 18.10.2004.

(c.d. garanzia “a prima richiesta”, come nelle fideiussioni per gli appalti pubblici) al momento della presentazione della domanda di autorizzazione, era sotto forma di polizza assicurativa o di fideiussione bancaria per la somma stimata necessaria a coprire sostentamento, alloggio e cure mediche per un anno, durante il quale era consentita la ricerca di lavoro. Se in questo periodo lo straniero “sponsorizzato” riusciva a trovare il posto di lavoro il permesso si convertiva in un permesso per lavoro subordinato, altrimenti, allo scadere dell’anno, doveva tornare nel Paese di origine e comunicare il suo rientro all’Ambasciata, che informava la questura onde “sbloccare” la fideiussione rilasciata dal garante. Potevano stipulare tale garanzia sia singoli, cittadini italiani e stranieri regolarmente presenti nel territorio, sia enti collettivi come regioni, enti locali, associazioni professionali o sindacali, nonché associazioni di volontariato che operavano nel settore dell’immigrazione da almeno tre anni e fornite di tutti i requisiti richiesti²¹. La relativa procedura, a seguito dell’inoltro della richiesta di autorizzazione all’ingresso da parte del garante, veniva sostanzialmente gestita dalle questure secondo l’ordine cronologico di presentazione delle domande e sino ad esaurimento delle apposite quote; quindi veniva rilasciato il visto di ingresso ed il candidato veniva iscritto alle liste di collocamento, ricevendo il permesso di soggiorno per un anno per “inserimento nel mercato di lavoro”.

Si trattava di una procedura nettamente più snella e rapida rispetto all’ingresso “per lavoro”, poiché non comportava alcun vaglio preliminare di una proposta contrattuale di assunzione e si risolveva praticamente nel mero controllo della documentazione prescritta e della insussistenza di circostanze ostative a carico del candidato e del garante.

Il Governo dell’epoca decise di sopprimere questo istituto in quanto ritenuto causa di disoccupazione degli stranieri, o, addirittura, dell’ingresso in Italia di soggetti pericolosi, o di futuri irregolari; la relazione della c.d. legge Bossi-Fini liquidò letteralmente in due righe tale assunto, così rendendo evidente la connotazione prettamente ideologica – se non anche “elettorale” – di tale scelta abrogativa, dal momento che l’esperienza pratica, nonostante la brevissima durata della sperimentazione, avesse già dimostrato l’effettivo inserimento nel mercato del lavoro dei beneficiari della garanzia²².

21. Di fatto, però, non risulta che tale istituto sia stato mai utilizzato nel corso della sua vigenza da alcun soggetto collettivo.

22. Cfr. *Dossier Statistico Immigrazione 2001* della Caritas: «Le persone registrate per “ricerca lavoro” o per “inserimento nel mondo del lavoro” sono 11.748, di cui il 31,1% donne. È questa la prima informazione che si ricava dalle statistiche ufficiali sul nuovo meccanismo di ingresso in Italia previsto dalla legge 40/1998. La registrazione di questo tipo di permessi è iniziata tardivamente e perciò il dato risulta parziale rispetto alle 15.000 prestazioni di garanzia autorizzate»; si tenga conto che, non essendo trascorso un anno all’epoca della pubblicazione del Dossier, non era possibile conoscere l’esito della ricerca del lavoro. I dati istituzionali successivamente elaborati non consentono di evidenziare le con-

Per converso, l'istituto della sponsorizzazione veniva giudicato, non solo dallo scrivente, come «un fondamentale strumento di flessibilità che consentiva di svincolare l'ingresso legittimo dalla regola dell'incontro a livello mondiale tra domanda e offerta di lavoro»²³. Inoltre, esso assolveva al ragionevole fine di prevenire l'irregolarità fornendo «una disciplina giuridica ad un elemento fondamentale e tipico dal punto di vista dell'antropologia di tutte le migrazioni per lavoro (inclusa quella italiana all'estero). Esse infatti avvengono non tanto attraverso le vie ufficiali e la chiamata nominativa di un datore di lavoro, bensì attraverso la cosiddetta “catena migratoria” dei connazionali che vivendo già nel Paese di immigrazione, aiutano i nuovi ingressi di amici e parenti e conoscenti e ne orientano l'inserimento sociale e lavorativo»²⁴. A ciò si aggiunga che l'istituto della sponsorizzazione è stato ampiamente utilizzato anche dalle imprese, tuttavia in modo indiretto e “prudente”, sostanzialmente trasferendo l'onere della garanzia sui dipendenti stranieri già in forza in favore di loro connazionali (la battuta tipica e ricorrente era più o meno la seguente: *ho bisogno di un saldatore bravo come te, se lo fai entrare a tuo carico poi lo assumo*)²⁵.

L'istituto della garanzia è stato quindi sostituito da un teorico diritto di prelazione negli ingressi per i beneficiari di corsi di istruzione e formazione professionale nei Paesi di origine che, in base al nuovo testo dell'art. 23 introdotto dalla legge n. 189/2002, la cui frequenza costituisce titolo di prelazione per l'ingresso in Italia, per coloro che ne hanno usufruito in funzione dell'inserimento lavorativo mirato nei settori produttivi italiani che operano o all'interno dello Stato o all'interno dei Paesi di provenienza del lavoratore straniero, ovvero per un (molto teorico) sviluppo di attività produttive o imprenditoriali autonome nei Paesi d'origine; il tutto nell'ambito di programmi approvati dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali e dal Ministero dell'università

versioni dei permessi per inserimento nel mercato del lavoro in permessi per lavoro, tuttavia l'esperienza pratica di tutti gli operatori interessati alla materia ha confermato il pressoché totale esito positivo dell'esperienza, di fatto applicato per il solo anno 2000 (ex d.p.c.m. del 8.2.2000) con lo stanziamento di una quota di 15.000 ingressi.

23. Caputo A., *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, «Questione giustizia», 5, 2002, pp. 964-981; nello stesso senso cfr. Ciliberto D., *La condizione giuridica del lavoratore straniero*, 1.3.4, «ADIR-L'altro diritto», Firenze, 2005.

24. Bonetti P., “Disciplina del lavoro, Sez. I, profili generali e costituzionali”, p. 746, in Nascimbene B. (a cura di), *Diritto degli stranieri*, op. cit.

25. Il 27 ottobre 2017 è stata presentata la proposta di legge ad iniziativa popolare C13 *Nuove norme per la promozione del regolare soggiorno e dell'inclusione sociale e lavorativa di cittadini stranieri non comunitari*, che comprende la reintroduzione, con diverse modalità, dell'istituto dello *sponsor*; tale proposta è stata elaborata nell'ambito della campagna “Ero straniero” promossa da Radicali Italiani, Fondazione Casa della Carità “Angelo Abriani”, Acli, Arci, Asgi, Centro Astalli, Cnca, Comunità di Sant'Egidio, numerose parrocchie, associazioni, 60 sindaci italiani, con successive, ulteriori, adesioni ed il sostegno di Caritas italiana e Migrantes.

della ricerca e dell'istruzione, anche su proposta delle Regioni e delle province autonome, realizzati in collaborazione con vari attori sociali, fra cui anche le organizzazioni dei datori di lavoro, degli imprenditori e dei lavoratori.

La ricaduta pratica del nuovo testo dell'art. 23 non merita particolare commento, sia perché le previste intese sono risultate del tutto sporadiche e connotate da una proiezione futura – all'esito dei corsi – per nulla appetibile e sia per il pressoché nullo interesse dimostrato dalle imprese verso questo strumento. La quantità assolutamente rarefatta di ingressi realizzati attraverso di esso (in misura persino inferiore alle ridotte quote stanziata a tal fine), nonostante il tentativo di incentivarli con apprezzabili risorse a sostegno delle imprese, ha infatti dimostrato al di là delle opinioni la sua funzione pratica del tutto marginale nel preteso governo dei flussi migratori, se non meramente “ornamentale”.

4. Breve storia del contratto di soggiorno

La legge n. 189/2002 ha inciso in modo rilevante sugli specifici oneri da assumere con la domanda di autorizzazione all'ingresso per lavoro subordinato, modificando il TU con l'introduzione dell'art. 5 *bis*, che disciplina il contratto di soggiorno, e contestualmente modificando in conformità a tale nuovo istituto gli artt. 22 e 24 dello stesso TU²⁶.

Sulla qualificazione giuridica di detto istituto si sono sostenute diverse interpretazioni²⁷ e non si è mancato di sottolinearne la matrice prettamente ideologica²⁸; certo è che la novità, rispetto alla originaria formulazione dell'art. 30 del regolamento di attuazione, essenzialmente consiste nell'aver previsto che detto contratto debba contenere: a) la “garanzia” da parte del datore di lavoro della disponibilità di un alloggio per il lavoratore che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica; b) il formale impegno a comunicare ogni variazione concernente il

26. Per conseguenza, con l'art. 24 del d.p.r. n. 334 del 18.10.2004 è stato inserito l'art. 30 *bis* nel d.p.r. n. 394/1999, che aggiunge ai requisiti previsti dal testo originario dell'art. 30 dello stesso regolamento di attuazione la proposta di stipula di un contratto di soggiorno, prevedendo inoltre la facoltà per il datore di lavoro di rivalersi delle spese per la messa a disposizione dell'alloggio, trattenendo dalla retribuzione mensile una somma massima pari ad un terzo del suo importo.

27. Per una disamina delle diverse configurazioni cfr.: Neri L., in Morozzo della Rocca P. (a cura di), *Manuale breve di diritto dell'immigrazione*, Maggioli, Milano, 2003, p. 189; Ludovico G., “La disciplina del lavoro subordinato”, in *Diritto degli stranieri, op. cit.*, p. 780.

28. Cfr. Guariso A., *Le incrollabili ipocrisie in tema di lavoro immigrato*, «D&L-Rivista critica di diritto del lavoro», 1, 2006, p.38, che così si esprime al riguardo: «vero mostro giuridico e ideologicamente partorito dal mito del “entra solo chi ha un lavoro [...]».

rapporto di lavoro²⁹, nonché al pagamento delle spese di ritorno dello straniero nel Paese di provenienza³⁰.

Nella nuova e tuttora vigente formulazione dell'art. 22, è dunque prevista la formale richiesta nominativa (o di eventuale, quanto improbabile, “chiamata numerica” mediante utilizzo delle liste di cui all'art. 21, co. 5), così come l'indicazione delle condizioni contrattuali con riferimento alle mansioni ed al trattamento economico e normativo dettato dal relativo contratto collettivo applicabile, nonché l'allegazione di *apposita dichiarazione* contenente la “proposta di contratto di soggiorno” (v. combinato disposto artt. 8 *bis* e 30 *bis* del d.p.r. n. 394/1999 come modificato *ex* d.p.r. n. 334/2004) in cui indicare l'impegno ad assicurare *un alloggio fornito di requisiti di abitabilità e idoneità igienico sanitaria, o che rientri nei parametri previsti dal testo unico*. Da notare che la relativa modulistica adottata dalla prassi amministrativa prevede già nel contesto della relativa “proposta” la specifica indicazione dell'alloggio, ancorché modificabile successivamente – in mancanza di contrarie indicazioni ministeriali – a seguito dell'ingresso.

L'art. 5 *bis* precisa che poi – a seguito dell'autorizzazione e dell'ingresso – il contratto di soggiorno da stipularsi presso lo sportello unico per l'immigrazione dovrà contenere la garanzia da parte del datore di lavoro della disponibilità di un alloggio per il lavoratore che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica.

L'art. 6, co. 2, della l. n. 189/2002 ha quindi rinviato a successive disposizioni integrative da inserire (*ex* art. 34 co. 1) nel regolamento di attuazione, «con particolare riferimento all'assunzione dei costi per gli alloggi di cui al co. 1, lettera a), del medesimo articolo 5 *bis*, prevedendo a quali condizioni gli stessi siano a carico del lavoratore».

Al riguardo, la coeva norma di regolarizzazione che fu successivamente recepita nel regolamento di attuazione³¹, circa la facoltà del datore di trattenere

29. L'introduzione del modello di comunicazione unica UNILAV ha successivamente assorbito tale obbligo in base alla Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 4773 del 28.11.2011. Per una più analitica ricostruzione del rapporto tra tale “semplificazione” ed il contratto di soggiorno cfr. Paggi M., *Rinnovo del permesso per lavoro e abrogazione del contratto di soggiorno: non solo formalità*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2014, p. 88 ss.

30. Quest'ultima condizione non rappresenta invero una novità, anzi, risale per così dire alla preistoria della normativa sull'immigrazione, ovvero alla prassi stabilita dalle circolari ministeriali fino all'entrata in vigore della l. n. 943/86; questo obbligo, all'epoca di natura extralegale, si rivelò improduttivo di utili risultati e fu soppresso contestualmente all'istituzione presso l'Inps del fondo nazionale per il rimpatrio, di cui all'art. 13 della legge citata, di fatto mai utilizzato a tal fine se non per il rimpatrio delle salme. Del resto, tale “garanzia” non risulta essere mai stata escussa a tutt'oggi e la sua portata obbligatoria, come le ipotetiche modalità applicative, risultano completamente nebuloze. Al riguardo cfr. Neri L., *op. cit.*, nota 26, p. 188.

31. V. art. 30 *bis*, co. 4, del d.p.r. n. 394/1999 (introdotto *ex* art. 24, co. 2, d.p.r. n. 334/2004): «Qualora il datore di lavoro intenda rivalersi delle spese per la messa a disposi-

fino ad un terzo della retribuzione a fronte della somministrazione dell'alloggio, portò inizialmente a ritenere che il datore di lavoro potesse essere chiamato in via generale a sostenere le spese relative all'alloggio, così giungendo ad ipotizzare dubbi di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 36 Cost. e della convenzione O.I.L. 143/1975 sulla parità di trattamento tra lavoratori stranieri e lavoratori "autoctoni"³².

Il sospetto di illegittimità costituzionale risultava ancor più fondato con riferimento all'introduzione degli artt. 36 *bis* e 37 del d.p.r. 394/1999 (*ex* artt. 32 e 33 d.p.r. 334/2004), che avevano imposto alle stesse condizioni di cui sopra la stipula del contratto di soggiorno in occasione di ogni successiva assunzione del lavoratore già autorizzato al soggiorno in Italia³³.

Di fatto, il d.lgs. n. 40 del 4.3.2014, che ha recepito la Direttiva 2011/98/UE relativa al c.d. "permesso unico", ha risolto i fondati dubbi di costituzionalità relativi alla "perpetuazione" del contratto di soggiorno, abrogando le controverse disposizioni contenute nei citati artt. 36 *bis* e 37 del d.p.r. n. 394/1999, sicché l'istituto del contratto di soggiorno permane vigente solo in relazione al primo contratto di lavoro da stipulare a seguito dell'autorizzazione all'ingresso.

Nel frattempo, la novità costituita dalla "garanzia" dell'alloggio da parte del datore di lavoro si è dimostrata non solo nei fatti ma soprattutto a buon diritto una disposizione "manifesto", priva di carattere effettivamente precettivo, prova ne sia che non si ha notizia di controversie o provvedimenti di sorta in tale frangente. Infatti, sembra palesemente insostenibile sia un obbligo del datore di lavoro di aggiungere al normale costo del lavoro il costo dell'alloggio, come pure un obbligo del lavoratore di dimorare presso l'alloggio eventualmente messo a disposizione dal datore di lavoro. D'altro canto, un'interpretazione conforme alla Costituzione della disposizione relativa alla trattenuta sulla retribuzione non può che portare a due univoche considerazioni: il limite massimo della trattenuta in misura pari ad un terzo della retribuzione costituisce una garanzia per il solo lavoratore, ovvero per il solo caso in cui il valore effettivo di mercato dell'unità abitativa dovesse superare detto limite; per converso, l'eventuale trattenuta operata in misura superiore all'effettivo valore di mercato non potrebbe non essere dichiarata invalida. Peraltro, assai raramente i datori di lavoro risultano avere effettivamente somministrato a proprio carico

zione dell'alloggio, trattenendo dalla retribuzione mensile una somma massima pari ad un terzo del suo importo, la decurtazione deve essere espressamente prevista nella proposta di contratto di soggiorno, che ne deve determinare la misura. Non si fa luogo alla decurtazione con riferimento ai rapporti di lavoro per i quali il corrispondente contratto collettivo nazionale di lavoro fissa il trattamento economico tenendo già conto che il lavoratore fruitore di un alloggio messo a disposizione dal datore».

32. Bonetti P., *op. cit.*, p. 778 ss.

33. Cfr. Paggi M., *Prime note sulla nuova disciplina dei flussi migratori*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2002, p. 27 ss.

l'alloggio in occasione della stipula del contratto di soggiorno³⁴, senza contare che – come già osservato – si tratterebbe di una prestazione palesemente incoercibile, preferendo piuttosto ricorrere a diverse soluzioni pratiche, quali ad es. la sublocazione o la prestazione di fideiussione per l'adempimento della locazione direttamente stipulata dal dipendente, ovvero con rapporti contrattuali regolati in modo autonomo rispetto alle sorti del rapporto di lavoro.

Resta tuttavia inalterata la prescrizione, ai fini del perfezionamento del contratto di soggiorno in occasione dell'ingresso autorizzato per lavoro subordinato, della verifica sulla disponibilità di un alloggio per il lavoratore che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica. Al riguardo, il legislatore non aveva forse considerato che la definizione di tali parametri³⁵ è devoluta esclusivamente alla legislazione regionale, che ha prodotto criteri di “*confort*” abitativo alquanto differenziati e spesso non alla portata di un normale stipendio, ciò che comporterebbe una notevole differenziazione di trattamento tra stranieri rispetto alla destinazione di lavoro ed inoltre rispetto ai lavoratori “autoctoni”, per i quali le condizioni abitative sono del tutto ininfluenti ai fini dell'assunzione.

Da un lato, dunque, sembra porsi tuttora un contrasto con l'art. 117 Cost., essendo pacifico che la materia dell'immigrazione e più in generale della condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea afferisce alla legislazione esclusiva dello Stato, nel mentre il TU rinvia per la definizione di un requisito per l'ingresso ed il soggiorno decisamente sostanziale alla potestà esclusiva delle regioni in materia di edilizia residenziale pubblica. Il forte dubbio di illegittimità costituzionale del contratto di soggiorno sotto questo profilo sembra inoltre fondarsi, a sommosso avviso di chi scrive, sull'altrettanto evidente violazione del principio di parità di trattamento sancito dall'art. 10 della convenzione O.I.L. 143/1975.

5. Evoluzione della decretazione dei flussi migratori

Si è già detto in premessa della sopravvenuta obsolescenza, di fatto, della programmazione triennale di cui all'art. 3 TU; la spiegazione della sostanziale irrilevanza – giuridica e politica al tempo stesso – di tale programmazione di

34. Permane comunque l'astratta legittimità della somministrazione dell'alloggio quale forma di retribuzione in natura, che come tale dovrebbe tuttavia essere assoggettata a contribuzione obbligatoria e ritenute fiscali, quindi computata ai fini del calcolo degli istituti di retribuzione indiretta. In tal caso, si dovrebbe considerare l'automatica cessazione dell'uso abitativo in coincidenza con la cessazione del rapporto di lavoro, analogamente a quanto puntualmente disposto dal relativo CCNL per i lavoratori domestici in regime di convivenza.

35. A differenza dei ben più ridotti parametri di igienicità e salubrità degli alloggi, che sono tuttora definiti dal decreto Ministero sanità 5.7.1975.

più ampio respiro (quantomeno nelle finalità dichiarate) si può agevolmente rinvenire in base alle progressive modifiche apportate al testo originario della stessa norma.

L'originario co. 4 prevedeva che l'emanazione del decreto (o dei decreti) sui flussi migratori fosse adottata, sentiti i Ministri interessati e le competenti Commissioni parlamentari, «sulla base dei criteri e delle altre indicazioni del documento programmatico di cui al co. 1, non solo, ma altresì che in caso di mancata pubblicazione dei decreti di programmazione annuale, la determinazione delle quote è disciplinata in conformità con gli ultimi decreti pubblicati ai sensi del presente testo unico nell'anno precedente» Il dispositivo imponeva da un lato, quale condizione legittimante l'emanazione del decreto flussi, la previa necessità di adottare il documento programmatico, che almeno in teoria avrebbe dovuto garantire un ampio confronto – comunque non vincolante – con gli enti locali e le organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori, ma soprattutto, nel caso di inerzia del Governo, un'automatica “riapertura delle quote” all'inizio di ogni anno, nella stessa misura determinata per l'anno precedente³⁶.

La l. n. 189/2002 ha modificato la norma prevedendo la facoltà di emanare ulteriori decreti nel corso dell'anno di riferimento, subordinandone l'emanazione all'audizione, anziché dei Ministri interessati e delle competenti Commissioni parlamentari, del Comitato istituito con l'art. 2 *bis* della stessa legge³⁷ e della Conferenza unificata Stato-città ed autonomie locali e delle Commissioni parlamentari. Ma soprattutto, ha abrogato il predetto automatismo della “riapertura delle quote”, come pure il carattere vincolante del documento programmatico triennale, sostanzialmente rendendo facoltativa la decretazione, laddove ha stabilito che «in caso di mancata pubblicazione del decreto di programmazione annuale, il Presidente del Consiglio dei Ministri può provvedere in via transitoria, con proprio decreto, nel limite delle quote stabilite per l'anno precedente».

L'espressione “può” non si presta a fraintendimenti: se prima il decreto poteva discrezionalmente stanziare quote più o meno ampie ed il predetto

36. Ciò che aveva prodotto la presentazione presso gli uffici provinciali del lavoro, all'epoca titolari della procedura, di massicce quantità di richieste con code di attesa già nei giorni precedenti il primo giorno lavorativo utile dell'anno. Come ben noto, peraltro, non si trattava quasi mai dei datori di lavoro bensì di irregolari che per conto dei datori stavano in fila per tentare di “regolarizzarsi”, nella generale tolleranza delle forze dell'ordine, che si limitavano a tutelare l'ordine pubblico omettendo di identificarli e di adottare i conseguenti provvedimenti di espulsione.

37. Il Comitato per il coordinamento e il monitoraggio delle disposizioni del presente testo unico è presieduto dal Presidente o dal Vice Presidente del Consiglio dei Ministri o da un Ministro delegato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, ed è composto dai Ministri interessati ai temi trattati in ciascuna riunione in numero non inferiore a quattro e da un presidente di regione o di provincia autonoma designato dalla Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome.

automatismo stanziava quantomeno le quote dell'anno precedente, dopo la modifica si riconosce di fatto incondizionata discrezionalità di decretazione *transitoria* al Presidente del Consiglio dei Ministri, col solo blocco del “rialzo” e senza limiti verso il basso, in assenza di qualsiasi consultazione.

L'art. 10 *ter*, co. 1, del d.l. n. 194/2009 (convertito con modificazioni, dalla l. n. 25 del 26.2.2010) ha quindi apportato un “ritocco” formale, prevedendo che tale decretazione *transitoria*, sempre nell'ipotesi di mancata pubblicazione del decreto di programmazione annuale, *dovrebbe* essere disposta entro il 30 novembre dell'anno precedente. Si tratta all'evidenza di un termine non perentorio, prova ne sia che da allora ad oggi non è mai stato osservato.

Di fatto, con la sola eccezione dei decreti adottati per l'anno 2006³⁸, formalmente basati sull'ultimo documento programmatico emanato per il triennio 2004-2006³⁹, dal 2002 a tutt'oggi abbiamo conosciuto solo decreti di programmazione *transitoria*⁴⁰, sostanzialmente connotati da una valutazione prettamente politica ed estranea ad ogni effettivo confronto in ordine alla domanda del mercato del lavoro, ancorché consultivo.

Poco conta, quindi, che l'art. 21 del TU sulla determinazione dei flussi di ingresso sia stato modificato con l'aggiunta dei co. 4 *bis* e 4 *ter* introdotti dalla l. n. 189/2002, laddove si prevede che, oltre a *tenere conto* delle indicazioni fornite, in modo articolato per qualifiche o mansioni, dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale sull'andamento dell'occupazione, si debba anche *tenere conto* dei dati sulla *effettiva* richiesta di lavoro elaborati dall'anagrafe informatizzata, istituita presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nonché delle indicazioni previsionali relative ai flussi sostenibili eventualmente comunicate dalle regioni.

Infatti, anche volendo trascurare ogni considerazione sull'attendibilità dei dati elaborati dall'anagrafe informatizzata, riesce difficile immaginare che la

38. Cfr. d.p.c.m. 15.2.2006 e successivi d.p.c.m. di programmazione aggiuntiva del 14.7.2006 (stagionali) e del 25.10.2006.

39. La sua data di pubblicazione nella G.U. n. 169 del 22.7.2005 la dice lunga sulla effettività della funzione programmatica, trattandosi di provvedimento adottato dopo trascorsa oltre la metà del periodo “programmato”.

40. Una menzione a parte va fatta per i decreti specificamente emanati in base al c.d. “regime transitorio” adottato per i cittadini *neocomunitari*, con il quale è stato disposto, secondo le previsioni del Trattato di adesione, di non applicare per il primo biennio dalla data del 1 maggio 2004 gli articoli da 1 a 6 del regolamento (CEE) n. 1612/68, ai fini dell'ingresso nel mercato del lavoro italiano dei cittadini lavoratori dei seguenti Stati membri di nuova adesione: Repubblica Ceca, Repubblica di Estonia, Repubblica di Lettonia, Repubblica di Lituania, Repubblica di Polonia, Repubblica Slovacca, Repubblica di Slovenia e Repubblica di Ungheria. Si tratta dei d.p.c.m. in data 8.10.2004, 17.12.2004 e 14.2.2006. Di fatto, il regime così introdotto ha introdotto limiti apparenti, in quanto sostanzialmente sfornito di disposizioni sanzionatorie per il caso di inosservanza della prescrizione relativa alla richiesta di previo nulla osta all'impiego, senza contare che per molti dei Paesi interessati la pressione migratoria si è rivelata inferiore alle aspettative ed alle stesse quote disponibili.

decretazione abbia realmente “tenuto conto” di quanto sopra, nel mentre il suo carattere permanentemente *transitorio* non ha lasciato spazio nemmeno all’esame parlamentare.

Del resto, se pure si considera l’avvenuta soppressione, ad opera della stessa l. n. 189/2002, della consultazione con le organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori, strumento di verifica che appariva più attendibile e relativamente più radicato nella realtà vivente del mercato del lavoro, non sembra sia il caso di ulteriormente argomentare per constatare come sia evidente l’utilizzo del meccanismo dei flussi come strumento di contenimento anziché di governo del fenomeno migratorio, nell’illusione (o meglio, nella propagandata illusione) che sia sufficiente autorizzare un certo numero di ingressi per ridurre a quello il flusso migratorio⁴¹.

6. Evoluzione quantitativa e qualitativa delle quote

Le esigenze di sintesi non consentono di svolgere una disamina dettagliata delle peculiarità di ciascun singolo decreto emanato nel corso degli anni che ci separano dall’entrata in vigore del Testo Unico⁴², come pure delle varie problematiche e tempistiche di gestione delle c.d. “quote”⁴³, sicché le considera-

41. Come pure afferma, testualmente, Miazzi L., *op. cit.* Lo stesso Autore non manca di osservare al riguardo: «Il fabbisogno di stranieri (tenuto conto dei pensionamenti, dei lavori sgraditi ecc.) si approssimava negli anni Novanta a circa 150.000 lavoratori l’anno, e dal 2000 a circa 200.000. Si parla, sia chiaro, di posti di lavoro e quindi di lavoratori: in questi ingressi non si calcolano criminali e simili. Ciò nonostante, i Governi hanno emesso dei decreti flussi per numeri molto inferiori, pari in media ad un quarto della richiesta reale. Per dare un’idea della congruità di tali domande rispetto al fabbisogno di lavoratori e alla presenza di lavoratori irregolari, nel 2007 a fronte di 170mila ingressi autorizzati sono state presentate oltre 700mila domande, nel 2008 a fronte di 150.000 autorizzazioni vi furono 600.000 domande».

42. Si riporta l’elenco dei decreti di programmazione dei flussi di ingresso sino ad oggi adottati a seguito della l. n. 40/1998, con riferimento alle rispettive annualità: 1998, d.m. 24.12.1997 e d.p.c.m. 16.10.1998; 2000, d.p.c.m. 8.2.2000; 2001, Direttiva p.c.m. e d.p.c.m. 9.4.2001; 2002, d.m. 4.2.2002, 12.3.2002, 22.5.2002, 16.7.2002 e d.p.c.m. 15.10.2002; 2003, d.p.c.m. 20.12.2002 e 6.6.2003; 2004, d.p.c.m. 19.12.2003, 20.4.2004 e 8.10.2004; 2005, d.p.c.m. 17.12.2004 e 17.12.2004; 2006, d.p.c.m. 14.2.2006, 15.2.2006, 14.7.2006 e 25.10.2006; 2007, d.p.c.m. 9.1.2007 e 30.10.2007; 2008, d.p.c.m. 8.11.2007 e 3.12.2008; 2009, d.p.c.m. 20.3.2009; 2010, d.p.c.m. 1.4.2010 e 30.11.2010; 2011, d.p.c.m. 17.2.2011; 2012, d.p.c.m. 13.3.2012 e 16.10.2012; 2013, d.p.c.m. 15.2.2013 e 25.11.2013; 2014, d.p.c.m. 12.3.2014 e 11.12.2014; 2015, d.p.c.m. 2.4.2015; 2016, d.p.c.m. 14.12.2015; 2017, d.p.c.m. 13.2.2017; 2018, d.p.c.m. 15.12.2017; 2019, d.p.c.m. 12.3.2019.

43. Basti pensare alle diverse procedure utilizzate nel tempo per la presentazione delle domande di nulla osta, dagli uffici provinciali del lavoro, al servizio postale, per arrivare al c.d. “*click day*” mediante inoltro telematico, come pure alla prassi di decretazione tardiva, spesso a “fine esercizio” od alla tempistica di gestione delle pratiche (solo per fare un esempio, nel 2011 si stavano ancora rilasciando le autorizzazioni in base alle quote del 2007).

zioni che seguono sono rivolte ad evidenziare i mutamenti tendenziali, riferiti essenzialmente alla categoria degli ingressi per lavoro subordinato.

Come già osservato, la totale discrezionalità espressa per mezzo del descritto potere di decretazione attribuito dalla legge, consente di determinare le quote a piacimento non solo sotto il profilo quantitativo, nel senso di non determinarle affatto o di determinarle volta per volta entro il limite dell'esercizio precedente, ma altresì sotto il profilo qualitativo. Infatti, l'art. 21, co. 1, del TU prevede che «con tali decreti sono altresì assegnate in via preferenziale quote riservate agli Stati non appartenenti all'Unione europea, con i quali il Ministro degli affari esteri, di concerto con il Ministro dell'interno e il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, abbia concluso accordi finalizzati alla regolamentazione dei flussi d'ingresso e delle procedure di riammissione».

Sono stati sollevati dubbi sulla possibile violazione dell'art. 80 Cost., in relazione all'implicita possibilità – ampiamente esercitata – che tali intese vengano concluse in assenza di legge di ratifica anche con accordi internazionali in forma semplificata, potendosi configurare gli stessi come trattati “di natura politica”⁴⁴. È in effetti evidente l'intento di ottenere per mezzo di essi qualche forma di collaborazione, ai fini dell'esecuzione dei provvedimenti di espulsione, da parte dei Paesi caratterizzati da maggiore pressione migratoria verso l'Italia, laddove la loro natura “politica” sembra trovare conferma a contrario nella prevista facoltà di restringere le quote in funzione sanzionatoria della inadeguata collaborazione dei Paesi convenzionati⁴⁵, come pure nell'individuazione tra i beneficiari di quote riservate di Paesi che non presentano un'aprezzabile rilevanza sotto il profilo migratorio⁴⁶.

Fatto sta che la politica (o l'attività di “alta amministrazione”, se così preferiamo qualificarla) delle quote riservate ha prodotto negli anni una notevole proliferazione⁴⁷, che tuttavia si è progressivamente risolta, quantomeno dal

44. Cfr. Bonetti P., *op. cit.*, p. 737.

45. L'art. 17, co. 1, lett. a), della l. n. 189/2002 ha aggiunto all'art. 21, co. 1, del TU il seguente periodo: «Nello stabilire le quote i decreti prevedono restrizioni numeriche all'ingresso di lavoratori di Stati che non collaborano adeguatamente nel contrasto all'immigrazione clandestina o nella riammissione di propri cittadini destinatari di provvedimenti di rimpatrio.» Non risulta che tale disposizione sia mai stata sinora espressamente utilizzata, né si comprende – vista la piena discrezionalità in sede di decretazione dei flussi – quale senso pratico possa avere.

46. Tra i beneficiari delle quote per lavoro stagionale, a partire dal 2014, risultano anche i cittadini giapponesi; dal 2015 anche i cittadini della Repubblica di Corea, dal 2018 sono inclusi anche i cittadini di El Salvador.

47. Il d.p.c.m. 24.12.1997, di prima determinazione dei flussi per l'anno 1998 indica quali beneficiari delle quote riservate, per lavoro stagionale e non, i soli cittadini di Albania e Marocco; col d.p.c.m. 8.2.2000, sono stati aggiunti i cittadini della Tunisia; il d.p.c.m. 12.3.2019 indica per l'anno 2019 quali beneficiari delle quote per lavoro stagionale i cittadini di Albania, Algeria, Bosnia-Herzegovina, Corea (Repubblica di Corea), Costa d'Avorio, Egitto, El Salvador, Etiopia, ex Repubblica Jugoslava di Macedonia, Filippine,

punto di vista pratico, nella realizzazione di un effetto paradossalmente opposto, ovvero come ulteriore strumento di “blocco” degli ingressi. Se infatti consideriamo la chiara tendenza, progressivamente sviluppatasi, di riservare – salvo rare eccezioni⁴⁸ – le quote di ingresso per lavoro subordinato ai Paesi caratterizzati da maggiore pressione migratoria, è ovvio che il conseguente allargamento della base dei fruitori di tali quote riservate si traduce nella sostanziale riduzione delle *chances* di cui dispone ciascun singolo candidato, che provenga dai Paesi riservatari, di ottenere l’autorizzazione all’ingresso. Per quanto riguarda le quote di ingresso per lavoro stagionale l’effetto è di tutta evidenza, se ci considera che dopo il 2002 le quote sono state sempre assegnate esclusivamente ai Paesi riservatari e che anche in precedenza quelle fruibili da cittadini di Paesi diversi erano risultate comparativamente scarsissime, senza contare che tale effetto “contenitivo” è risultato ulteriormente accentuato dalla progressiva riduzione degli ingressi per lavoro stagionale, passati dalla media di 80.000/60.000 annui degli anni 2000 ai 18.000 degli ultimi tempi, a fronte di una “torta” da dividere in fette sempre più piccole, in quanto più numerose, per ogni singola nazionalità.

Per i cittadini appartenenti a Paesi non beneficiari di quote riservate restano modesti spiragli per il solo lavoro stagionale: la possibilità di rilascio di permesso pluriennale (massimo tre anni) in caso di impieghi ripetitivi⁴⁹ ormai non può che riguardare gli stessi appartenenti a Paesi riservatari e comunque risulta essere stata utilizzata in quantità scarsamente apprezzabile, postulando sostanzialmente un poco appetibile impegno preliminare dello stesso datore di lavoro; potrebbe invece risultare ancora rilevante l’utilizzo del diritto di preferenza per i lavoratori stagionali ammessi almeno una volta nel corso delle cinque annate precedenti, di cui all’art. 23, co. 9, del TU, che peraltro non richiede la stipula del contratto di soggiorno sempre con lo stesso datore.

D’altro canto, la possibilità di conversione del permesso per lavoro stagionale, nei limiti delle quote che consentono l’impiego in qualsiasi settore con contratto a tempo determinato od indeterminato, di cui al nuovo testo dell’art. 23, co. 10⁵⁰, è ristretta in apposite quote, annualmente determinate in misura

Gambia, Ghana, Giappone, India, Kosovo, Mali, Marocco, Mauritius, Moldova, Montenegro, Niger, Nigeria, Senegal, Serbia, Sri Lanka, Sudan, Tunisia, Ucraina.

48. V. nota 46.

49. V. art. 5, co. 3 *ter*, introdotto dall’art. 1, co. 1, lett. a), del d.lgs. n. 203 del 29.10.2016. Il testo previgente introdotto dall’art. 5, co. 1, lett. e), della l. n. 189/2002 prevedeva tale possibilità per i lavoratori ammessi che dimostravano di essere venuti in Italia almeno due anni di seguito per prestare lavoro stagionale.

50. L’art. 23 citato è stato così sostituito dall’art. 1, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 203 del 29.10.2016. Il testo previgente, sino alle modifiche apportate dalla l. n. 189/2002, consentiva genericamente al lavoratore stagionale la conversione per lavoro subordinato a tempo determinato o indeterminato, qualora fosse rientrato regolarmente nel suo Paese e se ne fossero verificate le condizioni, ovvero la disponibilità di quote per lavoro a tempo deter-

mediamente inferiore ad un terzo delle quote per lavoro stagionale stanziate nell'anno precedente. Si tratta infatti di quote utilizzabili esclusivamente dai lavoratori stagionali, impiegati nel turismo o – in misura maggiore – nell'agricoltura; ciò presuppone che l'interessato abbia dapprima fatto ingresso per lavoro stagionale, quindi che per lo più disponga di una poco probabile opportunità di “stabilizzazione” da parte dello stesso imprenditore che l'aveva precedentemente impiegato in attività stagionale, oppure provveda all'autonomo reperimento di un'opportunità di occupazione in un settore diverso.

Questa, di fatto, costituisce ormai da anni l'unica possibilità di stabilizzazione regolare, essendo di fatto azzerate le quote per il primo ingresso per lavoro a tempo determinato od indeterminato.

Una conseguenza facilmente intuibile della limitazione degli ingressi al solo lavoro stagionale è che si inducono i diretti interessati (e spesso i loro “intermediari”) ad abusare di tale tipologia di ingresso, configurando fittizi rapporti di lavoro e così lasciando ampio spazio per espedienti illegali che non mancano di dar luogo a diffusi fenomeni di sfruttamento, soprattutto in ambito agricolo⁵¹.

Analoghe considerazioni valgono per le quote di ingresso per lavoro non stagionale (contratti a tempo indeterminato e a tempo determinato), che peraltro hanno visto l'ultimo stanziamento nell'ormai lontano 2010 col d.p.c.m. 30.11.2010: per i Paesi non convenzionati furono stanziate 30.000 quote fruibili unicamente per lavoro domestico, mentre la componente apparentemente più rilevante di 52.800 ingressi per lavoro non stagionale fu riservata, per così dire, ad una lunga serie di nazionalità che rappresentava di fatto la quasi totalità della pressione migratoria effettiva; mentre per l'anno 2009 furono stanziate quote esclusivamente per lavoro stagionale, sempre destinate alla già lunga schiera dei Paesi riservatari, per il 2008 la “torta” di 44.600 posti per lavoro non stagionale destinata ai Paesi riservatari fu spartita in 14 “fette” nazionali,

minato od indeterminato. Di fatto, tale modifica è stata prodotta da una precedente giurisprudenza amministrativa (TAR Piemonte 706/2004, TAR Umbria 304/2006 e 139/2007, TAR Marche 170/2010, TAR Lazio 5151/2012), consolidatasi con la sentenza CdS, III, 20.3.2013 n. 1610, che ha affermato il diritto di conversione “*sur place*” senza necessità di rientro in patria. Di qui, a seguito della Circolare Ministero del lavoro n. 35 del 5.11.2013 il riconoscimento di tale possibilità e la successiva definizione di apposite quote di conversione per gli “*ex stagionali*”, a partire dal d.p.c.m. 11.12.2014 di programmazione “transitoria” per l'anno 2014.

51. È tristemente noto come siano stati frequentemente individuati casi di vera e propria tratta – tuttavia quasi mai denunciati e raramente verificabili a causa del comprensibile timore di ritorsioni in patria difficilmente contrastabili – tramite pagamento di cospicue somme, o mediante indebitamento usurario, in favore di intermediari che procurano l'ingresso legale in Italia e quindi l'occupazione con salari “taglieggiati”. Ancor più comune risulta la prassi in agricoltura di denunciare solo una piccola parte delle giornate effettivamente lavorate, come pure di far constare il ricevimento di retribuzioni formalmente regolari nonostante la retribuzione di fatto notevolmente inferiore.

mentre la maggiore disponibilità di 105.400 ingressi per gli altri Paesi fu solo apparente, in quanto limitata ai soli contratti di lavoro domestico (inducendo alla configurazione di fittizi lavori domestici da parte di operai).

Una menzione a parte va poi fatta in relazione allo stanziamento di quote – ancorché rarefatte – ai fini della conversione per lavoro subordinato od autonomo dei permessi per studio, tirocinio e/o formazione professionale, ciò che in sé è positivo, ricordando al riguardo che il controllo sui programmi formativi, sostanzialmente demandato alle diverse prassi regionali, non appare sempre idoneo a garantire la previa e la successiva verifica della loro effettività, cosicché spesso si constatano attività così formalmente qualificate ma che dissimulano invece veri e propri rapporti di lavoro subordinato in condizioni di sostanziale sfruttamento, oltre che di evasione contributiva. Ben difficilmente tali situazioni possono emergere su denuncia dei diretti interessati, che risultano di fatto coartati alla “fidelizzazione”, se si considera che l’accertamento di tali situazioni comporterebbe per conseguenza la verifica dell’assenza dei presupposti legittimanti l’autorizzazione all’ingresso.

7. Conclusioni

Le acute tensioni politiche e sociali suscitate negli ultimi anni dal fenomeno dell’afflusso di richiedenti la protezione internazionale sono notoriamente alimentate dalla stigmatizzazione della categoria dei c.d. “migranti economici”, che viene contrapposta con la discutibile pretesa di stabilire un netto *confine* rispetto agli aventi diritto all’asilo. Di fatto, la disciplina dell’immigrazione per motivi di lavoro (come pure avviene anche negli altri Paesi UE), produce un’incidenza ed una praticabilità del tutto rarefatta sul complessivo fenomeno della pressione migratoria.

In definitiva, se solo si pensa che nell’arco degli stessi anni di decretazione dei flussi migratori vi sono stati plurimi provvedimenti eccezionali di regolarizzazione o “sanatoria”, che dir si voglia, tramite i quali sono emerse ragguardevoli quantità di rapporti di lavoro irregolare in atto, risulta arduo accettare l’idea che la decretazione dei flussi migratori, ridotta ormai ad una quantità, per così dire, “omeopatica”, si sia basata su stime realmente attendibili della domanda prodotta dal mercato del lavoro nazionale (oltre che sulla presenza irregolare di lavoratori immigrati impiegati “in nero”).

In realtà, tutti gli strumenti concretamente utilizzati nella gestione dei flussi migratori, l’utilizzo delle quote come forma di regolarizzazione ampiamente tollerata, la sostanziale riduzione delle quote e la possibilità di stabilizzazione solo a seguito di percorsi di conversione non sempre trasparenti, il ricorrente utilizzo di “sanatorie”, dimostrano – se non una volontà oggettiva – quantomeno un risultato che progressivamente si è reso sempre più evidente per chi vuole vedere: l’utilizzo di modalità di ingresso e di soggiorno irregolare

non viene prevenuto e contenuto con procedure concretamente praticabili di immigrazione legale, essendo invece vero il contrario, cioè che la speranza di un soggiorno legale può trovare probabilità realmente apprezzabili di successo solo attraverso la previa sperimentazione di uno o più espedienti di ingresso e soggiorno illegale, scontando nel frattempo condizioni di vulnerabilità, deprivazione di diritti fondamentali e sfruttamento, una sorta di “tassa” sulla speranza che non va certo a beneficio dell’Erario e dell’ordine pubblico.

Il diritto all'unità familiare nel contesto nazionale ed europeo

di Anna Cattaruzzi e Elisa Chiaretto*

Sommario: 1. Il contesto normativo. – 2. Il diritto all'unità familiare del cittadino di Paese terzo verso il familiare di Paese terzo. – 3. Il diritto all'unità familiare del cittadino dell'Unione europea (ed italiano) in relazione al familiare di Paese terzo. – 4. Le questioni aperte.

1. Il contesto normativo

Il diritto all'unità familiare si atteggia con modalità differenti a seconda che il titolare sia un cittadino di Paese terzo oppure un cittadino dell'Unione europea (o italiano)¹.

Nel primo caso si applica la Direttiva 2003/86/CE², recepita con d.lgs. n. 5/2007³, che ha modificato il d.lgs. n. 286/1989 (TU); la coesione dei cittadini dell'Unione con i loro familiari è invece regolata dalla Direttiva 2004/38/

* Anna Cattaruzzi, Avvocato del foro di Udine; Elisa Chiaretto, Avvocato del foro di Padova, Docente a contratto di diritto dell'Unione europea, Università di Padova.

1. Il presente lavoro è il frutto della ricerca comune delle Autrici, tuttavia il paragrafo 2 è da attribuirsi ad Anna Cattaruzzi ed il paragrafo 3 è da attribuirsi ad Elisa Chiaretto.

2. Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, «Gazzetta ufficiale dell'Unione europea», L 251, del 3.10.2003, p. 12 ss. V. Morozzo della Rocca P., *Il diritto all'unità familiare in Europa tra "allargamento" dei confini e "restringimento" dei diritti*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2004, p. 63 ss.; Favilli C., «La direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare e le due Corti europee», in Bronzini G., Piccone F. (a cura di), *La Carta e le Corti*, Chimienti ed., Taranto, 2007, p. 375 ss.

3. V. Di Pascale A., Pastore M., *Il recepimento delle direttive sul ricongiungimento familiare e sui soggiornanti di lungo periodo*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2007, p. 13 ss. Per rientrare nell'ambito applicazione Direttiva 2003/86/CE sia il soggiornante sia il familiare devono essere cittadini di Paesi terzi. V. CGUE sent. 6.12.2012, O. S., causa C-356/11 e C-357/11.

CE⁴ – recepita con d.lgs. n. 30/2007⁵ – e, per alcuni aspetti, dal regolamento n. 492/2011⁶.

Sebbene la Direttiva 2004/38/CE si riferisca al cittadino dell’Unione che abbia esercitato la libertà di circolazione stabilendosi in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza (art. 3, par. 1), le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 30/2007 – per espressa previsione dell’art. 23 – si applicano anche ai familiari di cittadini italiani se più favorevoli rispetto ad altre normative quali quelle contenute nel TU⁷. Inoltre per quanto l’art. 1 TU preveda, in generale,

4. Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri [...], «Gazzetta ufficiale dell’Unione europea», L 158, del 30.4.2004, p. 77 ss. La libera circolazione delle persone in ambito UE, inizialmente vincolata allo svolgimento di attività economiche, si è progressivamente estesa anche alla realizzazione di fini personali come si desume dalla istituzione della cittadinanza dell’Unione (art. 20 TFUE) alla quale si ricollega «il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri» di cui all’art. 21, par. 1, TFUE, riaffermato nella Carta europea dei diritti fondamentali (art. 45, par. 1). Queste disposizioni del Trattato conferiscono ai singoli diritti che gli stessi possono far valere dinanzi ai giudici nazionali e, quindi, dal mero possesso della cittadinanza di uno Stato membro discende un diritto della persona al soggiorno opponibile a qualsiasi altro Stato membro (CGUE, 17.9.2002, *Baumgartner*, causa C-413/99). V. Guild E., Peers S., Tomkin J., *The EU Citizenship Directive. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2014; Cortese B., *L’ordinamento dell’Unione europea tra autocostituzione, collaborazione e autonomia*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 257 ss.; Adinolfi A., “La libertà di circolazione delle persone e la politica di immigrazione”, in Strozzi G. (a cura di), *Diritto dell’Unione europea, Parte Speciale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 64 ss.

5. Il d.lgs. n. 30/2007 è stato modificato a più riprese con: d.lgs. n. 32/2008; d.l. n. 89/2011, convertito con l. n. 129/2011; l. n. 97/2013, “*Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea*”. V. Lang A., Nascimbene B., *L’attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell’Unione europea*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2007, p. 43 ss.; Di Filippo M., *La libera circolazione dei cittadini comunitari e l’ordinamento italiano: (poche) luci e (molte) ombre nell’attuazione della direttiva 2004/38/CE*, «Rivista di diritto internazionale», 2008, p. 420 ss.; Lang A., *Le modifiche al decreto legislativo n.30 del 2007 sui cittadini comunitari*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3-4, 2008, p. 120 ss.; Lang A., *Ancora modifiche alla disciplina italiana sulle condizioni di ingresso, soggiorno e allontanamento dei cittadini dell’Unione*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2011, p. 51 ss. Si consideri, ad esempio, che originariamente l’art. 10 d.lgs. n. 30/2007, diversamente da quanto previsto nella Direttiva 2004/38/CE (art. 10), prevedeva il requisito del possesso del visto per il rilascio della carta di soggiorno.

6. Regolamento (UE) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5.4.2011 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all’interno dell’Unione, «Gazzetta ufficiale dell’Unione europea», L 141, del 27.5.2011, p. 1 ss. Tale atto sostituisce il precedente regolamento (CEE) n. 1612/68 del 15.10.1968, già modificato per effetto della Direttiva 2004/38/CE.

7. Si tratta di situazioni che la CGUE ha definito come «puramente interne ad uno Stato membro» (28.1.1992, *Steen*, causa 332/90). Rileva a tale riguardo l’espresso divieto di “discriminazione a rovescio” che si riferisce a quelle ipotesi in cui il cittadino nazionale gode di un trattamento meno favorevole di quello che il diritto UE assicura al cittadino

che le norme sull'immigrazione non si applicano ai cittadini europei, salvo quanto previsto dalle norme di attuazione dell'ordinamento comunitario (tra cui l'art. 23 d.lgs. 30/2007), l'art. 28 TU, in materia di unità familiare, dispone che ai familiari stranieri di cittadini italiani o dell'Unione si applica la normativa europea in materia di libera circolazione e soggiorno fatte salve le disposizioni «più favorevoli del presente testo unico o del regolamento di attuazione». Si deve quindi ritenere che il d.lgs. 30/2007 sia il testo di carattere generale che disciplina la condizione del familiare del cittadino dell'Unione ed italiano, ma che sia cedevole in presenza di disposizioni contenute in altre normative nazionali, quali il TU, se più favorevoli⁸.

Va infine evidenziato che esula dalla Direttiva 2004/38/CE l'ipotesi in cui il cittadino dell'Unione, avendo stabilito una vita familiare in un altro Stato membro, sia poi ritornato nel Paese di origine pretendendo il ricongiungimento con il familiare. In tali casi, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, un diritto di soggiorno derivato può invece fondarsi sull'art. 21, par. 1 TFUE, il quale comporta, a determinate condizioni (ovvero un soggiorno per più di tre mesi ai sensi dell'art. 7 Direttiva 2004/38/CE), che le disposizioni della Direttiva si applichino «per analogia quando detto cittadino dell'Unione ritorni, con il familiare interessato, nel proprio Stato membro d'origine»⁹.

Alle fonti normative individuate devono aggiungersi le Comunicazioni della Commissione relative ad entrambe le Direttive menzionate che offrono importanti spunti interpretativi¹⁰. Tale normativa di derivazione europea, richiede

dell'Unione – contenuto nella l. 24.12.2012, n. 234 “*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*” (art. 32, co. 1, lett. i e art. 53). V. Spitaleri F., *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione europea*, Aracne, Roma, 2010.

8. V. Lang A., *Le Sezioni Unite chiariscono quando la kafalah è presupposto per il ricongiungimento familiare del cittadino italiano*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2013, p. 91. L'art. 23 d.lgs. n. 30/2007 e l'art. 28, co. 2, TU consentono al cittadino italiano ed ai suoi familiari stranieri di utilizzare, secondo la migliore convenienza, i diversi strumenti di accesso al ricongiungimento familiare e di mantenimento dell'unità familiare offerti di volta in volta sia dal TU che dal d.lgs. n. 30/2007. Sul punto Morozzo della Rocca P., “Il diritto all'unità familiare e le sue discipline”, in Morozzo della Rocca P. (a cura di), *Immigrazione, Asilo e Cittadinanza*, Maggioli, 2019, p. 147.

9. CGUE, 12.3.2014, *O. e B.*, causa C-456/12. V. sent.: 5.06.2018, *Coman*, causa C-673/16 (in relazione al coniuge dello stesso sesso); 12.07.2018, *Banger*, causa C-89/17 (in relazione a *partner* non registrati né coniugati). V. *infra* par. 3.

10. In relazione alla Direttiva 2003/86/CE: *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della direttiva 2003/86/CE [...]*, COM (2019) 162 del 29.3.2019; *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente gli orientamenti per l'applicazione della direttiva 2003/86/CE [...]*, COM (2014) 210 del 3.4.2014. In relazione alla Direttiva 2004/38/CE: *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/38/CE [...]*, COM (2009) 313 del 2.7.2009.

poi un riferimento costante alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea¹¹ che ha fornito la corretta definizione delle nozioni rilevanti nella stessa contenute che devono essere quindi interpretate in modo autonomo tenendo conto del sistema in cui sono inserite.

2. Il diritto all'unità familiare del cittadino di Paese terzo verso il familiare di Paese terzo

Il diritto all'unità familiare del cittadino di Paese terzo fa il suo ingresso, nel contesto italiano, con la l. 30.12.1986, n. 943, che al suo art. 4, prevedeva il diritto al ricongiungimento per i lavoratori extracomunitari legalmente residenti in Italia ed occupati a favore del coniuge, dei figli a carico non coniugati e dei genitori a carico, qualora fossero in grado di assicurare ai familiari condizioni di vita normali.

La dimensione del riconoscimento del diritto al ricongiungimento era quindi limitata ai soli soggetti lavoratori e a favore esclusivamente della famiglia fondata sul matrimonio.

Queste limitazioni sono state oggetto di un duplice intervento della Corte costituzionale.

Con la sentenza del 19.1.1995, n. 28, che riguardava la possibilità di ottenere il ricongiungimento a favore del figlio minore di una cittadina non comunitaria e non lavoratrice, coniugata con un cittadino italiano, la Corte ha evidenziato che «il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia sono infatti diritti fondamentali della persona, che perciò spettano in via principale anche agli stranieri [...]. Naturalmente, questi diritti possono essere assoggettati a limiti derivanti dalla necessità di realizzarne un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale [...]. Così individuate le finalità della norma in esame, e i valori cui essa si ispira, non può [...] ritenersi accettabile l'interpretazione che restringe i destinatari dell'istituto del ricongiungimento familiare ai soli immigrati extracomunitari titolari di lavoro subordinato, escludendone chi svolge lavoro familiare».

Nella successiva pronuncia del 26.6.1997, n. 203, la Corte ha riconosciuto l'incompletezza della previsione normativa nella parte in cui non ammetteva il genitore straniero di figlio minore legalmente residente in Italia con l'altro

11. La CGUE ha riconosciuto al diritto al rispetto della vita privata e familiare natura di diritto fondamentale (art. 8 CEDU e art. 7 Carta europea dei diritti fondamentali) separ al fine di garantire per tale via la libera circolazione dei cittadini dell'Unione. Adinolfi A., *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, «Rivista di diritto internazionale», 1, 2011, p. 5 ss.

genitore, non legato al primo da vincolo di coniugio, ad entrare e rimanere nel territorio nazionale al fine di poter realizzare e mantenere quella comunità di vita tra figli e genitori che è l'oggetto sostanziale del diritto invocato. La Corte ha evidenziato in proposito che «la garanzia della “convivenza del nucleo familiare” si radica nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e in particolare, nell'ambito di questa, ai figli minori». Richiamando la sentenza n. 28/1995, ha rilevato che, nel caso in esame, venivano in evidenza tanto il diritto fondamentale del minore a poter vivere con entrambi i genitori, titolari del diritto-dovere di mantenerlo, istruirlo ed educarlo, quanto il conseguente diritto dei genitori a realizzare il ricongiungimento con il figlio, sicché una disciplina normativa che ignorasse la situazione di coloro che, pur non coniugati, sono titolari di diritti e doveri derivanti dalla condizione di essere genitori era evidentemente illegittima. Infatti la situazione alla quale si collega il diritto al ricongiungimento «non concerne il rapporto dei genitori fra di loro, bensì il rapporto tra genitori e il figlio minore»¹².

Nel frattempo, l'entrata in vigore della l. 28.2.1990, n. 39 di conversione, con modificazioni, del d.l. 30.12.1989, 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 sul territorio dello Stato, aveva lasciato immutati i profili degli istituti legati al diritto all'unità familiare.

È, invece, con l'entrata in vigore del d.lgs. 25.7.1998, n. 286 che costituirà il TU e in cui viene trasfusa la l. 6.3.1998, n. 40 sulla disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, che il diritto all'unità familiare trova una dettagliata disciplina normativa, in particolare nel suo titolo IV, dedicato al «Diritto all'unità familiare e tutela dei minori», articoli da 28 a 33.

Il d.lgs. 286/98 subirà, negli anni, e per quanto riguarda il titolo di nostro interesse, diversi interventi normativi di modifica, in particolare in relazione alle categorie di soggetti destinatari del ricongiungimento e ai requisiti di accesso all'istituto del ricongiungimento¹³.

Tuttavia, uno dei più significativi interventi normativi in materia non coinvolge tanto l'impianto delle disposizioni specificatamente dedicate all'unità familiare e ai minori, quanto l'assetto complessivo delle disposizioni che regolano il soggiorno dei cittadini stranieri.

12. La Corte evidenzia che, in questi casi, le condizioni cui la legge subordina la possibilità di esercitare il ricongiungimento familiare, ossia la possibilità di garantire al ricongiunto normali condizioni di vita, potrà essere assolta attraverso le disponibilità economiche o dell'altro genitore o del genitore che chiede di ricongiungersi.

13. V. d.lgs. 3.10.2008, n. 160 e la l. 15.7.2009, n. 94 per i requisiti relativi all'alloggio e al ricongiungimento del genitore naturale del figlio minore già regolarmente soggiornate sul territorio; l. 15.7.2009, n. 94, la l. 2.8.2011, n. 129, l. 7.7.2016, n. 122 e la l. 7.4.2017, n. 47 per la condizione dei minori, anche in relazione alla loro posizione di soggiorno al momento del compimento della maggiore età.

Nel 2003, infatti, viene adottata la già menzionata Direttiva 2003/86/CE, che raccoglie molte delle indicazioni fornite dalla Corte EDU sull'interpretazione della CEDU¹⁴ in relazione al suo art. 8.

Nella Direttiva, il ricongiungimento familiare viene definito come uno strumento «necessario» per permettere la vita familiare, contribuendo a creare una stabilità socioculturale che facilita l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi¹⁵. Esso dovrebbe riguardare «in ogni caso i membri della famiglia nucleare, cioè il coniuge e i figli minorenni»¹⁶, mentre viene lasciata agli Stati membri la decisione di estendere l'istituto ad altri familiari, quali i parenti in linea diretta ascendente, i figli maggiorenni non coniugati, i *partners* non coniugati o la cui relazione sia registrata nonché, in caso di matrimonio poligamico, i figli minori di un altro coniuge.

Nella stessa prospettiva, il rifiuto al ricongiungimento familiare potrà intervenire solo «per motivi debitamente giustificati», in particolare quando la persona destinataria della riunificazione rappresenti «una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza interna»¹⁷.

L'art. 6, par. 1 e 2, ripropone tale indicazione anche per la revoca e il rifiuto di rinnovo del titolo di soggiorno¹⁸, rinviando al successivo art. 17.

Tale ultima disposizione, che peraltro è analoga all'art. 28 Direttiva 2004/38/CE, recepisce la giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 8 CEDU¹⁹,

14. V. CGUE 27.6.2006, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-540/03.

15. Considerando n. 4.

16. Considerando n. 9.

17. Considerando n. 14. In relazione al diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari la CGUE ha precisato che le nozioni di "ordine pubblico" e di "pubblica sicurezza", in quanto giustificazione di una deroga ad una libertà fondamentale, devono essere intese in modo restrittivo, cosicché la loro portata non può essere determinata unilateralmente dagli Stati membri senza controllo da parte delle istituzioni dell'Unione (sent. 13.9.2016, CS, causa C-304/14. V. anche: 27.10.1977, *Bouchereau*, causa 30/77; 29.4.2004, *Orfanopoulos e Oliveri*, causa C-482/01 e C-493/01; 7.6.2007, *Commissione/Paesi Bassi*, causa C-50/06). La nozione di "ordine pubblico", secondo una formula oramai consolidata, presuppone "oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società" (V. sent. 13.7.2017, *E*, causa C-193/16; 2.6.2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, causa C-438/14. La Commissione (COM 2014 210 cit.) ha precisato che, la giurisprudenza della CGUE relativa ai cittadini UE può servire da guida per definire, per analogia, le nozioni in questione contenute nella Direttiva 2003/86.

18. Ad oggi, pende, avanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea una domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Raad van State (Consiglio di Stato, Paesi Bassi) nelle cause riunite C-381/18 e C-382/18 nelle quali è stato chiesto, per la prima volta, di interpretare le clausole relative all'ordine pubblico di cui all'art. 6, par. 1 e 2 Direttiva 2003/86/CE ovvero di valutare gli effetti dell'art. 17 nel contesto della revoca del permesso di soggiorno per ragioni di ordine pubblico. L'11.7.2019 sono state presentate le Conclusioni dell'Avvocato Generale.

19. Ai fini della valutazione di proporzionalità rimessa all'autorità statale quando interviene sul diritto alla vita familiare e privata del cittadino straniero, la Corte EDU ha de-

e riconosce che «in caso di rigetto di una domanda, di ritiro o di mancato rinnovo di soggiorno o di adozione di una misura di allontanamento nei confronti del soggiornante o dei suoi familiari, gli Stati membri prendono nella dovuta considerazione la natura e la solidità dei vincoli familiari della persona e della durata del suo soggiorno nello Stato membro, nonché l'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine»²⁰.

Il recepimento della Direttiva interviene ad opera del d.lgs. 8.1.2007, n. 5 che introduce nel sistema del TU alcune disposizioni chiaramente frutto delle indicazioni della Corte EDU: l'art. 4, co. 3 sancisce che il rilascio del visto per motivi di famiglia è precluso, non già come avviene altrimenti, per la sola presenza di condanne penali ostantive, ma solo se il familiare da ricongiungere rappresenta una minaccia concreta ed attuale per l'ordine pubblico e la sicurezza; l'art. 5, co. 5 prevede che la revoca, il rifiuto o il diniego di permesso di soggiorno, se interessa un soggetto che ha esercitato il diritto al ricongiungimento o un familiare ricongiunto, possano essere adottati solo previa valutazione dell'effettività dei rapporti e dei legami familiari esistenti sul territorio, della durata del soggiorno in Italia, dell'esistenza di legami con il Paese di origine; l'art. 13, co. 2 *bis* prevede che l'espulsione di cui alle lettere a) e b) dell'art. 13 TU nei confronti di chi ha esercitato il diritto al ricongiungimento o è stato ricongiunto possa essere adottata solo previa valutazione di ulteriori elementi quali i rapporti e i legami familiari esistenti sul territorio, la durata del soggiorno in Italia, l'esistenza di legami con il Paese di origine²¹; l'art. 13, co. 13 dove si riconosce che un'eventuale espulsione per i motivi di cui alle lettere a) e b) dell'art. 13 non pregiudica la possibilità di rientro nel territorio per ricongiungimento familiare.

Inquadrate in questi termini, però, le modifiche introdotte non risultavano pienamente rispondenti alle indicazioni fornite dalla Corte EDU e dalla Direttiva: le disposizioni interne, infatti, circoscrivevano la necessità di un bilanciamento degli interessi coinvolti e la valutazione sulla natura dei rappor-

lineato alcuni criteri guida (sent. *Boultif v. Svizzera*, 2.8.2001): natura e gravità del reato commesso; durata del soggiorno nel Paese ospitante; lasso di tempo intercorso tra il reato e la decisione di allontanamento e la condotta mantenuta nel frattempo; situazione familiare (figli, coniuge, ecc.); nazionalità dei familiari; precarietà derivante al nucleo dalla rottura della convivenza; le difficoltà dei familiari se dovessero seguire il familiare allontanato; i legami con il Paese di origine; la durata del divieto di reingresso (par. 48). V. anche Corte EDU, 18.10.2006, *Üner c. Paesi Bassi*, par. 57 e più recentemente Corte EDU, 9.4.2019, *I.M. c. Svizzera*, par. 69 e 70.

20. Compete agli Stati membri fissare i propri *standard*, in linea con il principio generale della proporzionalità oltre che con l'art. 17 Direttiva, che li obbliga a tenere conto della natura e della solidità dei rapporti della persona e della durata del soggiorno, soppesando rispetto alla gravità e al tipo di reato perpetrato ai danni dell'ordine pubblico o della sicurezza pubblica (v. Relazione della Commissione del 29.3.2019, *cit.* p. 10). V. CGUE, 14.3.2019, Y.Z., causa C-557/17.

21. Analogo bilanciamento è richiesto all'art. 20, co. 5, d.lgs. 30/2007.

ti familiari, della durata del soggiorno e dei legami con il Paese di origine, ai soli casi che coinvolgevano soggetti che avevano esercitato il diritto al ricongiungimento o che erano familiari ricongiunti. Risultavano, così, letteralmente esclusi dall'applicazione delle nuove norme tutti i soggetti che avevano costituito in Italia il proprio nucleo familiare e non avevano pertanto avuto necessità di ricorrere all'istituto del ricongiungimento.

A fare chiarezza sulla portata delle disposizioni in esame è quindi intervenuta un'ampia giurisprudenza amministrativa che ha evidenziato come «le agevolazioni a tutela dell'unità familiare di cui al d.lgs. 5/2007, spettano anche ai nuclei familiari che abbiano la stessa composizione che, occorrendo, legittimerebbe una procedura di ricongiungimento, ma che non abbiano avuto bisogno di ricorrervi, in quanto riuniti *ab origine*»²².

È tuttavia con la sentenza della Corte cost. 18.7.2013, n. 202, che interviene sull'art. 5, co. 5 d.lgs. 286/98, che si delineano puntualmente i limiti della regolamentazione statale quando sono coinvolti interessi attinenti al diritto all'unità familiare.

La Corte, in particolare, evidenzia che «al legislatore è riconosciuta un'ampia discrezionalità nella regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale, in considerazione della pluralità di interessi che tale regolamentazione riguarda; [...] tale discrezionalità legislativa non è assoluta, dovendo rispecchiare un ragionevole e proporzionato bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi coinvolti, soprattutto quando la disciplina dell'immigrazione sia suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino (sentenze n. 172 del 2012, n. 245 del 2011, n. 299 e 249 del 2010, n. 148 del 2008, n. 206 del 2006, n. 78 del 2005)».

Se così è «la tutela della famiglia e dei minori assicurata dalla Costituzione implica che ogni decisione sul rilascio o sul rinnovo del permesso di soggiorno di chi abbia legami familiari in Italia debba fondarsi su una attenta ponderazione della pericolosità concreta ed attuale dello straniero condannato, senza che il permesso di soggiorno possa essere negato automaticamente, in forza del solo rilievo della subita condanna per determinati reati. Nell'ambito delle relazioni interpersonali, infatti, ogni decisione che colpisce uno dei soggetti finisce per ripercuotersi anche sugli altri componenti della famiglia e il distacco dal nucleo familiare, specie se in presenza di figli minori, è decisamente troppo grave perché sia rimessa in forma generalizzata e automatica a presunzioni di pericolosità assolute, stabilite per legge, e ad automatismi procedurali, senza lasciare spazio ad un circostanziato esame della situazione particolare». In questi termini, una disposizione normativa, quale quella portata all'atten-

22. Cons. St. 13.4.2013, n. 2012; Cons. St. 2.3.2013, n. 1245; Cons. St. 20.12.2012, n. 6559; Cons. St. 8.11.2012, n. 5679; Cons. St. 25.9.2012, n. 5089.

zione della Corte, che non estenda questa tutela rafforzata a tutti i casi in cui lo straniero abbia nello Stato legami familiari, risulta palesemente illegittima per contrasto con gli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost.²³ La Corte evidenzia peraltro che ad analoghe considerazioni conduce anche l'esame dell'art. 8 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, e che funge, nel giudizio di costituzionalità, quale parametro interposto in riferimento all'art. 117, co. 1 Cost.

Rileva che anche la CEDU non garantisce allo straniero il diritto di entrare o risiedere in un determinato Paese, ma se in tale Paese vivono i membri della sua famiglia occorre bilanciare, con ragionevolezza e proporzionalità, il diritto alla vita familiare dello straniero e dei suoi congiunti con il bene giuridico della pubblica sicurezza e dell'ordine pubblico del Paese ospitante, ricorrendo, secondo le indicazioni della Corte di Strasburgo, ad una attenta osservazione del caso concreto e alla valutazione di diversi elementi quali, ad esempio, la natura e la gravità del reato commesso, la durata del soggiorno nel Paese ospitante, il lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato e la condotta durante tale periodo, la nazionalità delle persone interessate, la situazione familiare del ricorrente e, segnatamente, la durata del suo matrimonio ed altri fattori che testimonino l'effettività di una vita familiare, la circostanza che il coniuge fosse al corrente del reato all'epoca della creazione del rapporto familiare, la presenza di figli minori, la loro età, il loro interesse e benessere, le difficoltà che coniuge e figli potrebbero incontrare se il congiunto venisse allontanato, la solidità di legami sociali, culturali e familiari con il Paese ospite²⁴.

23. Applicazione conforme a questa lettura, con riferimento alla disposizione dell'art. 13, co. 2 *bis*, d.lgs. 286/98, si rinvia in Cass. 12.7.2016, n. 14176 e in Cass. 16.1.2019, n. 5597 dove la Suprema Corte evidenzia che l'automatismo espulsivo previsto in precedenza per la condanna per determinati reati è stato superato dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 5/2007. Conf. Cass. 30.1.2019, n. 5360 e Cass. 27.9.2018, n. 23316 che precisa che alla luce della sentenza della Consulta la suddetta disposizione «dovrà trovare applicazione in tutti i casi in cui lo straniero vanti legami familiari nel territorio dello Stato, anche e soprattutto in relazione ai nuclei familiari che si sono formati in Italia ed ai figli nati sul Territorio Nazionale». V. anche Cass., 30.10.2018, n. 27697 e Cass., 27.7.2017, n. 18689. In alcune recenti decisioni, la Suprema Corte ha rilevato che i legami familiari del cittadino straniero, per consentire l'applicazione della tutela rafforzata di cui all'art. 13, co. 2 *bis*, devono essere «soggettivamente qualificati ed effettivi», ed il giudice di merito è tenuto a darne conto adeguatamente, sulla base dei vari elementi richiamati dal giudice delle leggi. In mancanza di legami familiari «qualificati», non sarebbe possibile ricorrere, ai fini di un'ipotetica inespellibilità dello straniero, ai criteri suppletivi relativi a durata del soggiorno, integrazione sociale nel territorio nazionale e legami culturali o sociali con il Paese di origine (Cass. 15.1.2019, n. 781; Cass. 29.3.2019, n. 8882; Cass. 17.4.2019, n. 10785). Tuttavia queste ultime prese di posizione della Cassazione non sembrano coerenti con la lettura che del diritto alla vita privata (oltre che familiare) sta fornendo, negli ultimi anni, la Corte EDU.

24. Il rimando è alla giurisprudenza della Corte EDU e in particolare alla sent. 7.4.2009, *Cherif e altri c. Italia*.

Conclude, pertanto, evidenziando che il livello di tutela assicurato dall'art. 8 CEDU al diritto all'unità familiare del cittadino straniero è «equivalente» alla protezione accordata alla famiglia nel nostro ordinamento.

All'interno di questo contesto normativo sovranazionale e costituzionale, le scelte del legislatore ordinario, nella regolamentazione nazionale del diritto all'unità familiare, si sono orientate nel senso di estendere le categorie di soggetti che possono essere ricongiunti anche oltre alla famiglia nucleare, indicata come ordinaria destinataria del diritto al ricongiungimento, consentendo tale possibilità anche a favore dei figli maggiorenni e dei genitori a carico del soggetto titolare del diritto, pur con delle limitazioni di fatto assai stringenti²⁵.

In particolare, nei confronti dei figli maggiorenni, il limite al ricongiungimento è rappresentato dalla necessità che tale figlio non possa provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione di uno stato di salute che comporta invalidità totale mentre per i genitori a carico si richiede che essi non abbiano altri figli nel Paese di origine ovvero, per i genitori ultrasessantacinquenni, che eventuali altri figli presenti nel Paese di origine non possano provvedere al loro sostentamento per documentati gravi motivi di salute.

Portate all'attenzione della Corte costituzionale, tali limitazioni sono state ritenute conformi al dettato costituzionale. In particolare la Corte ha evidenziato che la Costituzione assicura la più ampia tutela alla famiglia nucleare e quindi, a coniuge e figli minori, mentre l'art. 29 Cost. non può invocarsi nei confronti dei figli maggiorenni o dei genitori nei cui confronti l'unità familiare «perde la caratteristica di diritto inviolabile costituzionalmente garantito e contestualmente si aprono margini che consentono al legislatore di bilanciare "l'interesse all'affetto" con altri interessi di rilievo»²⁶. In tal senso la scelta di limitare il ricongiungimento alle ipotesi in cui vi sia una effettiva e grave situazione di bisogno di quei familiari che non sono in grado di soddisfare autonomamente le proprie esigenze primarie di vita, risulterebbe legittima e

25. Sotto il profilo soggettivo, l'art. 28, co. 1, d.lgs. 286/98 individua il titolare del diritto a mantenere o a riacquistare l'unità familiare nello straniero titolare di un permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo o di un permesso di soggiorno di durata almeno annuale rilasciato per motivi di lavoro subordinato o autonomo, o per asilo, per studio, per motivi religiosi o familiari. La Cassazione (sent. 8582/2008 e 12680/2009) ha riconosciuto il diritto al ricongiungimento familiare anche al titolare del permesso di soggiorno per attesa cittadinanza. L'art. 27 *ter*, co. 8, d.lgs. 286/98 riconosce il diritto al ricongiungimento anche a favore dei titolari di permesso di soggiorno per ricerca scientifica e l'art. 27 *quater*, co. 16, a quelli titolari di carta blu UE. I soggetti beneficiari del ricongiungimento sono individuati, dall'art. 29, TU: 1. nel coniuge (o, a seguito della l. n. 76/2016, nel *partner* di un'unione civile. V. Circolare Ministero dell'interno 5 agosto 2016) non legalmente separato e non minore di anni diciotto. Si considerano minori i figli di età inferiore ai 18 anni al momento della presentazione della istanza di ricongiungimento (Cass. civ. 12.1.2017, n. 649). 3. nei figli maggiorenni e nei genitori a carico con le limitazioni di cui in narrativa.

26. Corte cost., sent. 6.6.2005, n. 224; ord. 25.10.2006, n. 368; ord. 26.9.2007, n. 335.

ragionevole, tanto più che il concetto di solidarietà familiare, invocato a giustificazione di una richiesta di ampliamento delle ipotesi di ricongiungimento, «non implica necessariamente quello di convivenza, essendo ben possibile adempiere il relativo obbligo mediante modalità diverse dalla convivenza».

Tale impostazione ha trovato altre significative occasioni di approfondimento da parte della Corte.

Nella celebre sentenza n. 376 del 12.7.2000, la Corte, chiamata a valutare la legittimità dell'art. 17, co. 2, lett. d) l. 6.3.1998, n. 40, poi trasfuso nell'art. 19, co. 2, lett. d) d.lgs. 286/98 relativo alla mancata previsione dell'estensione del divieto di espulsione a favore della donna in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi alla nascita di un figlio, anche allo straniero coniugato e convivente con la donna, evidenzia come non solo la Costituzione, ma anche una pluralità di trattati internazionali ratificati dall'Italia, impongono la più ampia protezione ed assistenza alla famiglia, in particolare nel momento della sua formazione ed in vista della responsabilità che entrambi i genitori hanno per il mantenimento e l'educazione dei figli minori. E ciò a prescindere dalla condizione di cittadini o stranieri dei genitori, trattandosi di diritti umani fondamentali.

In quest'ottica, al diritto del minore ad essere educato tutte le volte in cui ciò sia possibile, da entrambi i genitori e non dalla sola madre, si accompagna il diritto di entrambi i genitori ad una paritetica partecipazione alla cura e all'educazione della prole, nel rispetto del valore costituzionalmente garantito della parità tra uomo e donna.

Questa tutela rafforzata richiede, tuttavia, la certezza dei rapporti familiari di cui si chiede la protezione. Conseguentemente, nei casi in cui tale certezza venga a mancare, non è possibile estendere la tutela assicurata alla famiglia fondata su rapporti giuridici riconosciuti.

In particolare, la Corte ha escluso l'estensione della protezione assicurata dal divieto di espulsione del marito convivente con donna incinta e nei sei mesi successivi al parto, al convivente *more uxorio* della donna in gravidanza, evidenziando che «l'estensione di tale disciplina [...] presuppone una certezza dei rapporti familiari che non è dato riscontrare – e tanto meno è dato verificare nel giudizio *a quo* – nel caso di una relazione di fatto che, come tale, non può che essere affermata dagli interessati»²⁷.

Analogamente ha escluso la possibilità di estendere il divieto di espulsione assicurato al coniuge di cittadino italiano dall'art. 19, co. 2, lett. c) d.lgs. 286/98 al convivente *more uxorio* di cittadino italiano rilevando che la tutela accordata dall'ordinamento riguarda «persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici che è invece assente nella convivenza *more uxorio*»²⁸.

27. Corte cost. ord. 3.5.2006, n. 192; ord. 6.12.2006, n. 444.

28. Corte cost., ord. 25.10.2000, n. 481; Cass. 10.3.2006, n. 5220.

Ad oggi, dopo l'entrata in vigore della l. 20.5.2016, n. 76 sulle unioni civili e la convivenza²⁹ e alcune interessanti prese di posizione della giurisprudenza amministrativa su cui si tornerà, queste ultime pronunce della Corte costituzionale pare necessitino di un ripensamento, anche alla luce di alcune recenti sentenze della Corte EDU.

È invece indiscutibile che la l. n. 76/2016 abbia esteso la categoria dei soggetti beneficiari del ricongiungimento familiare ai *partner* dello stesso sesso legati da un'unione civile, stipulata in Italia o all'estero, al cittadino straniero titolare del diritto al ricongiungimento³⁰.

3. Il diritto all'unità familiare del cittadino dell'Unione europea ed italiano in relazione al familiare di Paese terzo

Il cittadino di un Paese terzo che abbia un legame familiare stabile con un cittadino dell'Unione (o italiano) viene "attratto" nella sfera dei diritti di quest'ultimo con conseguente applicazione della Direttiva 2004/38/CE e, quindi, del d.lgs. n. 30/2007³¹; a tale normativa si deve fare riferimento a prescindere dalla regolarità del suo ingresso e, quindi, dal possesso di un autonomo titolo di soggiorno, con la conseguenza che il diritto (derivato) al soggiorno può essergli assicurato direttamente dal diritto dell'Unione³².

Al familiare, trascorsi tre mesi dall'ingresso in Italia, viene rilasciata una "carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'Unione"³³ con validità

29. V. Viglione F., "Commento alla legge n. 76/2016 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze)", in Cian G., Trabucchi A. (a cura di), *Commentario Breve al Codice Civile*, ed. XII, Cedam, 2016; Armellini S., Barel B., Giacomelli U., *La famiglia nel diritto internazionale. Giudice competente, diritti e tutele*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

30. Circolare Ministero dell'interno. 5.8.2016, n. 3511, ribadisce tale possibilità ed esplicita, se ve ne fosse bisogno, che la condizione del *partner* di un'unione civile, per ingresso e titolo di soggiorno, è parificata a quella del coniuge in ragione della c.d. clausola di equivalenza di cui all'art. 1, co. 20, l. n. 76/2016.

31. La Direttiva 2004/38/CE distingue tra due categorie di soggiorno in base alla durata. Il soggiorno sino a tre mesi non richiede alcuna condizione e formalità, salvo il possesso di un documento di identità valido (art. 6 Direttiva 2004/38/CE e art. 6 d.lgs. n. 30/2007). Il soggiorno superiore a tre mesi è subordinato, in generale, ad una serie di condizioni (art. 7 Direttiva 2004/38/CE e art. 7 d.lgs. n. 30/2007) quali il requisito di essere lavoratore subordinato o autonomo ovvero di essere iscritto presso un istituto per motivi di studio o formazione professionale, di avere la disponibilità di risorse economiche sufficienti e di una assicurazione malattia. Il diritto di soggiorno viene esteso al familiare che accompagna o raggiunge il cittadino europeo che soddisfa le predette condizioni.

32. CGUE 25.7.2008, *Metock*, causa C-127/08,). Sul punto anche sent. 25.7.2002, *Mrax*, causa C-459/99; 31.1.2006, *Commissione c. Spagna*, causa C-503/03; 9.1.2007, *Jia*, causa C-1/05. V. Circolare Ministero dell'interno 28.8.2009, n. 5355.

33. La carta di soggiorno, conformemente con la disciplina europea e l'interpretazione della CGUE (sent. *Mrax, cit.*), può essere richiesta anche prima della scadenza dei tre mesi

di cinque anni (art. 10 d.lgs. n. 30/2007) e, successivamente, una “carta di soggiorno permanente” (art. 17 d.lgs. n. 30/2007)³⁴; la richiesta di tale documento è un obbligo, ma non incide sul diritto di soggiorno, se si considera che “il possesso del relativo documento non costituisce condizione necessaria per l’esercizio di un diritto” con la conseguenza che «la qualità di beneficiario dei diritti può essere attestata con qualsiasi altro mezzo di prova» (art. 19, co. 4 d.lgs. n. 30/2007)³⁵. Inoltre la convivenza non è mai prevista, nemmeno quella coniugale, come un presupposto necessario per il mantenimento del diritto di soggiorno³⁶ che, a determinate condizioni, non viene meno in caso di divorzio – non di separazione³⁷ – di annullamento del matrimonio³⁸ o di decesso del cittadino dell’Unione³⁹.

È quindi particolarmente importante individuare correttamente la categoria dei familiari di cui alla Direttiva 2004/38/CE (e quindi del d.lgs. n. 30/2007) distinguendo preliminarmente tra quelli di cui all’art. 2 che godono di un

dall’ingresso, quindi anche il giorno stesso dell’ingresso qualora l’interessato intenda soggiornare per più di tre mesi. Il termine di tre mesi discende dalla circostanza che per i primi tre mesi di soggiorno non è richiesta alcuna formalità; se invece il soggiorno si protrae oltre tre mesi, sia il cittadino dell’Unione che i suoi familiari devono assolvere alcune formalità amministrative. V. Lang A., *Il valore giuridico della carta di soggiorno di familiare di cittadino italiano o cittadino UE nella giurisprudenza della Cassazione*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2012, p. 105 ss.

34. L’art. 14 d.lgs. n. 30/2007 (art. 16 Direttiva 2004/38/CE) attribuisce il diritto di soggiorno permanente al cittadino europeo (e al familiare cittadino di Paese terzo) che ha soggiornato «legalmente e in via continuativa per cinque anni nel territorio nazionale». La CGUE (21.12.2011, *Ziolkowski e altri*, causa C-424/10 e C-425/10) ha precisato che a tal fine il soggiorno deve essere conforme ai requisiti cui all’art. 7, n. 1, della Direttiva. Il coniuge cittadino di Paese terzo potrà acquisire tale diritto anche qualora, nel corso dei cinque anni, i coniugi abbiano deciso di separarsi, abbiano iniziato a convivere con altri *partner* e l’alloggio occupato dal suddetto cittadino non sia ormai più fornito né messo a disposizione di quest’ultimo dal suo coniuge cittadino UE (10.7.2014, *Ogieriakhi*, causa C-244/13).

35. Il carattere dichiarativo della carta di soggiorno implica che essa sia destinata a constatare un diritto di soggiorno preesistente in capo all’interessato (sent. *Metock cit.*; 27.6.2018, *Diallo*, causa C-246/17).

36. V. Sentenza del 13.2.1985, *Diatta*, causa 267/83, ove la Corte interpretando l’art. 10, ora abrogato, del reg. n. 1612/68, ha affermato che quest’ultimo, «disponendo che il familiare del lavoratore migrante ha il diritto di stabilirsi con il lavoratore, non esige che il familiare di cui trattasi vi abiti in permanenza» (p. 18). V. Cass. 20.5.2019, n. 13562 e Cass., 18.4.2019, n. 10925 ove si precisa che il requisito della “convivenza” non è richiesto ai fini del rilascio della carta di soggiorno permanente; e ancora solo l’accertamento di un matrimonio fittizio risulta preclusivo al rinnovo del permesso di soggiorno (Cass. 25.10.2017, n. 25333).

37. CGUE, *Diatta*, p. 20, *cit.*

38. V. art. 13, par. 2 Direttiva 2004/38/CE e art. 12, co. 2, d.lgs. 30/2007 per le condizioni a cui è sottoposta la conservazione del diritto di soggiorno del coniuge (cittadino di un Paese terzo) che non abbia già acquisito il diritto di soggiorno permanente.

39. V. art. 12, par. 2 Direttiva 2004/38/CE e art. 11, co. 2 d.lgs. n. 30 del 2007.

diritto pieno di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante (per quanto comprovato dal rilascio della carta di soggiorno che è subordinato alla presentazione di documentazione attestante la qualità di familiare)⁴⁰ e quelli di cui all'art. 3, il cui ingresso e soggiorno è invece “agevolato”.

Quanto ai familiari di cui all'art. 2, vi sono ricompresi non soltanto il «coniuge» del cittadino dell'Unione, ma anche il «*partner* che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione dello Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante» (art. 2, p. 2, lett. b), d.lgs. 30/2007).

Tale ultima disposizione è stata da subito interamente recepita nel d.lgs. n. 30/2007 anche se ha potuto trovare applicazione piena in Italia solo con la l. n. 76 del 2016 (entrata in vigore il 5.6.2016); si consideri infatti che sino a quella data il *partner* convivente che avesse contratto con un cittadino europeo un'unione civile registrata rientrava nella categoria degli “altri familiari”, di cui si dirà oltre⁴¹.

Relativamente invece alla nozione di “*coniuge*”⁴², gli aspetti problematici hanno riguardato, in mancanza di indicazioni chiare nella Direttiva, la possibilità di ricomprendere o meno nel suo ambito anche il coniuge dello stesso sesso in quei casi in cui la diversità della legislazione fra i Paesi membri, comporta una diversa estensione del diritto al ricongiungimento familiare a motivo del mancato riconoscimento in uno Stato membro della qualifica di coniuge che un soggetto vanta in un altro Stato membro. La questione, inizialmente affrontata in ambito nazionale con la nota pronuncia del Tribunale di Reggio Emilia (sez. I civ., 13.2.2012)⁴³ che aveva ammesso il ricongiungimento

40. Si consideri che in tali casi il procedimento per il ricongiungimento familiare è semplificato. V. Il Messaggio del Ministero degli affari esteri del 6.8.2013 (Circolare Ministero dell'interno n. 26215 del 8.8.2013) ha precisato che non è più richiesto in tali casi il visto nazionale (tipo D) per “motivi familiari” e che, una volta verificato il vincolo di parentela/coniugio con il cittadino UE, potrà invece essere rilasciato un visto Schengen di breve durata (fino a 90 giorni, tipo C) per turismo con ingressi multipli. V. Tribunale di Torino, sez. I civile, ordinanza del 24.10.2014, ove si precisa che all'Autorità consolare, compete la mera valutazione del rapporto di parentela, mentre gli altri requisiti saranno valutati, ai fini della autorizzazione al lungo soggiorno, direttamente dalle questure.

41. V. Morozzo della Rocca P., *Il diritto alla coesione familiare prima e dopo la legge n. 76 del 2016*, nota a Corte EDU, 30.6.2016, ric. 51362, *Taddeucci e McCall c. Italia*, «Giurisprudenza italiana», 2017, p. 584 ss.

42. La condizione del *partner* di un'unione civile è oggi parificata a quella del coniuge. V. par. 2, nota 29.

43. Mosconi F., Campiglio C., *Il riconoscimento del matrimonio omosessuale alla luce delle recenti pronunce*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2012, p. 73 ss.; Bergamini E., *Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana*, «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 7-8, 2012, 461 ss.

nel nostro Paese di un cittadino uruguayano che aveva contratto in Spagna un matrimonio con un cittadino italiano dello stesso sesso⁴⁴, è stata più di recente esaminata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza *Coman* del 5.6.2018 (causa C-673/16)⁴⁵ che è in buona sostanza pervenuta ad una soluzione analoga. La Corte, pur non delineando una nozione autonoma di coniuge, ha chiarito che la stessa è «neutra dal punto di vista del genere» se si considera che nella Direttiva 2004/38/CE manca ogni rinvio alla legge dello Stato ospitante, che, come si è visto, invece è espressamente operato quando si tratta di definire la nozione di “partner registrato”, con la conseguenza che la qualificazione di coniuge, pur strettamente collegata ai diritti nazionali, non può essere utilizzata per limitare la libera circolazione e il suo necessario corollario del ricongiungimento familiare nel proprio territorio (p. 36)⁴⁶.

Rientrano nella categoria dei familiari ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 30/2007 anche i «discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner [...]»⁴⁷. La Comunicazione della Commissione del 2.7.2009

44. Il Tribunale ha richiamato, oltre alla giurisprudenza rilevante in materia, l'art. 9 Carta europea dei diritti fondamentali che individua in capo ad ogni persona “il diritto di sposarsi e costituire una famiglia”, senza alcuna limitazione alle sole coppie di diverso genere. V. anche Circolare Ministero dell'interno n. 8996 del 26.10.2012.

45. V. Lang A., *Il mancato riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come ostacolo alla libera circolazione delle persone nell'Unione: il caso Coman*, «GenIUS», 2, 2018, p. 13 ss.; Penasa S., *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari: osservazioni a “cerchi concentrici” sul caso Coman c. Romania della Corte di giustizia*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2018, p. 18 ss.; Chiaretto E., *Libera circolazione dei coniugi dello stesso sesso nell'Unione europea*, «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 12, 2018, p. 1753 ss.

46. Il sig. Coman, cittadino rumeno e americano, ed il sig. Hamilton, cittadino americano, dopo aver contratto matrimonio in Belgio decidevano di trasferirsi in Romania (Paese di origine del sig. Coman), ma le autorità competenti avevano negato il riconoscimento del matrimonio. Gli interessati hanno quindi presentato un ricorso dinanzi al Tribunale competente e nell'ambito di tale procedimento veniva sollevata un'eccezione di incostituzionalità dell'art. 277, par. 2 e 4 c.c. rumeno secondo cui: «I matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti o conclusi all'estero sia da cittadini rumeni sia da cittadini stranieri non vengono riconosciuti in Romania [...]». Con ordinanza del 18 dicembre 2015 il Tribunale ha adito la Corte costituzionale che ha deciso di sollevare alcune questioni in via pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

47. Art. 2, lett. b, p. 3, d.lgs. n. 30/2007. La condizione di “familiare a carico” si realizza quando il sostegno materiale del familiare è garantito dal cittadino dell'Unione o dal coniuge/partner (9.1.2007, *Jia*, causa C-1/05, *cit.*; 18.06.1987, *Lebon*, causa 316/85.). Come precisato anche nella Comunicazione della Commissione del 2009, si dovrà valutare se, alla luce delle sue condizioni finanziarie e sociali, il familiare del cittadino UE necessita di un sostegno materiale per sopperire ai suoi bisogni essenziali nello Stato di origine o nello Stato di provenienza nel momento in cui chiede di raggiungere il cittadino dell'Unione. Si è altresì precisato (16.1.2014, *Reyes*, causa C-423/12, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2014, p. 124 ss.) che non rileva il fatto che un familiare sia considerato dotato di ragionevoli possibilità di trovare un lavoro e, inoltre, intenda lavorare nello Stato membro ospitante.

precisa che la nozione di discendente si estende anche «agli adottati/adottandi e ai minori sottoposti a tutela/tutori permanenti. I minori in affidamento e i genitori affidatari che hanno l'affidamento temporaneo possono beneficiare dei diritti previsti dalla Direttiva a seconda dell'intensità del legame caso per caso».

Le difficoltà interpretative maggiori hanno riguardato la possibilità di ricomprendere nell'ambito della nozione di "discendente" i minori affidati con *kafalah*⁴⁸ e, quindi, l'idoneità di tale istituto che, come noto, è ricondotto tra gli strumenti di protezione del minore sia dalla Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996⁴⁹, sia dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989⁵⁰, a costituire presupposto per il ricongiungimento familiare con cittadini italiani (o europei). La Cassazione è infatti prevenuta a pronunce contrastanti a seconda che il richiedente il ricongiungimento fosse un cittadino di Paese terzo o un cittadino italiano.

Nel primo caso si è fatto riferimento al TU (art. 29, co. 2) che equipara i «minori adottati o affidati o sottoposti a tutela» ai figli con la conseguenza che si è ammesso il ricongiungimento del minore affidato con *kafalah*⁵¹; nel

48. La *kafalah* è un istituto diffuso nei Paesi islamici mediante il quale – stante il divieto coranico dell'adozione – si consente ad una coppia di coniugi o a una persona singola (*kafil*), di assistere minori orfani o comunque abbandonati (*makful*) con l'impegno di mantenerli, educarli, istruirli fino alla maggiore età. Si distingue in generale tra la *kafalah* c.d. "pubblicistica" e la *kafalah* c.d. "convenzionale": nella prima vi è un provvedimento emesso all'esito di una procedura giudiziaria; la seconda origina invece da un accordo tra affidanti e affidatari soggetto ad omologazione da parte di una autorità giurisdizionale. V.: Vanzan A., Miazzi L., *Kafala e protezione del minore in Italia*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2004, p. 75 ss.; Lang A., *Considerazioni su kafalah, ricongiungimento familiare e diritto dell'Unione europea*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2011, p. 52 ss.; Baktash M., *I giudici italiani alla prova con l'istituto della Kafalah*, «Famiglia e Diritto», 2018, 3 p. 300 ss.; Di Pascale A., *La Kafalah al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: tra tutela dell'interesse del minore e preoccupazione di ordine pubblico*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2012, p. 113 ss.; Long J., *Ancora sul ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2009, p. 112 ss.; Long J., *kafala e ricongiungimento familiare*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2008, p. 73 ss.

49. Convenzione sulla competenza, le legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, conclusa a l'Aja il 19 ottobre 1996. Come è noto, la l. n. 101 del 18 giugno 2015 di autorizzazione alla ratifica "semplice" della Convenzione, è priva di norme di adeguamento alla stessa. Il testo è stato profondamente modificato nel corso dell'esame al Senato al punto che sono state stralciate le disposizioni finalizzate ad adeguare la normativa italiana alla *Kafalah*. V. Baruffi M.C., *La Convenzione dell'Aja del 1996 sulla tutela dei minori nell'ordinamento italiano*, «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 2016, p. 976 ss.

50. Ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 27.5.1991, n. 176.

51. Si è quindi ammesso il ricongiungimento e quindi il rilascio del visto di ingresso a minori di cittadinanza marocchina con cittadini marocchini regolarmente residenti in Italia ai quali erano stati affidati con *kafalah* c.d. pubblicistica. V. tra le altre Cass.

secondo caso, all'opposto, si è interpretata la nozione di discendente di cui al d.lgs. n. 30/2007 nel senso che vi si possa ricomprendere il "figlio", con esclusione del minore affidato con *kafalah*⁵².

Nel 2013 le Sezioni Unite della Corte di cassazione, facendo cessare tale contrasto di orientamenti, hanno escluso che il minore affidato con *kafalah* (giudiziale) ad un cittadino italiano possa essere considerato "discendente" ai sensi dell'art. 2, lett. b)⁵³ e lo hanno qualificato come "altro familiare" ai sensi dell'art. 3 d.lgs. n. 30/2007⁵⁴. La soluzione cui è pervenuta la Cassazione è coerente con la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26.3.2019⁵⁵ con cui si chiarisce che la nozione di discendente diretto ai sensi

20.3.2008, n. 7472, «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 3, 2008, p. 809 ss.; Cass. 17.7.2008 n. 19734, «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 3, 2009, p. 742 ss.

52. Cass. 4868/2010, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2010, p. 177. V. Lang A., *Considerazioni su kafalah*, op. cit., p. 52 ss.; Long J., *Kafalah: la Cassazione fa il passo del gambero*, «La Nuova giurisprudenza civile commentata», 7-8, 2010, p. 835 ss.

53. Cass., SU 16.9.2013 n. 21108 ha enunciato il seguente principio di diritto «Non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse di minore cittadino extracomunitario affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di *Kafalah* pronunciato dal giudice straniero nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel paese di provenienza con il cittadino italiano ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito», «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2013, p. 170 ss. In tal modo la Suprema Corte, pur facendo rientrare tali ipotesi nell'ambito dell'art. 3 d.lgs. 30/2007, riconosce in tali casi un diritto al ricongiungimento. Per un approfondimento si veda: Lang A., *Le Sezioni Unite chiariscono quando la kafalah...*, op. cit., p. 91 ss. La Cassazione non aveva all'epoca ritenuto di dover applicare al caso di specie la disciplina di maggior favore contenuta nell'art. 29, co. 2 TU, ritenendo che poiché tale disposizione che consente il ricongiungimento anche di minori affidati in *kafalah* è applicabile solo agli stranieri «non può neppure procedersi ad ulteriore estensione della norma, fino a ricomprendervi il ricongiungimento a cittadini italiani, per effetto della clausola di salvaguardia, che fa salva l'applicazione delle norme più favorevoli, contenuta nel co. 2 dell'art. 28 del d.lgs. n. 286/1998 (e nell'art. 23 del d.lgs. n. 30 del 2007) dovendosi la norma intendersi riferita solo alle modalità del ricongiungimento e non all'individuazione dell'ambito dei familiari in favore dei quali tale provvedimento è ammissibile». In altri termini, secondo la pronuncia in esame, può effettuarsi una comparazione tra due norme per verificare quale sia la più favorevole solo nel caso in cui entrambe le disposizioni siano applicabili alla medesima fattispecie. Tale situazione nei fatti comporterebbe sul piano interno una disparità di trattamento (a rovescio) dei cittadini italiani (ed europei) rispetto a quelli di Paesi terzi se si considera che i minori affidati con *kafalah* a questi ultimi, in base al TU, godono di un diritto automatico (e non di un'agevolazione) di ingresso nel nostro Paese.

54. V. anche Cass., 22.5.2014 n. 11404. Cass. 2.2.2015 n. 1843 («Diritto di famiglia e delle persone», 1 I, 2016, p. 64), estende la soluzione cui è pervenuta la Cass. nel 2013 anche alla *kafalah* negoziale successivamente omologata. V. anche Cass., 24.11.2017 n. 28154. V. Cirese M., *Anche la Kafalah convenzionale è istituto di protezione familiare conforme all'interesse del minore*, «Il Familiarista.it», 8.2.2018.

55. CGUE 26.3.2019, *SM c. Entry Clearance Office, UK Via Section*, causa C-129/18. Due coniugi di nazionalità francese, residenti nel Regno Unito, hanno chiesto alle autorità

della Direttiva 2004/38/CE «ricomprende tanto il figlio biologico quanto il figlio adottivo di tale cittadino, allorché è dimostrato che l'adozione crea un legame di filiazione giuridica tra il minore e il cittadino dell'Unione interessati» (p. 54), ma non ricomprende «un minore posto sotto la tutela legale permanente di un cittadino dell'Unione a titolo della *kafalah* algerina, in quanto tale sottoposizione non crea alcun legame di filiazione tra di loro».

Si deve infine considerare la categoria degli «ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o *partner* [...]» (art. 2, lett. b, p. 4, d.lgs. n. 30/2007) che, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea⁵⁶, comprende anche l'ipotesi inversa in cui sia il cittadino dell'Unione (minore di età) a carico dell'ascendente (genitore) cittadino di un Paese terzo; in effetti un minore non può dimostrare di disporre di risorse (ai sensi dell'art. 7 co. 1, lett. b), d.lgs. n. 30/2007) che, pertanto, devono provenire dal genitore che ne ha la custodia effettiva a cui deve essere quindi riconosciuto un diritto derivato (da quello del minore) di soggiorno e, quindi, la possibilità di lavorare⁵⁷.

Tale principio è stato confermato nella sentenza *Ruiz Zambrano* nell'ambito della interpretazione dell'art. 20 TFUE⁵⁸ e, più di recente, nella sentenza *Ermira Bajatari* del 2 ottobre 2019 (causa C-93/18) ove si precisa che le risorse possono provenire anche «da redditi derivanti dall'attività lavorativa svolta illegalmente» da un cittadino di uno Stato terzo (nel caso di specie di trattava del padre del minore) «che non dispone di un titolo di soggiorno e di un permesso di lavoro in tale Stato membro»⁵⁹. Analogo principio è stato dalla Corte affermato con riguardo ai figli minori che, allo scopo di completare gli studi, rimangono – con l'altro genitore qualunque sia la nazionalità – nello Stato nel

di tale Paese un'autorizzazione all'ingresso, in qualità di adottata, di una minore algerina che avevano preso in affidamento in Algeria con l'istituto della *kafalah*. La Corte suprema del Regno Unito ha chiesto alla CGUE se la Direttiva 2004/38/CE consenta di qualificare la minore come “discendente diretto” dei coniugi ai fini del ricongiungimento familiare nel Regno Unito. V. Peraro C., *L'istituto della Kafala quale presupposto per il ricongiungimento familiare con il cittadino europeo: la sentenza della Corte di giustizia nel caso S.M. C. Entry Clearance Officer*, «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 2, 2019, p. 319 ss.

56. Sent. 19.10.2004, *Chen*, causa C-200/02.

57. Tribunale di Roma, ord. 26.11.2012, n. 14574 («Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2013, p. 166 ss.) richiamando espressamente la sentenza *Chen*, ha riconosciuto il diritto di un cittadino ugandese a soggiornare in Italia quale convivente dei figli minori. Nel caso di specie i minori risultavano a carico della madre che provvedeva al sostentamento dell'intero nucleo familiare.

58. Sent. 8.3.2011, *Ruiz Zambrano*, causa C-34/09. V. anche: 13.9.2016, *Rendon Marin*, causa C-165/14; 16.7.2015, *Singh*, causa C-218/14; 10.10.2013, *Alopa e Moudoulou*, causa C-86/12.

59. Nel caso di specie risultava che il padre dei minori, cittadino albanese, che aveva svolto diverse attività lavorative, era occupato illegalmente dalla data di scadenza della carta di soggiorno rilasciatagli in virtù di una precedente relazione con una cittadina del Regno Unito.

quale il genitore cittadino dell'Unione ha in precedenza risieduto (art. 12, par. 3 Direttiva 2004/38/CE e art. 11, co. 4 d.lgs. n. 30/2007); una previsione simile era contenuta nel regolamento 1612/68 (art. 12) ora sostituito dal regolamento 492/2011 (art. 10)⁶⁰. In tal caso il figlio ha un diritto autonomo al soggiorno che può in taluni casi essere riconosciuto anche dopo che ha raggiunto la maggiore età per consentirgli di proseguire e di terminare i propri studi⁶¹.

Quanto alla categoria degli "altri familiari" (art. 3, co. 2, lett. a), b), d.lgs. n. 30/2007), il cui ingresso e soggiorno è "agevolato", essa comprende il familiare che «è a carico o convive, nel Paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione [...] o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente»⁶² ed ancora «partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata» (quindi non necessariamente "registrata") sulla base di «documentazione ufficiale» eventualmente proveniente anche da un Paese terzo⁶³. I cittadini di Paesi terzi appartenenti alla famiglia allargata godono quindi di un vantaggio, anziché di un vero e proprio diritto all'ingresso e al soggiorno, derivante dal loro rapporto familiare con i cittadini dell'Unione e gli Stati membri devono, anche se non incondizionatamente, agevolarne l'ingresso e il soggiorno all'esito di una decisione discrezionale fondata su un esame approfondito della situazione personale e che deve essere motivata in caso di rifiuto⁶⁴.

In relazione al "convivente" si precisa che, come chiarito nella Comunicazione della Commissione del 2009, qualsiasi documentazione idonea a provare la stabilità del vincolo, quale ad esempio, l'esistenza di un mutuo comune, può essere portata a supporto della propria richiesta. Tale disposizione che era stata prevalentemente utilizzata in Italia, prima della l. n. 76/2016, per le coppie dello stesso sesso coniugate o aventi un'unione registrata in un altro Paese,

60. CGUE 23.2.2010, *Ibrahim*, causa C-310/08.

61. CGUE 8.5.2013 (*Alarape*, causa C-129/11), che ha confermato quanto già precisato nella sent. 23.2.2010, *Texeira*, causa C-480/08.

62. Tribunale di Torino, ord. 21.9.2013 («Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2014, p. 130 ss.) ammette il ricongiungimento del figlio maggiorenne di nazionalità marocchina di cittadina italiana ai sensi dell'art. 3, co. 2, d.lgs. 30/2007, essendo questi affetto da grave patologia psichiatrica e, quindi, a totale carico della madre che inviava periodicamente al figlio somme di denaro per consentirgli di far fronte alle sue esigenze di vita.

63. Sino alla legge n. 97 del 2013 (legge europea 2013) la normativa in esame richiedeva che la relazione stabile fosse «debitamente attestata dallo Stato del cittadino dell'Unione» in tal modo escludendo tutte le situazioni in cui la relazione stabile fosse attestata solo da uno Stato diverso da quello di appartenenza del cittadino UE. La modifica intervenuta ha adeguato il d.lgs. 30/2007 (art. 3, co. 2, lett. b) a quanto prescritto nella Direttiva 2004/38 (art. 3, par. 2, lett. b) evitando una procedura di infrazione da parte della Commissione europea.

64. CGUE 5.09.2012, *Rahman*, causa C-83/11. Il minore affidato con *kafalah* a cittadino europeo (ed italiano) rientra in tale categoria di familiari. Si rimanda alle considerazioni sopra svolte con riferimento alla pronuncia della CGUE C-129/18, *cit.*

ma non nei casi di conviventi di fatto la cui unione non fosse formalizzata in modo ufficiale, risulterebbe avere oggi una applicazione più ampia come dimostrano alcune pronunce più recenti⁶⁵.

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha inoltre di recente chiarito che un diritto al soggiorno del *partner* cittadino di un Paese terzo (non solo del coniuge) può sussistere anche nel caso in cui il cittadino dell'Unione, avendo stabilito una vita familiare in un altro Stato membro, sia poi ritornato nel Paese di origine pretendendo il ricongiungimento con il familiare; dovrà quindi essere assunta una decisione motivata (ai sensi dell'art. 3, co. 2, lett. b) d.lgs. 30/2007) in relazione al *partner* non registrato che abbia vissuto in un altro Paese europeo con un cittadino italiano, nell'eventualità di rientro in Italia di quest'ultimo⁶⁶.

4. Le questioni aperte

All'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 76 del 2016, si è rimesso in discussione se si potessero estendere, al convivente di fatto, le tutele che l'ordinamento riconosce al coniuge, anche sotto il profilo del diritto dell'immigrazione in tema di ricongiungimento familiare e di mantenimento del diritto all'unità familiare.

In realtà, la nuova normativa nel disciplinare le convivenze di fatto, anche eventualmente registrate, si è strettamente attenuta al principio per cui l'equiparazione tra coniuge e convivente di fatto non sussiste, salvo in specifiche circostanze previste esplicitamente dalla legge.

Salvo le eccezioni normativamente riconosciute, quindi, l'equiparazione tra le due figure non trova alcun riconoscimento nell'ordinamento interno e poiché nella l. n. 76/2016 non vi è alcuna previsione che coinvolga il diritto dell'immigrazione, di fatto questa equiparazione sembrerebbe del tutto estranea a tale ambito, con la conseguenza che il convivente di fatto non risulterebbe destinatario di alcuna delle misure di protezione destinate al coniuge⁶⁷.

65. Corte d'appello di Venezia, 25.6.2018, riferendosi alle indicazioni fornite nella Comunicazione del 2009, ha confermato la sentenza del Tribunale di Vicenza che aveva ordinato alla Questura competente di rilasciare al ricorrente (cittadino marocchino convivente con cittadina romana da cui aveva avuto un figlio) una carta di soggiorno ai sensi dell'art. 3, co. 2, lett. b), d.lgs. n. 30/2007. È stato sul punto precisato (Morozzo della Rocca P., *Il diritto all'unità familiare...*, op. cit., p. 147) che il convivente, a termini dell'art. 9 co. 5, lett. c *bis* e dell'art. 10, co. 3, lett. d *bis*, d.lgs. n. 30/2007, ha diritto all'ingresso in Italia e al rilascio della carta di soggiorno.

66. Sent. *Banger*, cit. V. il commento di Perin G., Pastore M. «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2019. In relazione al coniuge v. caso *Coman* sopra esaminato.

67. Il legislatore italiano non ha inteso avvalersi della possibilità, riconosciuta agli Stati membri dall'art. 4, par. 3, Direttiva 2003/86/CE, di «autorizzare l'ingresso e il soggiorno

Tuttavia, già nei mesi immediatamente successivi all'entrata in vigore delle nuove disposizioni, la giurisprudenza di merito, di legittimità ed amministrativa ha iniziato ad estendere la protezione riconosciuta al coniuge anche al convivente di fatto.

Tralasciando le prime pronunce⁶⁸, caratterizzate da qualche imprecisione nella lettura delle nuove disposizioni, è certamente significativa in questo senso la giurisprudenza del Consiglio di Stato⁶⁹ che giunge a riconoscere l'opportunità di rilasciare un permesso di soggiorno per motivi familiari al convivente di fatto in ragione di un'analogia tra convivenza stabile e matrimonio che troverebbe fondamento vuoi nell'art. 3 Cost., vuoi nell'art. 8 CEDU che, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte EDU, include, nella nozione di vita familiare e privata, non solo le relazioni consacrate in un matrimonio, ma anche le unioni di fatto definite quali famiglie naturali⁷⁰. In presenza di queste ultime, infatti, l'allontanamento ben potrebbe rappresentare un sacrificio sproporzionato al diritto alla vita privata e familiare, considerato che esso va inteso come diritto dell'individuo a vivere liberamente una condizione di coppia. Una ricostruzione più puntuale si rinviene in una successiva sentenza in cui il giudice amministrativo, partendo dal presupposto che vi sia la necessità di valutare, in ogni decisione che coinvolga lo straniero e la sua possibilità di permanere sul territorio, ai sensi dell'art. 5, co. 5 TU ed in ossequio ai principi ribaditi dalla sent. 202/2013 Corte cost., i legami familiari che questi ha nel Paese ospitante, evidenzia come sia la Costituzione che l'art. 8 CEDU impongano di considerare tutte le relazioni familiari esistenti, ivi incluse le convivenze di fatto.

In armonia con le indicazioni della Corte EDU, infatti, lo Stato non può negare «all'individuo il diritto a vivere liberamente una condizione di coppia intesa come vita familiare», anche se non consacrata in un matrimonio⁷¹.

Tutte le pronunce intervenute hanno esaminato situazioni in cui si discuteva del diritto al mantenimento dell'unità familiare di stranieri già presenti sul

[...] del *partner* non coniugato cittadino di un Paese terzo che abbia una relazione stabile duratura debitamente comprovata con il soggiornante, o del cittadino di un Paese terzo legato al soggiornante da una relazione formalmente registrata».

68. Cass. pen. 27.6.2016, n. 44182; Giudice di pace di Genova, 18.4.2017.

69. Cons. St., 31.10.2017, n. 5040. La pronuncia riguardava un diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato di una cittadina straniera che ha dimostrato di essere *partner* convivente con un cittadino italiano (suo datore di lavoro che provvede al di lei mantenimento).

70. Corte EDU 23.2.2016, ric. n. 6845/13, *Pajic c. Croazia*; Corte EDU 4.12.2012, ric. n. 31956/05, *Hamidovic c. Italia*.

71. Cons. St., 29.12.2017, n. 6186 si pronuncia su diniego di rinnovo di permesso di soggiorno per motivi di lavoro di una cittadina di Paese terzo con figli minori, convivente *more uxorio* con un cittadino di Paese terzo in possesso di permesso di soggiorno per lungo soggiornanti. V. anche Cons. St., 12.7.2018, n. 4277 che evidenzia che, ai fini del diniego del rinnovo del permesso di soggiorno e ai fini espulsivi, rileva la convivenza di fatto con cittadino italiano.

territorio, mentre non si rinvergono decisioni relative a ricongiungimenti tra conviventi⁷².

Ciò che maggiormente colpisce è che l'apertura all'equiparazione tra coniuge e convivente di fatto, ha trovato occasione di esprimersi in ragione dell'entrata in vigore di una disciplina che, pur giungendo finalmente a regolamentare la convivenza di fatto, non ha operato affatto tale parificazione.

È evidente, tuttavia, che l'entrata in vigore della nuova normativa ha offerto alla giurisprudenza nazionale l'opportunità di un attento riesame dei rapporti familiari, anche e soprattutto alla luce degli orientamenti più recenti evidenziatisi in seno alla Corte EDU, il cui richiamo, nelle pronunce esaminate, non manca mai.

Vi sono inoltre delle criticità interpretative che originano dalla coesistenza di alcune disposizioni contenute nel TU ed il d.lgs. n. 30/2007 che, come già precisato, si applica anche ai familiari di cittadini italiani⁷³.

Ci si riferisce in particolare all'art. 19, co. 2, lett. c) TU che non consente l'espulsione «degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana», salvo che nei casi previsti dall'art. 13, co. 1, TU (espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato disposta dal Ministero dell'interno); tale disposizione continua ancora oggi ad essere utilizzata anche in situazioni che, conformemente alla normativa dell'Unione e alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea esaminata nel paragrafo 3, ben potrebbero condurre all'applicazione del più favorevole d.lgs. n. 30/2007⁷⁴ che non richiede il requisito della convivenza.

72. L'estensione alle convivenze di fatto del regime previsto in materia di diritto all'unità familiare per le coppie coniugate (e, quindi, anche dell'istituto del ricongiungimento familiare) è stata oggetto della proposta di legge n. 1076 (Modifiche alla disciplina in materia di immigrazione e condizione dello straniero. Ratifica ed esecuzione del capitolo C della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, fatta a Strasburgo il 5 febbraio 1992. Assegnata alle Commissioni riunite I Affari Costituzionali e III Affari Esteri in sede Referente il 17 gennaio 2019) d'iniziativa della deputata Quartapelle Procopio, presentata il 6 agosto 2018. All'art. 24 si propone, infatti, di equiparare alle unioni civili le stabili convivenze registrate ai fini del diritto all'unità familiare.

73. Perin G., *La disciplina applicabile ai coniugi stranieri di cittadini italiani: chiarimenti giurisprudenziali e nuovi interrogativi*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2007, p. 70.

74. V. Cass. 7.6.2017, n. 14159 (v. anche Cass. 29.9.2016, n. 19337; Cass. 15.3.2017 n. 666) ove si precisa che al coniuge straniero convivente con il cittadino italiano «che soggiorna irregolarmente in quanto già attinto da un provvedimento espulsivo o perché privo dei requisiti per un diverso titolo di soggiorno, si applica il combinato disposto del d.lgs. n. 286 del 1998, art. 19, co. 2, lett. c) e del d.p.r. n. 394 del 1999, art. 38» e non si applica la disciplina normativa derivante dal d.lgs. n. 30/2007. In taluni casi può non essere agevole l'individuazione della disciplina di maggior favore ai fini dell'applicazione del TU ovvero del d.lgs. n. 30/2007. Si consideri, ad esempio, al caso del cittadino straniero che, in ipotesi di diniego dell'autorizzazione al soggiorno o di espulsione, potrebbe avere difficol-

In tali casi, una volta dimostrata la convivenza con il familiare italiano, viene rilasciato un permesso di soggiorno per motivi familiari (art. 28 d.p.r. n. 394 del 1999) e, in generale, solo alla scadenza dello stesso, in presenza dei presupposti richiesti, viene rilasciata la carta di soggiorno per familiari di cittadino dell'Unione.

Tale difficoltà di coordinamento si è manifestata con particolare evidenza nella giurisprudenza di merito e della Corte di cassazione producendo orientamenti non univoci in relazione alla necessità del requisito della convivenza effettiva ai fini del riconoscimento del diritto di soggiorno per motivi di coesione familiare anche in sede di rinnovo⁷⁵.

E così da un lato si è stabilito che il rinnovo del permesso di soggiorno per ragioni familiari in favore di un cittadino di Paese terzo, coniuge di un cittadino italiano, disciplinato dal d.lgs. n. 30/2007, non richiede il requisito della convivenza tra i coniugi, salve le conseguenze dell'accertamento di un matrimonio fittizio o di convenienza (Cass.10925/2019 e Cass. 5303/2014); dall'altro lato si è statuito che il cittadino di Paese terzo che abbia contratto matrimonio con un cittadino italiano, dopo aver trascorso in Italia il trimestre di soggiorno informale, è tenuto a richiedere la carta di soggiorno ai sensi dell'art. 10 d.lgs. n. 30/2007, restando soggetto fino a che non ottenga tale titolo, alla disciplina

tà a dimostrare la propria vigenza a carico del fratello che sia divenuto cittadino italiano (art. 3 d.lgs. n. 30/2007), mentre potrebbe più facilmente acquisire il diritto di soggiorno instaurando una convivenza con il fratello con conseguente applicazione dell'art. 19 TU e art. 28 d.p.r. 394/1999. V. Morozzo della Rocca P., *Il diritto all'unità familiare...*, *op. cit.*, p. 148.

75. Si consideri che, contrariamente alla normativa dell'Unione e alla giurisprudenza della Corte sopra esaminata (v. par. 3) la Cassazione (sent. 23.7.2010, n. 17346, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2010, p. 183 ss., con nota di Perin G.) ha affermato che la carta di soggiorno ha valore costitutivo del diritto di soggiorno e determina il diritto applicabile con la conseguenza che, sino al momento in cui l'interessato non ottenga tale titolo, la sua condizione di soggiornante regolare rimane disciplinata dalla legislazione nazionale, in forza della quale, ai fini della concessione del permesso di soggiorno per coesione familiare (art. 19 co. 2 lett. C) d.lgs. n. 286 del 1998 e 28 d.p.r. n. 394 del 1999), nonché ai fini della concessione e del mantenimento del titolo di soggiorno per coniugio, è imposta la sussistenza del requisito della convivenza effettiva il cui accertamento compete all'amministrazione ed è soggetto al controllo del giudice (v. anche Cass. 4.4.2011 n. 7613; 20.4.2012 n. 6315; 10.5.2012 n. 7193; 10.5.2012 n. 7203; 10.7.2012 n. 11593; 21.11.2012 n. 20517; 22.11.2012 n. 20645). V. Lang A., *Il valore giuridico della carta di soggiorno...*, *op. cit.*, p. 105 ss. Ridimensiona tale affermazione Cass. 12745/2013 ove pur riaffermando l'impossibilità di attribuire la carta di soggiorno come primo permesso di soggiorno allo straniero che ha fatto ingresso o soggiorna irregolarmente in Italia, si ammette che alla scadenza del permesso di soggiorno di cui all'art. 19 TU possa applicarsi la più favorevole disciplina del d.lgs. n. 30/2007. V. anche Cass. 6.3.2014, n. 5303 e Cass. 12.2.2015, n. 2829 ove si precisa che la circostanza che la domanda per il rilascio della carta di soggiorno sia stata presentata prima della scadenza dei tre mesi, non può comportare che debba intendersi proposta per il rilascio di un permesso di soggiorno per coesione familiare ai sensi del TU.

di cui all'art. 19, co. 2, lett. c), TU che prescrive, ai fini del rilascio e del mantenimento del permesso di soggiorno per famiglia, il requisito della convivenza effettiva (Cass. 13831/2016).

Tali principi, pur non essendo perfettamente sovrapponibili riferendosi il primo al rinnovo del permesso ed il secondo alla prima richiesta del titolo di soggiorno, come è stato ben chiarito in una ordinanza interlocutoria della Cassazione del 23.7.2019, n. 19930 «evidenziano la diversità di disciplina legislativa e l'esigenza di definire con esattezza il rapporto (di specialità o di coesistenza, ma con precisazione delle diverse situazioni regolate dall'uno o dall'altro) tra i due sistemi legislativi che disciplinano situazioni e domande di tutela che traggono origine dal medesimo presupposto relativo al rapporto di familiarità qualificata tra cittadino straniero e cittadino italiano». La Cassazione ha quindi ritenuto di dover affrontare tale problematica con una sentenza motivata ed ha sottoposto la questione alla sezione in pubblica udienza. Con la pronuncia del 27.02.2020 n. 5378, la Cassazione, pur non affrontando precipuamente la questione relativa alla coesistenza dei due sistemi normativi di cui sopra, ha enucleato il principio secondo cui, il legislatore nazionale non condiziona il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno per gli stranieri che hanno fatto ingresso in Italia per ricongiungimento alla effettiva convivenza con il coniuge italiano, essendo ostativo a tale rilascio o rinnovo, analogamente a quanto previsto nel d.lgs. 30/2007, solo l'accertamento che il matrimonio è stato contratto allo scopo esclusivo di permettere all'interessato di soggiornare nel territorio dello Stato.

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

di Chiara Favilli e Marcella Ferri*

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

1. Introduzione

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Diritto alla vita familiare e ricongiungimento familiare

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

25. *Infra*, par. IV.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

32. *Benhebbba v. France, cit.*

33. *Cit.*, par. III.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. La particolare condizione degli stranieri non regolarmente soggiornanti

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

64. Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, GU L 348 del 24.12.2008, pp. 98-107.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Minori stranieri non accompagnati: linee evolutive del quadro normativo e questioni aperte

di *Claudio Cottatellucci**

Sommario: 1. Una premessa. – 2. Norme pattizie internazionali e disposizioni nazionali. – 3. La prevalenza della trattazione amministrativa del tema a detrimento della tutela giurisdizionale dei diritti. – 4. La problematica convivenza delle disposizioni in tema di affidamento ed adozione e delle regole desumibili dalla disciplina dell'immigrazione. – 5. La nuova configurazione dei respingimenti in frontiera. – 6. La disciplina normativa che regola il rilascio del permesso di soggiorno al momento del passaggio alla maggiore età.

1. Una premessa

Ripercorrere alcuni tratti che, dalla sua origine e quindi da almeno venti anni, hanno connotato la disciplina giuridica dedicata ai minori stranieri non accompagnati, può aiutare a comprendere quali ne siano state le linee evolutive e quali alcune delle questioni tuttora aperte che questa storia consegna al presente.

Tra la prime, acquistano particolare rilievo tre questioni: la disomogeneità della disciplina su cui è intervenuto il diritto pattizio internazionale assieme a disposizioni nazionali di rango diverso; la tendenza persistente alla gestione amministrativa dei diritti dei minori in violazione della riserva di giurisdizione; infine la compresenza di due sistemi normativi strutturati senza alcun coordinamento: le disposizioni in materia di adozione ed affidamento dei minori e la disciplina dell'immigrazione raccolta nel Testo Unico.

Tra le seconde, la nuova configurazione che hanno assunto i respingimenti in frontiera ed il sistema di disposizioni che disciplina attualmente la possibilità di ottenere un regolare titolo di soggiorno al momento del passaggio alla maggiore età.

* Magistrato, direttore della rivista *Minorigiustizia*.

2. Norme pattizie internazionali e disposizioni nazionali

Per molto tempo il legislatore nazionale non ha inteso trattare questa materia con una disciplina di rango primario, se non molto marginalmente; decide, come noto, di non occuparsene neppure quando approva, con la l. 6 marzo 1998 n. 40, una disciplina dell'immigrazione che si vuole organica ed esaustiva.

Prima di allora, solo alcune circolari avevano disciplinato i passaggi più problematici della vita dei minori stranieri soli presenti in Italia, essenzialmente presi in considerazione in quanto lavoratori, esattamente come stava avvenendo per i maggiorenni; al minore sottoposto a tutela era rilasciato un permesso di soggiorno per affidamento o di giustizia ritenendo questa condizione riconducibile a quanto previsto dall'art. 4 co. 14 della l. 20 febbraio 1990 n. 39¹.

Eppure, proprio nell'assenza di norme di rango primario nel diritto interno, il diritto pattizio internazionale avrebbe offerto, già in quegli anni, strumenti potenzialmente più coerenti con il riconoscimento dei minori stranieri come soggetti titolari di autonomi diritti; se questo non è avvenuto, addirittura se si è sviluppato un diritto interno diverso e spesso confliggente con questi principi, non può essere altrimenti spiegato che con la riluttanza di buona parte dell'interpretazione giudiziale di quegli anni a riconoscere pieno valore precettivo alle disposizione pattizie internazionali pur ratificate.

È una considerazione che certamente vale per la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989, ratificata dalla l. 27 maggio 1991 n. 176, che contiene principi equilibrati soprattutto in tema di diritto alla permanenza del minore, con l'affermazione del principio di contrasto alla discriminazione (art. 2), il riferimento alla valutazione del suo superiore interesse (art. 3), l'affermazione del diritto ad esprimere liberamente la propria opinione su ogni questione che lo interessi, opinioni che debbono essere prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità (art. 12), il riconoscimento del diritto alla protezione e all'assistenza se richiedente il rifugio o già riconosciuto tale e gli obblighi degli stati aderenti al fine di assicurare il ricongiungimento familiare, formulato come una delle possibili eventualità, fuori di ogni automatismo applicativo (art. 22).

Alle stesse osservazioni si presta la Convenzione europea relativa al rimpatrio dei minori del 28 maggio 1970, ratificata solo con la l. 15 gennaio 1994 n. 64, che comunque subordina il rimpatrio al fatto che «lo Stato reputi la loro presenza contraria ai propri interessi od a quelli degli stessi minori, sempre che la legislazione di detto Stato ne permetta l'allontanamento dal proprio territorio» (art. 2) e prevede che nel procedimento che decide del rimpatrio il mi-

1. Con un parallelismo con la condizione degli stranieri «ricoverati in case o istituti di cura e di pena, ovvero ospitati in comunità civili o religiose» a dimostrazione dell'assoluta residualità della disciplina.

nore «sia sentito personalmente, se le sue facoltà di giudizio lo consentono», come anche che sia raccolto il parere di quanti esercitano la responsabilità su di lui o comunque lo hanno in custodia (art. 5).

Esistevano quindi già allora disposizioni pattizie internazionali idonee a delineare una trama di regole affidabili, molto più vicina al sistema attuale di quanto non sia stata la regolamentazione di fatto che ha segnato questa materia nel lungo periodo, praticamente un ventennio, che va dalla fine degli anni Novanta alla l. 7 agosto 2017 n. 47.

Già esprimevano quelle disposizioni quanto necessario per almeno reagire alla torsione del diritto che si è compiuta nell'arco di un ventennio: l'ancoraggio del diritto dello straniero di età minore al repertorio dei diritti umani fondamentali, il suo riconoscimento di autonomo soggetto titolare di diritti soggettivi, un embrione di diritti processuali espressi soprattutto attraverso il diritto all'ascolto nei procedimenti che lo riguardano; tutti questi riferimenti avrebbero potuto sostenere in maniera convincente percorsi interpretativi anti-tetici a quelli che le regole interne andavano imponendo².

Soprattutto, questione ancora attualissima, avrebbero disvelato la manipolazione del richiamo al diritto all'unità familiare (variamente declinato nel diritto al ricongiungimento con i familiari rimasti nel Paese di origine o, nel caso di espulsione dei genitori irregolarmente presenti come accade all'art. 19 del d.lgs. n. 286 del 1998, a «seguire il genitore espulso») che come unico e tangibile risultato ha avuto la costruzione di un sottosistema, un diritto speciale per gli stranieri di età minore sul tema cruciale del respingimento e dell'espulsione, privo di garanzie e per molto tempo fuori di ogni controllo giurisdizionale.

Lo scarso rilievo attribuito alle disposizioni pattizie internazionali può trovare spiegazioni molteplici, ma una mi sembra più di ogni altra convincente: le fonti internazionali non contengono solo un catalogo dei diritti fondamentali della persona la cui portata universalistica ed antidiscriminatoria è indubbia, ma esprimono anche un'opzione chiara per un modello di ragionamento decisivo che presuppone ed impone l'assunzione della decisione attraverso una valutazione caso per caso, ispirato a principi di bilanciamento degli interessi in campo, escludendo qualsiasi automatismo ed affermando quindi un principio netto in favore della tutela giurisdizionale dei diritti.

È proprio questa opzione a segnare, in termini culturali, la distanza più netta con quanto il legislatore nazionale dimostrava di preferire nello stesso periodo, con una marcata tendenza alla trattazione amministrativa della materia.

2. Negli stessi anni il rilievo da riconoscere a quelle fonti internazionali è stato affermato con nettezza dalla Corte costituzionale nella sentenza 30 gennaio 2002 n. 1 che fa menzione della Convenzione ONU del 1989 e nella sentenza 10 giugno 2009 n. 179 che parla di «efficacia imperativa» dell'art. 9 co. 2 e dell'art. 12 co. 1 della Convenzione ONU del 1989 come anche dell'art. 1, co. 2, dell'art. 4 co. 1 e dell'art. 9 co. 1 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996.

3. La prevalenza della trattazione amministrativa del tema a detrimento della tutela giurisdizionale dei diritti

Pur muovendo da un'affermazione netta ed innovativa, ancora ad oggi non comune nel panorama europeo, quella del divieto di espulsione del minore straniero espresso all'art. 19 del d.lgs. n. 286 del 1998, il legislatore entra presto in contraddizione con i principi che ha affermato nel Testo Unico. Lo fa utilizzando la delega contenuta all'art. 47 co. 2 della l. n. 40 del 1998, prevista perché il legislatore emanasse «entro il termine di due anni dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti le disposizioni correttive che si dimostrino necessarie per realizzare pienamente i principi della presente legge o per assicurarne la migliore attuazione» ed introduce con l'art. 5 del d.lgs. 13 aprile 1999 n. 113 l'ipotesi del «rimpatrio assistito» la cui decisione è competenza del Comitato minori stranieri³.

La nuova disciplina contenuta nella legislazione delegata esorbita nettamente dai criteri richiesti dall'art. 76 Cost., sia perché non contiene alcuna disposizione correttiva ma disciplina *ex novo* una materia non trattata nel Testo Unico, sia perché nel disciplinarla afferma principi antitetici con il divieto di espulsione affermato all'art. 19; per queste ragioni presenta più di un profilo di illegittimità costituzionale⁴.

Tuttavia non mancano nella giurisprudenza di quegli anni pronunce che ritengono invece infondata la questione⁵.

Viene quindi a configurarsi un sistema duale nel quale l'adozione del provvedimento di espulsione ai sensi del co. quarto dell'art. 31 del d.lgs. n. 286 del

3. Il Comitato ha formalmente cessato nell'esercizio di questi compiti, per altro notevolmente ridimensionatisi nel tempo, quando questi sono stati trasferiti alla Direzione Generale dell'Immigrazione presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

4. In tal senso P. Bonetti specifica «È evidente che la vaghezza dei criteri della delega conferiva al Governo non soltanto la potestà di adottare correzioni di carattere formale o meramente tecnico, ma soprattutto un giudizio pressoché illimitato circa la pienezza della realizzazione dei principi della legge». Bonetti P., "I profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998", in Nascimbene B. (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, p. 69.

5. È interessante notare, come emerge dalla lettura della sentenza del T.G.A. di Trento e Alto Adige n. 284/2002, *Nezha Ramadan*, dinanzi al quale la questione venne posta, quale inferenza possa avere sull'interpretazione giudiziale una lettura emergenziale dei flussi migratori. Il Tribunale non solo ritiene manifestamente infondata la questione sul presupposto che «Il legislatore, infatti, con l'art. 47 della L. 40/1998 (avesse) concesso al Governo una amplissima delega per correggere secondo le necessità le disposizioni di legge sull'immigrazione», ma si diffonde in una digressione sul mutamento di funzioni che avrebbe interessato il Comitato «che originariamente si occupava dei programmi di solidarietà ed ospitalità di enti pubblici e privati nei confronti di minori stranieri»; questo mutamento di funzioni viene giustificato dal fatto che «Nell'anno di applicazione si era manifestato il fenomeno dello sbarco in Italia di minorenni non accompagnati e quindi il Governo ha demandato le decisioni su tale materia».

1998 è di competenza del Tribunale per i minorenni, mentre il rimpatrio assistito si sostanzia in un provvedimento amministrativo emesso dal Comitato e come tale suscettibile, solo in via di impugnazione, di controllo giurisdizionale *ex post* da parte del giudice amministrativo⁶.

La scelta del legislatore venne criticata in quanto la misura del rimpatrio assistito configurava «una misura squisitamente amministrativa, rimessa all’iniziativa del Comitato minori stranieri, senz’altro controllo giurisdizionale se non il rilascio del nulla osta, che dev’essere concesso dal giudice salvo che sussistano inderogabili esigenze processuali»⁷.

Non solo quindi l’art. 5 del d.lgs. n. 113 del 1999 colloca la decisione sull’allontanamento del minore straniero non accompagnato fuori dalla giurisdizione, ma la informa a criteri affatto diversi dai principi affermati dalla Carte internazionali, poiché è chiaro che le «inderogabili esigenze processuali» anche quando interpretate in maniera estensiva – vale a dire: non solo i giudizi penali in cui i minorenni sono imputati o persone offese ma anche i procedimenti civili o amministrativi aperti a loro tutela – non sono in alcun modo conciliabili con il criterio dell’interesse prevalente del minore che, solo per stare ai profili processuali della questione, avrebbe imposto la rappresentanza in giudizio del minore ed il suo ascolto.

A partire quindi dal d.lgs. n. 113 del 1999 si viene a compaginare un sottosistema speciale e distinto, segnato da una distanza evidente anche dalle disposizioni che regolano l’intero Titolo VI del d.lgs. n. 286 del 1998; un sottosistema sostanzialmente chiuso ed impermeabile, come già osservato, anche ai principi delle convenzioni internazionali.

Per altro, negli anni in cui il Comitato ha operato ed assunto decisioni, queste solo in minima parte sono state soggette al vaglio giudiziale, il che ne ha obiettivamente accresciuto la separatezza.

Ne è derivato un risultato paradossale: il minorenni è l’unico straniero a non essere espellibile se non nei, limitatissimi, casi previsti dal co. 4 dell’art.

6. La questione, sollevata dinanzi alla Corte costituzionale si risolve in una pronuncia di manifesta inammissibilità (ordinanza 10 luglio-4 agosto 2003 n. 295); nella decisione della Consulta è determinante l’assenza del presupposto della rilevanza della questione, tuttavia la Corte non si limita a questo argomento, pur autosufficiente, e svolge alcune ulteriori considerazioni anche in ordine alla fondatezza aggiungendo che «non è ravvisabile alcuna omogeneità tra l’ipotesi di cosiddetto “rimpatrio assistito” di cui all’art. 33 e quella di espulsione del minore di cui all’art. 31, co. 4, e ciò non soltanto per la diversità dei presupposti, ma anche perché nella seconda ipotesi il Tribunale per i minorenni è chiamato ad emettere quel medesimo “provvedimento di espulsione” del minore che, nel caso del maggiorenne, è di competenza del prefetto (art. 13, co. 2) e contro il quale è dato ricorso al Tribunale ordinario (art. 13, co. 8)». In questo modo il sistema duale supera, seppure implicitamente, il vaglio di costituzionalità.

7. Turri G.C., *Minori stranieri non accompagnati: dalla legge Turco-Napolitano alla Bossi-Fini*, «Minorigiustizia», 3-4, 2002, p. 60. Su questi temi anche Miazzi L., *Minori non accompagnati*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2002 e Morozzo della Rocca P., *La condizione giuridica del minore straniero*, «Minorigiustizia», 3-4, 2002.

19⁸, ma quando è solo è l'unico straniero la cui espulsione non è soggetta a controllo giurisdizionale⁹.

Il modello dell'amministrativizzazione dei diritti dei minori stranieri soli tende a riprodursi anche in situazioni nelle quali non solo non vi è complementarietà possibile con le disposizioni di rango primario, ma piuttosto emergono evidenti profili di contrasto; è quanto accade alcuni anni dopo, anche in questo caso sotto un'evidente spinta emergenziale¹⁰, con l'Accordo bilaterale intergovernativo sulla cooperazione tra l'Italia e la Romania per la protezione dei minori romeni non accompagnati, concluso il 9 giugno 2008 ed entrato in vigore il successivo 12 ottobre. L'accordo ha cessato di avere efficacia il 10 ottobre 2015 per decisione dell'Italia.

Al momento in cui l'Accordo viene concluso, la stessa materia è oggetto di una disciplina dettagliata tutta di matrice comunitaria¹¹.

In particolare la condizione dei minori, cittadini UE, presenti in altro Paese nell'Unione senza genitori o chi eserciti la responsabilità è già trattata dal reg. 2201/2003/CE del 27 novembre 2003, nel cui ambito di applicazione è compresa la materia civile relativa «all'attribuzione, all'esercizio, alla delega, alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale» (art. 1 co. 1 lett. b) che all'art. 13 attribuisce la «competenza dei giudici dello Stato membro in cui si trova il minore» quando non sia possibile stabilirne la residenza abituale, con un'espressa estensione della fattispecie anche ai minori rifugiati e, soprattutto, disciplina al successivo art. 15 con una specifica procedura, volta proprio ad assicurare la continuità della riserva di giurisdizione, la possibilità che la competenza sia assunta dall'autorità giudiziaria del Paese di provenienza su richiesta dei giudici del Paese in cui il minore si trova, in caso contrario restando comunque radicata la competenza di quest'ultimo¹².

8. Tra le rare decisioni edite, la sentenza del Tribunale per i minorenni di Sassari del 13 gennaio 2016 n. 1, nel caso di una richiesta di espulsione formulata con riferimento all'articolo 3 della l. 31 luglio 2005, n. 155 di conversione, con modificazioni, del d.l. 27 luglio 2005 n. 144, sul presupposto che la permanenza del minore nel territorio dello Stato potesse agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali, in <http://questionegiustizia.it>.

9. Turri G.C., *op. cit.*, «L'ordinamento non prevede l'esecuzione coattiva del provvedimento di rimpatrio e, pertanto, non lo consente. L'art. 13 della Costituzione vale anche per i cittadini stranieri», p. 69.

10. Espressamente richiamata nella comunicazione del Ministero dell'interno del 16 luglio 2015 in cui, a motivo della decisione italiana di denunciare l'accordo, si indica il fatto che sono «venuti meno i numeri che, subito dopo l'ingresso della Romania nell'Unione europea, indussero ad una valutazione in termini emergenziali del fenomeno dei minori romeni non accompagnati».

11. Su questa questione con particolare riferimento ad una vicenda sottoposta al vaglio della giustizia amministrativa Castellani C., *TAR Lazio 1 settembre 2011 n. 7094*, «Minorigiustizia», 4, 2011, p. 235.

12. Di particolare interesse al fine di valutare l'ambito operativo di questa disposizione, pur nella differenza della situazione di fatto, la sentenza della CGUE, III sezione, 27

A sua volta, e con più diretto riferimento alla materia dell'immigrazione, con il d.lgs. 6 febbraio 2007 n. 30, in attuazione della Direttiva 2004/38/CE, l'eventualità dell'allontanamento dal territorio nazionale del cittadino comunitario minorenni era stata limitata ai soli «motivi di sicurezza dello Stato o per motivi imperativi di pubblica sicurezza, salvo l'allontanamento sia necessario nell'interesse stesso del minore, secondo quanto previsto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata con legge 27 maggio 1991, n. 176», ferma restando la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria sulla convalida dei provvedimenti di allontanamento emessi del questore.

Queste ultime osservazioni consentono di svolgere alcune considerazioni di carattere più generale sull'evoluzione della trattazione giuridica della materia in questione.

È indubbio che questa disciplina per molto tempo si sviluppa nel segno della separatezza e della specialità, e che il tratto distintivo sia stato il tentativo ricorrente di eludere o limitare sia la riserva di legge prevista in materia di condizione degli stranieri dall'art. 10 co. 2 Cost., sia la riserva di giurisdizione attraverso la reiterata trattazione amministrativa dei diritti.

Al raggiungimento di questo risultato convergono fattori diversi, certamente e a tratti una lettura emergenziale del fenomeno migratorio, come richiamato in precedenza, non disgiunta però da una considerazione nettamente sfavorevole dei nuovi ingressi nel caso di minorenni ultrasedicenni, destinata ad entrare inevitabilmente in tensione con il principio di inespellibilità espresso dall'art. 19 del d.lgs. n. 286 del 1998.

Anche questo aspetto merita di essere preso in considerazione poiché la valutazione degli ingressi dei minorenni, quando prossimi alla maggiore età, viene spesso esaminata in una prospettiva di sostanziale disfavore, gravata com'è dalla preoccupazione di reagire in senso restrittivo a situazioni che vengono catalogate come elusive delle regole ordinarie in tema di ingresso degli stranieri nello spazio comune europeo.

L'assunzione di questo punto di osservazione si riverbera, significativamente, anche sull'interpretazione degli effetti del divieto di espulsione espresso per i minorenni dal co. 2 dell'art. 19 del d.lgs. n. 286 del 1998.

Senza che il divieto possa comunque essere messo in discussione, data la perentorietà della locuzione che lo precede: «*In nessun caso*», tuttavia è comunque possibile darne due differenti interpretazioni, certamente segnate

ottobre 2016, *Child and Family Agency c. J.D.*, causa C-428/15, nella quale la Corte afferma che «per poter stabilire che un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con il quale il minore ha un legame particolare è più adatta, il giudice competente di uno Stato membro deve accertarsi che il trasferimento del caso a detta autorità giurisdizionale sia idoneo ad apportare un valore aggiunto reale e concreto al trattamento dello stesso, in particolare tenendo conto delle norme di procedura applicabili in detto altro "Stato membro" accertando inoltre che "tale trasferimento non rischi di ripercuotersi negativamente sulla situazione del minore"».

da orientamenti diversi sui quali la durata del periodo antecedente il raggiungimento della maggiore età rappresenta uno dei fattori di indubbia influenza: in una prima prospettiva il divieto vale ad assicurare rilievo ai diritti della persona straniera di età minore nella dimensione della sua crescita e della costruzione della sua identità personale, si tratta quindi di un tempo non solo pienamente legittimo ma anche significativo ai fini della futura legittimazione alla permanenza sul territorio nazionale da maggiorenne nelle prospettive, di cui meglio si dirà di seguito, dischiuse dall'art. 32 del d.lgs. n. 286/1998; nell'altra opzione invece il divieto segna un temporaneo recesso dello Stato dalla sua potestà di controllo dei confini e quindi degli ingressi, vale quindi ad eliderne, solo temporaneamente, la potestà che si riepande poi pienamente al momento in cui il divieto cade.

In sostanza, il divieto di espulsione agisce come tipizzazione normativa della sospensione della potestà statale di espulsione.

Tuttavia l'alternativa delineata non è risolvibile nel termine di opzioni teoriche ma richiede di essere declinata nell'esame attento delle singole vicende poste all'esame della giurisdizione; neppure a questo punto è affrontabile esclusivamente nella considerazione dell'ambito di operatività dell'art. 19 e del collegamento di questa disposizione con l'art. 32.

Infatti, proprio in ragione del dialogo con la giurisprudenza delle Corti europee, in specie della Corte di Strasburgo nelle sue pronunce, ormai assai risalenti, sulla violazione dell'art. 8, e talvolta anche dell'art. 3 della Convenzione, nel caso di provvedimenti espulsivi di giovani stranieri, e della recezione che la Corte costituzionale ha dato di questa giurisprudenza con riferimento al co. 5 dell'art. 5 del d.lgs. n. 286 del 1998, con la sentenza 3-18 luglio 2013, n. 202¹³, a questo punto lo spettro della valutazione giudiziale deve comprendere anche le problematiche a cui la Consulta ha inteso dare risposta con la sua pronuncia additiva¹⁴.

13. Con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità della disposizione «nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che “ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare” o al “familiare ricongiunto”, e non anche allo straniero “che abbia legami familiari nel territorio dello Stato”».

14. In questo senso Cons. St. n. 746 del 29 gennaio 2015 che, dopo aver rilevato che *ratione temporis* non erano applicabili al caso in questione le modifiche introdotte all'art. 32 del d.lgs. n. 286 del 1998 dalla l. n. 94/2009, ha annullato il diniego del rilascio di permesso di soggiorno nel caso di un minore affidato ai sensi dell'art. 343 c.c. all'ente pubblico quattro mesi prima del raggiungimento della maggiore età e disposto che l'amministrazione adottasse il provvedimento autorizzatorio anche, ove necessario, ai sensi dell'art. 5 co. 5 primo periodo; allo stesso modo Cons. St., n. 526 dell'11 gennaio 2018, anche in questo caso dopo aver escluso che fosse applicabile la modifica introdotta dalla legge n. 94/2009, richiama l'art. 5 co.5 nel caso di un minore entrato sei mesi prima del raggiungimento della maggiore età ed affidato ad una comunità, fa riferimento a questa disposizione perché impone il riesame della domanda anche alla luce di eventuali fatti sopravvenuti e favorevoli al richiedente. Non si tratta tuttavia di orientamento consoli-

In questo senso proprio il riferimento all'art. 5 co. 5 segnala, anche per la giurisprudenza che si è espressa a partire dall'art. 32, un ampliamento di orizzonte che può contribuire ad allargare il repertorio delle risposte appropriate anche a quelle situazioni nelle quali il minore straniero non solo giunga in Italia ormai ultrasedicenne, come sta avvenendo con frequenza crescente se non altro per la durata dei viaggi che questi minorenni sono costretti a compiere, ma anche in un momento ormai prossimo al raggiungimento della maggiore età.

Un'ultima considerazione va esplicitata su questa fase ventennale della trattazione amministrativa dei diritti dei minori stranieri e sui fattori che ne hanno determinato – o accelerato – l'epilogo.

Un fattore determinante nel consentire un recupero della dimensione giurisdizionale delle tutele è stato rappresentato dagli obblighi di recepimento delle Direttive dell'Unione europea in tema di qualifiche, procedure ed accoglienza; indubbiamente i decreti legislativi di recepimento hanno costituito una nuova trama normativa che ha sostenuto la giurisdizionalizzazione dei diritti ed ancor più evidenziato le inadeguatezze della disciplina nazionale in materia.

Più precisamente, una prima trattazione della condizione dei minori stranieri non accompagnati era già contenuta in una precedente Direttiva, la n. 2001/55/CE del 20 luglio 2001 sulla c.d. "protezione temporanea", che all'art. 2 lett. f) contiene una delle prime definizioni dei minori stranieri non accompagnati.

Si va componendo poi negli anni successivi in maniera più organica il quadro normativo con il recepimento delle Direttive accoglienza, procedure e qualifiche nella loro prima versione¹⁵.

La disciplina espressa dalle Direttive contiene, in alcuni passaggi, i tratti essenziali che anche nel presente connotano il sistema¹⁶.

dato nella giurisprudenza amministrativa, cfr. in senso contrario TAR Puglia, n. 973/2017 nel caso di un minore entrato in Italia due mesi prima del raggiungimento della maggiore età per cui il Tribunale per i minorenni aveva dichiarato non luogo a provvedere nel procedimento aperto ai sensi dell'art. 330 c.c.; il giudice amministrativo esclude l'applicabilità della disposizione, pur in presenza di un'offerta di lavoro, in quanto acquisita dopo il decorso del periodo di tre mesi della durata temporanea del visto di ingresso; egualmente negativo Cons. St., n. 1532/2017 nel caso di un minorenne entrato in Italia sei mesi prima del compimento della maggiore età con permesso di soggiorno e collocato poco prima dei diciotto anni in comunità ai sensi dell'art. 430 c.c.

15. Si tratta della Direttiva 2003/9/CE del 27 gennaio 2003, recepita con il d.lgs. 30 maggio 2005 n. 140, e la Direttiva 2005/85/CE del 1 dicembre 2005, recepita dai d.lgs. 28 gennaio 2008 n. 25 e 3 ottobre 2008 n. 159.

16. Gli aspetti definitori sono trattati all'art. 2 lett. h) della Direttiva accoglienza, l'art. 10 riguarda il diritto alla scolarizzazione e all'istruzione, l'art. 14 riguarda l'adeguatezza delle strutture di collocamento ed il rispetto, anche nelle scelte di collocamento, dell'unità familiare, l'art. 15 del diritto alla salute. Di particolare interesse la distinzione, effettuata qui per la prima volta con l'art. 2 lett. i) e j), delle misure di accoglienza materiale come

Il recepimento delle Direttive nella nuova versione¹⁷ contribuisce essenzialmente a consolidare questa tendenza, introducendo alcune parziali modifiche o innovazioni¹⁸ della disciplina, contribuendo comunque a configurare in maniera innovativa il quadro normativo riguardante i minori stranieri soli.

È vero che questa trama normativa in origine, proprio perché predisposta in recepimento delle Direttive UE in materia di asilo e protezione internazionale, riguarda solo i minori stranieri richiedenti la protezione, ma è anche vero che viene presto a costituire un riferimento significativo, per esempio per

specificazione, parziale, delle complessive misure di accoglienza. Delle prime viene fornita un'elencazione analitica specificando che «includono alloggio, vitto e vestiario, forniti in natura o in forma di sussidi economici o buoni, nonché un sussidio per le spese giornaliere». La distinzione, ripresa in termini analoghi anche al momento della successiva refusione della Direttiva, riveste un particolare rilievo al momento in cui con l'art. 19 co. 5 del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142 in attuazione della Direttiva 2013/33/UE (accoglienza) e della Direttiva 2013/32/UE (procedure) viene attribuita all'autorità giudiziaria, in questo caso al Tribunale per i minorenni, la competenza «per la ratifica delle misure di accoglienza predisposte». Infatti, che le misure di accoglienza materiale siano comprese ma non esauriscano le misure di accoglienza, rappresenta un'indicazione fondamentale al fine di ampliare la latitudine del controllo giudiziale nella verifica dell'effettiva attivazione delle misure più chiaramente orientate verso l'integrazione sociale, culturale e linguistica dei minori stranieri soli.

17. Precedente la Direttiva 2011/95/UE del 13 dicembre 2011, c.d. qualifiche, recepita con il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 18, successive e contemporanee tra loro le due Direttive 2013/33/UE (accoglienza) e 2013/32/UE (procedure) entrambe del 26 giugno 2013, recepite con un unico atto normativo, appunto il d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142.

18. Tra i profili di maggiore innovazione della disciplina risultante da questo secondo recepimento delle Direttive *refuse*, per quanto riguarda la condizione dei minori stranieri soli, si deve far menzione della disciplina del trattenimento dei minori stranieri non accompagnati prevista all'art. 11 co. 3 solo «in circostanze eccezionali», per la quale comunque vale nella situazione italiana l'operatività della clausola di non regresso (considerando 28) e quindi l'esclusione del trattenimento per la condizione di inespellibilità dei minori assicurata dall'art. 19. Per quanto riguarda poi la specifica disciplina dedicata ai minori stranieri soli, l'art. 23 p. 2 afferma: «Nel valutare l'interesse superiore del minore, gli Stati membri tengono debito conto, in particolare, dei seguenti fattori: a) la possibilità di ricongiungimento familiare; b) il benessere e lo sviluppo sociale del minore, con particolare riguardo ai trascorsi del minore; c) le considerazioni in ordine all'incolumità e alla sicurezza, in particolare se sussiste il rischio che il minore sia vittima della tratta di esseri umani d) l'opinione del minore secondo la sua età e maturità»; l'art. 24 richiede agli stati di adottare misure per assicurare la rappresentanza «quanto prima» con la precisazione che verrà sostituito «solo in caso di necessità» e l'obbligo per le autorità di effettuare verifiche periodiche «anche per quanto riguarda la disponibilità dei mezzi necessari per rappresentare il minore»; l'art. 24 co. secondo espone invece i criteri del collocamento nell'ordine: presso familiari adulti; presso una famiglia affidataria; in centri di accoglienza che dispongano di specifiche strutture per minori; in altri alloggi idonei per minore. A questo proposito va osservato che la possibilità di derogare al collocamento separato prevista dal co. successivo non è stata recepita dal d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142 che all'art. 19 co. quarto esclude che il minore solo possa essere trattenuto o accolto nelle strutture previste per i maggiorenni dagli art. 6 e 9.

gli aspetti che riguardano l'accoglienza, essenziale nella ridefinizione di un sistema finalmente adeguato, come è avvenuto infine con l'approvazione della legge 7 aprile 2017 n. 47.

Per completare le considerazioni che precedono, va infatti considerato che proprio attraverso questo intervento normativo giunge a completamento il riconoscimento della tutela giurisdizionale dei diritti dei minori stranieri soli, come si desume chiaramente dalle modifiche introdotte dall'art. 3 al co. 4 dell'art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998 e dall'art. 8 in tema di rimpatrio assistito e volontario; per altro verso, proprio le disposizioni espresse dalla legge n. 47 del 2017 sistematizzano l'estensione ai minori stranieri non accompagnati, in quanto tali ed anche a prescindere dalla loro eventuale qualità di richiedenti asilo, di significative disposizioni in tema di struttura di prima accoglienza e assistenza (art. 4), identificazione (art. 5), indagini familiari (art. 6), diritto alla salute e all'istruzione (art. 14), diritto all'ascolto (art. 15) e all'assistenza legale (art. 16)¹⁹.

4. La problematica convivenza delle disposizioni in tema di affidamento ed adozione e delle regole desumibili dalla disciplina dell'immigrazione

Un altro profilo di questa materia che richiede qualche ulteriore riflessione è quello caratterizzato dalla prolungata vigenza, contemporanea e scarsamente coordinata, di due sistemi normativi elaborati non solo distintamente, ma a tutti gli effetti uno a prescindere dall'altro, seppure a breve distanza di tempo: la legge 4 maggio 1983 n. 184 «Diritto del minore ad una famiglia», in particolare il suo Titolo III «Dell'adozione internazionale»²⁰ ed il d.lgs. n. 286 del 1998.

Pensata per disciplinare l'adozione e l'affidamento dei minori che si trovano in Italia in condizione di abbandono o di gravi carenze genitoriali, senza alcuna distinzione di nazionalità per il riconosciuto carattere universalistico della disciplina²¹, la normativa della l. n. 184 del 1983 è stata oggetto della reinterpretazione da parte della giurisprudenza minorile posta di fronte alla crescente presenza dei minori stranieri soli.

19. Sul significato e gli effetti della legge Cascone C., *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/2017 (Disposizioni in materia di minori stranieri non accompagnati): luci ed ombre*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2017, p. 34 e D'Alconzo G., Inverno A. *Le nuove forme della protezione dei minori non accompagnati: contenuto e riflessioni sull'attuazione*, «Minorigiustizia», 3, 2017, p. 65.

20. Sostituito ad opera dell'art. 3 l. 31 dicembre 1998 n. 476 in attuazione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1992.

21. In questo senso la Corte costituzionale con la sentenza 1-18 luglio 1986, n. 199.

Per questa finalità è stato assunto a riferimento prima di tutto l'art. 37 *bis* della l. n. 184/1983, espressamente richiamato dal co. 5 dell'art. 35 nel caso di minore di cui sia comunque avvenuto l'ingresso nel territorio nazionale; la disposizione radica la competenza del giudice nazionale in conseguenza del solo fatto che il minore straniero si trova nel territorio dello stato, prevede l'applicazione delle disposizioni del diritto interno ed autorizza l'adozione «dei provvedimenti necessari in caso di urgenza».

Seppure inserita all'interno del Titolo III che ha ad oggetto non la procedura di adozione nazionale di minori stranieri ma quella di adozione internazionale, quest'ultima disposizione è stata intesa in alcuni casi come misura urgente propedeutica all'apertura del procedimento di accertamento dello stato di abbandono ai sensi dell'art. 8, passaggio questo obbligato per l'adozione di quelli che, nella prassi, si sono dimostrati i più incisivi provvedimenti a tutela dei minori stranieri soli, vale a dire la nomina del tutore e le disposizioni sul «collocamento temporaneo presso una famiglia o una comunità» (art. 10 co. 3).

Sono evidenti le opportunità di tutela che questa interpretazione ha consentito, assieme alle altrettanto frequenti difformità dallo schema legale di riferimento, come emerge dall'alta incidenza di procedimenti poi conclusi con sentenza di non luogo a provvedere ai sensi dell'art. 16; infatti l'esito contrario, quindi favorevole alla declaratoria di adottabilità, presuppone sia l'accertamento di un'obiettiva condizione di abbandono, sia la disponibilità consapevole ad una prospettiva adottiva da parte del minorenne, se ultradodicesimo ma anche di età inferiore in considerazione della sua capacità di discernimento (art. 15 co. 2).

Per questa ragione il ricorso a queste disposizioni della l. n. 184 del 1983 per un verso ha consentito di attuare misure tempestive e talvolta efficaci a tutela dei minori, per altro verso ha messo in luce frequentemente la profonda differenza tra la condizione di abbandono descritta dal legislatore nazionale ed un progetto migratorio in cui i figli sono mandati avanti da soli, spesso perché l'ingresso legale dei genitori è sostanzialmente impossibile, ma pur nella distanza restano ben saldi legami affettivi ed identitari che per primi i figli dimostrano di voler continuare a coltivare.

Proprio per questa ragione un'altra parte della giurisprudenza minorile ha preferito, soprattutto in presenza di minori già ultradodicesimi, far ricorso alla disposizione espressa dall'art. 25 del RDL n. 1404 del 20 luglio 1934, originariamente concepita come misura amministrativa nel caso di minori la cui condotta fosse da considerare irregolare, ma reinterpretata poi in una lettura orientata ai principi dell'art. 31 Cost. secondo la quale la misura dell'affidamento al servizio sociale dello straniero minorenne, eccezionalmente protratta sino al compimento del ventunesimo anno, risponde ad una funzione non necessariamente correttiva ma consente di proseguire e consolidare percorsi di piena integrazione sociale.

Un orientamento questo certamente più convincente, senza comunque mai trascurare la necessità di procedere ad una valutazione accurata e personalizzata della vicenda specifica ed a ricercare quindi la soluzione più appropriata al caso concreto.

Queste osservazioni valgono a dar conto dell'assetto raggiunto dalla giurisprudenza prima dell'entrata in vigore della l. 7 aprile 2017 n. 47 che ha contribuito indubbiamente a delineare un quadro normativo più lineare e coerente nei casi in cui le questioni che si pongono riguardano esclusivamente l'accoglienza ed il percorso di integrazione del minore straniero solo, ferma restando la possibilità di aprire eventuali e specifiche procedure ai sensi della legge n. 184 del 1983 ogni volta che la prospettiva dell'adozione o dell'affidamento si dimostri effettivamente rispondente all'interesse del minore, come è possibile comprendere sin dal momento in cui sono effettuati gli approfondimenti sulla sua storia personale e familiare (art. 5 co. 1), vengono attivate le indagini familiari previste dall'art. 6 e valutata l'opportunità di attuare l'affidamento familiare (art. 7).

Le diverse discipline possono a questo punto correlarsi correttamente, senza sovrapposizioni o torsioni delle distinte finalità cui sono ispirate²².

Quello che invece nella compresenza di distinte discipline restava un aspetto seriamente problematico era la possibilità espressamente prevista all'epoca dall'art. 33 co. 1 della l. n. 184 del 1983 di respingere in frontiera il minore straniero solo; ad altra soluzione non era possibile pervenire tenuto conto del carattere perentorio del divieto di ingresso, con il risultato paradossale che, se fermato in frontiera, il minore solo doveva essere respinto, se fosse riuscito ad entrare nel territorio nazionale diveniva invece inespellibile²³.

La questione è attualmente trattata, e risolta, dall'art. 3 della l. n. 47 del 2017 che ha sostituito il co. 1 dell'art. 33 della l. n. 184 del 1983 applicando ai minori che si presentano in condizione irregolare in frontiera il nuovo divieto di respingimento espresso con l'introduzione del nuovo co. 1 *bis* dell'art. 19 del d.lgs. n. 286 del 1998.

22. Per un esame della prima fase di applicazione della legge, prima che con le modifiche introdotte dal d.lgs. 22 dicembre 2017 n. 220 agli artt. 19 e 19 *bis* fosse prevista la competenza del Tribunale per i minorenni per la nomina dei tutori volontari e per l'adozione del provvedimento di attribuzione dell'età, cfr. Pricoco M.F., *Per una ricognizione delle prime esperienze applicative del D.Lgs. 18 agosto 2015 n. 142 e della legge 7 aprile 2017 n. 47*, «Minorigiustizia», 3, 2017, p. 106 e ss.

23. Su questa questione, volendo, il mio *Minori respinti in frontiera: le antinomie crescenti tra il diritto speciale dell'immigrazione e gli obblighi di protezione*, «Minorigiustizia», 2, 2010, p. 71; inoltre Del Guercio A., *I minori non accompagnati nel diritto europeo tra obblighi di protezione e diritti negati*, «Minorigiustizia», 3, 2017, p. 138.

5. La nuova configurazione dei respingimenti in frontiera

Tra le questioni che ad oggi destano maggiori interrogativi ed incertezze vanno considerate certamente una serie di vicende recenti in cui il divieto di respingimento degli stranieri soli minorenni è entrato in evidente contraddizione con l'esercizio da parte del Ministeri competenti dei poteri loro attribuiti dal nuovo co. 1 *ter* dell'art. 11 del TU, come introdotto dall'art. 1 co. 1 del d.l. 14 giugno 2019 n. 53, convertito nella l. 8 agosto 2019 n. 77, secondo il quale può essere adottato dal Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, un provvedimento per «limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale».

La disposizione fa salvo «il rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia» e questa condizione, unitamente al riferimento alla norma del diritto interno che vieta i respingimenti degli stranieri minorenni, vale da sola ad escludere che possa ritenersi legittimo l'ordine con cui viene vietato l'ingresso tutte le volte che siano presenti sulla nave minori stranieri non accompagnati o comunque soggetti considerati vulnerabili²⁴.

Infatti in questi casi in conseguenza del respingimento degli stranieri minorenni verrebbero ad essere violati oltre all'obbligo di protezione ed assistenza previsto dall'art. 22 della Convenzione ONU sull'infanzia del 1989 richiamato in precedenza, anche l'analogo obbligo di protezione che l'Italia si è impegnata a rispettare con la ratifica della Convenzione de L'Aja del 19 ottobre 1996, avvenuta con la l. 18 giugno 2015 n. 101, che introduce una significativa deroga al criterio ordinario attributivo della giurisdizione – di regola fondato sul principio della residenza abituale del minore (art. 5) – nel caso di adozione delle misure di protezione urgenti previsto dall'art. 11 della Convenzione.

Che il divieto di ingresso equivalga in questi casi al respingimento è stato evidenziato in termini condivisibili nella richiesta di chiarimenti che il Tribunale per i minorenni di Palermo, sempre in occasione della vicenda già citata, ha rivolto ai Ministri competenti, evidenziando appunto che i minori si trovavano a bordo di una nave in prossimità del limite delle acque territoriali italiane e, dunque, in una situazione «che equivale, in punto di fatto, ad un respingimento o diniego di ingresso ad un valico di frontiera».

Per questo il Tribunale ha chiesto di «conoscere quali provvedimenti le autorità in indirizzo intendano adottare in osservanza della normativa internazionale e italiana sopra richiamata».

24. La necessità «di prestare l'immediata assistenza alle persone soccorse maggiormente bisognevoli» è menzionata tra le ragioni dell'accoglimento in via cautelare della richiesta di sospensione di efficacia del provvedimento interministeriale che dispone il divieto di ingresso della nave *Open Arms* emesso dal TAR Lazio, sez. I *ter*, il 14 agosto 2019, reperibile sul sito www.ASGI.it.

Per altro, proprio la normativa nazionale sinora richiamata comporta una significativa inversione dei flussi delle comunicazioni che dovrebbero precedere l'intervento giudiziale: prima ancora della, a quel punto certamente opportuna, richiesta di chiarimenti che il Tribunale ha rivolto ai Ministeri competenti, sono gli organi di polizia che presidiano le frontiere che in base alla formulazione dell'art. 33 co. 4 della legge n. 184 del 1983 debbono dare tempestiva informazione alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni della presenza di minori stranieri sulle navi che chiedono di fare attracco sul territorio nazionale, dal momento che in queste situazioni certamente ricorrono i presupposti connessi a «eventi bellici, calamità naturali o eventi eccezionali» che rendono necessaria la comunicazione immediata.

Va escluso che il criterio della territorialità, frequentemente richiamato per elidere gli obblighi di protezione internazionale che gli Stati si sono assunti con la ratifica della Convenzioni internazionali richiamate – oltre ovviamente alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo *status* dei rifugiati che all'art. 33 afferma il principio di *non refoulement* – possa in questi casi incidere nel senso di un esonero dello stato dai suoi obblighi.

Infatti, sia il carattere collettivo che il respingimento di fatto verrebbe ad assumere, sia proprio la presenza di minori stranieri a bordo della nave, costituiscono altrettanti elementi che comportano una ridefinizione degli stessi criteri in base ai quali deve essere riconosciuta la sussistenza della giurisdizione del Paese di destinazione.

Sono al riguardo pertinenti prima di tutto i riferimenti offerti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi nell'esame di situazione analoghe, in particolare in correlazione alla lamentata violazione dell'art. 4 del Prot. n. 4 della Convenzione; a questo riguardo nella nota sentenza *Hirsi c. Italia* del 23 febbraio 2012 la Corte «Osserva anzitutto che, se le cause esaminate finora riguardavano persone che si trovavano già, a vario titolo, nel territorio del Paese interessato, il contenuto dell'articolo 4 del Protocollo n. 4 non ne ostacola l'applicazione extraterritoriale. È opportuno osservare, in effetti, che l'articolo 4 del Protocollo n. 4 non contiene alcun riferimento alla nozione di “territorio” mentre, al contrario, il testo dell'articolo 3 dello stesso Protocollo evoca espressamente la portata territoriale del divieto di espulsione dei cittadini» (§ 173).

Muovendo da questa premessa, la Corte giunge alla conclusione che «lo scopo dell'articolo 4 del Protocollo n. 4 è evitare che gli Stati possano allontanare un certo numero di stranieri senza esaminare la loro situazione personale e, di conseguenza, senza permettere loro di esporre le loro argomentazioni per contestare il provvedimento adottato dall'autorità competente. Se dunque l'articolo 4 del Protocollo n. 4 dovesse applicarsi soltanto alle espulsioni collettive eseguite a partire dal territorio nazionale degli Stati parte alla Convenzione, una parte importante dei fenomeni migratori contemporanei verrebbe sottratta a tale disposizione, sebbene le manovre che essa intende vietare possano avvenire».

nire fuori dal territorio nazionale e, in particolare, come nel caso di specie, in alto mare.

L'articolo 4 verrebbe così privato di qualsiasi effetto utile rispetto a tali fenomeni» (§ 177).

È chiaro che il rilievo secondo cui l'espulsione collettiva impedisce l'esame della situazione personale, oltre alla valenza che in ordine generale assume con riferimento alla impossibilità di esporre personalmente le proprie ragioni, nel caso dei minori soli configura un particolare *vulnus* dei diritti della persona, come assicurati dalla normativa nazionale e convenzionale.

Può essere interessante, proprio al fine di comprendere quale sia il percorso più adeguato per assicurare ai minori la tutela dovuta, richiamare anche la decisione adottata dal Tribunale per i minorenni di Catania con il decreto del 30 gennaio 2019 con cui ha disposto la nomina del tutore per gli stranieri minorenni, ne ha prescritto il collocamento in una struttura adeguata²⁵ al momento dello sbarco, ha dato specifico incarico al servizio sociale di effettuare le attività previste dagli artt. 5 e 6 della l. n. 47 del 2017.

Nel testo di questo decreto si fa espresso riferimento alla decisione che il 29 gennaio 2019 la Corte di Strasburgo, adita ai sensi dell'art. 39 del Regolamento, aveva adottato²⁶.

Muovendosi nei limiti procedurali che connotano la misura adottata in via d'urgenza ai sensi dell'art. 39 del Regolamento, la Corte non sembra certo aver avvalorato le tesi difensive del Governo, come con una lettura affrettata e propagandistica si è cercato di far intendere.

Prima di tutto infatti ha escluso che avesse fondamento la preliminare eccezione dello Stato che sosteneva il difetto della giurisdizione italiana; ha ritenuto al contrario, in questo rafforzando l'impostazione riferita in precedenza, che fosse pienamente responsabile lo Stato italiano, anche in ragione del controllo di fatto esercitato sulla nave.

In secondo luogo, per quanto riguarda in particolare la posizione dei minorenni stranieri soli, ha richiesto allo Stato di procedere senza ritardo alla nomina del tutore, come appunto è avvenuto con il decreto citato in precedenza. Se è vero quindi che non ha espressamente ordinato lo sbarco, ha tuttavia ripristinato quel sistema di garanzie e di rappresentanza che consente poi all'autorità giudiziaria competente di predisporre le misure più idonee a tutela

25. Specifica il decreto «Avente i requisiti per l'accoglienza di persone minori di età particolarmente vulnerabili nonché di cura della persona».

26. Nella nota esplicativa della decisione della Corte si legge: «In its decision the Court did not grant the applicants' requests to be disembarked. It requested the Italian Government "to take all necessary measures, as soon as possible, to provide all the applicants with adequate medical care, food, water and basic supplies ad necessary. As far as the 15 unaccompanied minors are concerned, the Government are requested to provide adequate legal assistance (e.g. legal guardianship). The Government are also requested to keep the Court regularly informed of the developments of the applicants' situation"».

dei minori, compreso l'inserimento in una comunità familiare come è poi effettivamente avvenuto.

Di particolare significato poi, proprio a sottolineare il carattere interinale della pronuncia, la richiesta allo Stato di aggiornare con frequenza sull'evoluzione della situazione.

Queste esperienze aiutano quindi a comprendere quali siano le azioni opportune che è, al tempo stesso, necessario e possibile adottare per assicurare la tutela effettiva dei diritti dei minori stranieri soli, di fronte alla nuova configurazione che i respingimenti in frontiera hanno assunto negli anni più recenti.

6. La disciplina normativa che regola il rilascio del permesso di soggiorno al momento del passaggio alla maggiore età

La disposizione di riferimento è costituita dall'art. 32 del d.lgs. n. 286 del 1998 che, in poco più di vent'anni di vigenza, è stato dal legislatore riscritto ben cinque volte, a riprova del fatto che ci si trova di fronte ad una delle disposizioni del TU che, più di molte altre, costituisce un *test* significativo delle diverse opzioni che si fronteggiano su questa questione.

La norma originaria è stata una prima volta modificata dall'art. 25 della l. 30 luglio 2002 n. 189 che ha aggiunto il co. 1 *bis*, quindi il legislatore è nuovamente intervenuto con la l. 15 luglio 2009 n. 94, art. 1 co. 22 lett. v) che ha introdotto modifiche al co. 1 e 1 *bis* della disposizione, infine dall'art. 3 co.1 lett. g *bis* del d.l. 23 giugno 2011 n. 89, convertito con modifiche dalla l. 2 agosto 2011 n. 129.

A questa prima sequenza di interventi normativi vanno aggiunte le due modifiche più recenti, la prima operata con la l. 7 aprile 2017 n. 47 che all'art. 13 ha ampliato il testo del co. 1 *bis* dell'art. 32; le modifiche introdotte con questa legge, certamente estensive del sistema di tutele predisposto in favore dello straniero minorenni solo, sono poi state abrogate dall'art. 1 co. 1 lett. n *bis* del d.l. 4 ottobre 2018 n. 113, convertito con modifiche dalla l. 1 dicembre 2018, n. 132.

Conviene per chiarezza prendere prima in considerazione la disposizione dell'art. 32 come si è venuta a configurare sino alla modifica introdotta dalla l. n. 129/2011, con le correlate soluzioni adottate in termini di diritto intertemporale dalla giurisprudenza amministrativa, per poi esaminare quali sono gli effetti che dovrebbero trarsi dall'abrogazione delle disposizioni introdotte dalla l. n. 47 del 2017.

Partendo dalla prima questione, particolarmente delicata dal momento che gli interventi normativi che si sono succeduti non contenevano specifiche disposizioni riguardanti la disciplina transitoria, si possono considerare ormai

consolidati due orientamenti che la giurisprudenza amministrativa ha formulato in questi ultimi anni.

Prima di tutto, il principio secondo il quale le modifiche introdotte dalla legge 15 luglio 2009 n. 94, art. 1 co. 22 lett. v), in senso indubbiamente restrittivo, si applicano unicamente ai minori affidati dopo l'entrata in vigore di questa disposizione, vale a dire dopo l'8 agosto 2009, o anche a quanti fossero stati affidati prima di questa data, solo però se raggiungono la maggiore età almeno due anni dopo l'entrata in vigore della riforma del 2009 (in sostanza quindi ai minori nati dopo l'8 agosto 1993).

La ragione di questa scelta interpretativa, che o esclude o limita l'efficacia retroattiva delle modifiche, è ispirata agli stessi criteri a cui la giurisprudenza amministrativa si era attenuta al momento di valutare l'ambito temporale di applicabilità della prima delle modifiche intervenute, quella effettuata con l'art. 25 della legge n. 189/2002.

Ha ricevuto un'autorevole conferma questa interpretazione dalla Corte costituzionale che nell'ordinanza 21 luglio 2011 n. 222 si è pronunciata appunto sulle modifiche introdotte dalla legge n. 94/2009: la questione riguardava specificamente i minori stranieri non accompagnati che erano stati affidati ai sensi dell'art. 2 della l. 4 maggio 1983, n. 184 ovvero sono stati sottoposti a tutela, per i quali la nuova disciplina non riteneva più sufficiente, per la conversione del titolo di soggiorno da «minore età» a «lavoro» o «attesa occupazione», questa condizione ma richiedeva loro anche il possesso dei requisiti che nella previgente disciplina erano richiesti unicamente ai minori non accompagnati, vale a dire l'ammissione per un periodo almeno biennale ad un progetto di integrazione sociale e civile gestito da un ente riconosciuto, onerato della prova della presenza del minorenne sul territorio nazionale da almeno un triennio. È evidente che la previsione dei due requisiti in forma non più alternativa ma concorrente, come le modifiche introdotte dalla legge n. 94/2009 avevano disposto, operava sul sistema una forte restrizione della possibilità di ottenere la conversione del titolo di soggiorno. Nella pronuncia n. 222/2011 la Corte costituzionale ha ritenuto manifestamente inammissibile la questione per non aver il giudice rimettente preso in considerazione proprio quell'interpretazione della stessa giurisprudenza amministrativa che aveva escluso la retroattività delle modifiche se il requisito non era, anche materialmente oltre che giuridicamente, conseguibile²⁷.

27. Precisa la Corte «basta ricordare, in proposito, come già nella vigenza dell'art. 32, co. 1 *bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998, come aggiunto dal co. 1 dell'art. 25 della legge n. 189 del 2002, e prima della novella introdotta dalla legge n. 94 del 2009, il Consiglio di Stato (sezione VI, decisioni n. 3690 del 2007 e n. 2951 del 2009) riteneva l'impossibilità di applicare il co. 1 *bis* ai soggetti che avessero compiuto la maggiore età prima della entrata in vigore della legge n. 189 del 2002, ovvero nei due anni successivi, in quanto gli stessi non potevano, in termini materiali e giuridici, partecipare ad un progetto di integrazione sociale e civile della durata minima di due anni prima del compimento della maggiore età, come previsto dal co. 1 *bis*».

In secondo luogo, la giurisprudenza amministrativa ha considerato norme di interpretazione autentica le modifiche introdotte con la l. n. 129/2011, applicabili quindi anche ai giudizi in corso, che «intervengono di nuovo sul punto della disciplina dei minori sottoposti a tutela, nel senso di superare la novella del 2009 e di ripristinare la distinzione tra minori stranieri non accompagnati e minori stranieri non accompagnati ma affidati *ex art. 2 e art. 4 della l. n. 184/1983* o sottoposti a tutela *ex art. 343 c.c.* (“comunque affidati” nel testo precedente il 2009)».

Questi esiti interpretativi risultano a questo punto consolidati e valgono a limitare in maniera significativa gli effetti restrittivi che con la previsione della concorrenza dei requisiti si sarebbero altrimenti determinati in conseguenza delle modifiche apportate dalla legge n. 94/2009.

Un'ultima considerazione riguarda infine gli effetti dell'abrogazione voluta dal legislatore con la legge n. 132/2018; le due disposizioni introdotte dall'art. 13 della legge n. 47/2017 erano certamente migliorative e meritavano di essere mantenute; in ogni caso si tratta di due principi elaborati nel tempo dalla giurisprudenza amministrativa, quello secondo il quale il parere richiesto al Comitato costituisce atto endoprocedimentale in sé inidoneo, se omesso, a motivare il rifiuto, e dalla giurisprudenza minorile, che già in precedenza, facendo ricorso all'art. 25 del RDL n. 1404/1934 aveva disposto la prosecuzione dei progetti a sostegno dei giovani stranieri sino al compimento del ventunesimo anno di età.

Pur in assenza a questo punto di un'espressa disposizione di legge, non ci sono motivi validi per ritenere che questi orientamenti non debbano essere confermati anche per il futuro.

La condizione dei soggiornanti di lungo periodo

di *Francesco Di Pietro**

Sommario: 1. Premessa. – 2. Caratteristiche e diritti. – 3. Requisiti per il rilascio, – 3.1. Precedente permesso di soggiorno, – 3.2. Requisito reddituale, – 3.3. Alloggio idoneo, – 3.4. Conoscenza della lingua italiana. – 4. Motivi ostativi: la pericolosità sociale. – 5. Revoca del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo. – 6. Espulsione del titolare di permesso UE s.l.p. – 7. Il rilascio del permesso UE s.l.p. in favore dei titolari di protezione internazionale. – 8. Il permesso UE s.l.p. rilasciato da altro Paese membro. – 9. Il permesso UE s.l.p. rilasciato a titolari di Carta blu UE.

1. Premessa

L'art. 9 TU, come novellato dall'art. 9 l. n. 189/2002, prevedeva, per lo straniero regolarmente soggiornante in Italia da almeno sei anni e titolare al momento della richiesta di una tipologia di permesso che consentisse un numero indeterminato di rinnovi, il diritto al rilascio della carta di soggiorno, da cui la possibilità di svolgere qualsiasi attività lecita (ad eccezione di quelle espressamente riservate ai cittadini italiani).

Secondo il Ministero degli interni¹, non avevano diritto alla carta di soggiorno gli stranieri regolarmente soggiornanti titolari di successivi permessi di soggiorno per lavoro subordinato a tempo determinato, poiché «le offerte di lavoro, strettamente connesse alle esigenze del mercato del lavoro appaiono imprevedibili a priori», quindi è incerta la possibilità di poter rinnovare il permesso di soggiorno per un numero indeterminato di volte².

* Avvocato ASGI del foro di Perugia.

1. Circolare telegrafica del Ministero dell'interno, n. 300/C/001/355 del 4 aprile 2001.

2. La giurisprudenza amministrativa (Tar Umbria 19.6.2002; Tar Veneto 29.9.2006, n. 3213) si era espressa in senso contrario all'interpretazione ministeriale ed aveva rilevato che la norma fa riferimento all'assenza di preclusioni giuridiche alla possibilità di rinnovare il permesso e non alla mera difficoltà di fatto ad ottenere il rinnovo, causa assenza di contratto di lavoro.

Tale interpretazione contrastava però con la Direttiva 2003/109/CE (che doveva essere recepita dagli Stati membri entro il 23 gennaio 2006), la quale prevedeva il rilascio di un permesso di soggiorno di lungo periodo a favore del cittadino straniero regolarmente soggiornante da almeno cinque anni (salvo se titolare di permessi di natura temporanea)³.

La Direttiva aveva il suo fondamento giuridico nell'art. 63 del Trattato CE, che attribuisce alla Comunità il potere di adottare misure relative alle condizioni di ingresso e soggiorno⁴ ed aveva la fondamentale finalità di istituire uno statuto giuridico uniforme nei diversi Paesi dell'Unione, per i cittadini di Paesi terzi ivi residenti e che fossero soggiornanti di lungo periodo, garantendo loro «una serie di diritti uniformi e quanto più simili a quelli di cui beneficiano i cittadini dell'Unione europea»⁵.

La Direttiva è stata recepita in Italia con d.lgs. 8.1.2007, n. 3 (Attuazione della Direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo), che ha sostituito la carta di soggiorno con il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo⁶, ora denominato permesso di soggiorno UE (“PSUE” nel proseguimento del presente testo).

Tale titolo raccoglie l'eredità, per l'appunto, della carta di soggiorno e dà la possibilità al cittadino straniero di rafforzare la propria posizione amministrativa in Italia, in considerazione della lunga durata di permanenza legale e della sua integrazione nella realtà sociale. È così possibile acquisire uno *status* più stabile (che spesso poi sfocia nella domanda e nella concessione della cittadinanza italiana).

Il d.lgs. 3/2007, oltre a riformare l'art. 9 TU ed a disciplinare il PSUE rilasciato dalle autorità italiane, introduce *ex novo* nel TU l'art. 9 *bis* relativo

3. Bonetti P., “Disciplina del lavoro. Profili generali e costituzionali”, in Nascimbene B. (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, p. 406.

4. Il Consiglio di Tampere del 1999 aveva affermato la necessità che l'Unione europea garantisse l'equo trattamento di cittadini di Paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio di un Paese membro. In particolare era stata ravvisata la necessità di garantire diritti ed obblighi analoghi a quelli dei cittadini comunitari, ravvicinando lo *status* giuridico dei cittadini dei Paesi terzi a quello dei cittadini dei Paesi membri. In attuazione degli obiettivi stabiliti a Tampere, la Direttiva 2003/109/CE disciplina il rilascio, la revoca ed i diritti relativi allo *status* di soggiornante di lungo periodo. Inoltre, per la prima volta viene disciplinato il soggiorno di cittadini di Paesi terzi in Stati membri diversi da quello in cui hanno ottenuto il suddetto *status*. La posizione dei soggiornanti di lungo periodo non è ancora equiparata a quella dei cittadini comunitari che esercitano il diritto di libera circolazione. Ma certamente la Direttiva conferisce loro una posizione di maggiore stabilità e protezione (sul punto: Di Pascale A., Pastore M., *Il recepimento delle direttive sul ricongiungimento familiare e sui soggiornanti di lungo periodo*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2007, p. 13 ss.).

5. Così il Cons. n. 2 che richiama le conclusioni del Consiglio di Tampere.

6. Nell'attuale ordinamento giuridico il termine “carta di soggiorno” è utilizzato per indicare il diverso titolo di soggiorno rilasciato ai familiari extracomunitari di cittadini comunitari ai sensi dell'art. 10 d.lgs. 30/2007.

al PSUE emesso da altro Stato membro dell'Unione europea: «Si è così data attuazione al progetto, concretizzatosi con la Direttiva 2003/109/CE, di costruire una disciplina unitaria in ambito comunitario sulla posizione di stranieri soggiornanti di lungo periodo»⁷.

2. Caratteristiche e diritti

Il PSUE è un particolare titolo di soggiorno, rilasciato entro novanta giorni dalla sua richiesta⁸, è un permesso a tempo indeterminato: il titolare non ha l'obbligo di richiederne il rinnovo a scadenze fisse, come per l'ordinario permesso di soggiorno⁹, è unicamente richiesto l'aggiornamento ogni cinque anni, ma solo per quanto concerne la sua funzione di documento di identità¹⁰. Il titolare del PSUE ha inoltre la possibilità di chiederne il rilascio anche a favore dei familiari per i quali è previsto il ricongiungimento familiare *ex art. 29 co. 1 TU*.

L'art. 9 co. 12 TU elenca i diritti connessi alla titolarità del PSUE (che si aggiungono a quelli attribuiti a tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti in forza di ordinario permesso di soggiorno). Il titolare può «fare ingresso nel territorio nazionale in esenzione di visto e circolare liberamente sul territorio nazionale», fatti salvi i divieti stabiliti dal Prefetto in relazione a siti di interesse per la difesa militare dello Stato (art. 6, co. 6 TU); può «svolgere nel territorio dello Stato ogni attività lavorativa subordinata o autonoma salvo quelle che la legge espressamente riserva al cittadino o vieta allo straniero»¹¹. È poi previsto, se è dimostrata l'effettiva residenza dello straniero sul territorio, il diritto alle prestazioni di assistenza e previdenza sociale, alle erogazioni in

7. D'Ascia L., *Diritto degli stranieri e immigrazione*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 170.

8. L'inerzia dell'Amministrazione al rilascio configura inadempimento all'obbligo di cui all'art. 2 l. 241/1990 (Tar Lombardia, Milano, sez. IV, sent. 3.2.2020 n. 236).

9. L'art. 17 co. 2 d.p.r. 394/1999 prevedeva l'obbligo di vidimazione nel termine di dieci anni dal rilascio: previsione poi soppressa dall'art. 16 d.p.r. 334/2004.

10. Art. 17 co. 2 d.p.r. 394/1999. Il rinnovo è effettuato a richiesta del titolare, corredato di nuove fotografie. A tal fine non sarà necessario provare nuovamente la sussistenza dei requisiti di reddito o di alloggio già dimostrati in sede di primo rilascio. Anche al procedimento di aggiornamento si applica il termine di novanta giorni previsto per il rilascio: è illegittimo il silenzio della P.A. oltre i novanta giorni decorrenti dalla richiesta (Tar Piemonte, Torino, sez. I, sent. 11.10.2019 n. 1054). In sede di richiesta di aggiornamento, la P.A. potrà anche valutare l'eventuale sopravvenienza di elementi di pericolosità sociale e quindi determinarsi per la revoca del titolo (Tar Toscana, Firenze, sez. II, sent. 1.3.2011 n. 386).

11. La norma prevede che, per lo svolgimento di tali attività, non è richiesta la stipula del contratto di soggiorno di cui all'art. 5 *bis* TU, previsto per le altre tipologie di permesso (prima di essere eliminato a seguito di Circolare del Ministero del lavoro n. 4773 del 28 novembre 2011; dell'art. 17 d.l. n. 5/2012 (conv. in l. 35/2012); dell'art. 2 d.lgs. 40/2014).

materia sanitaria, scolastica e sociale e di quelle relative all'accesso a beni e servizi (compreso l'accesso ad alloggi di edilizia residenziale pubblica)¹². Infine, è riconosciuta la possibilità di partecipare alla vita pubblica locale, con le forme nei limiti previsti dalla vigente normativa.

3. Requisiti per il rilascio

I presupposti per il rilascio del PSUE sono previsti all'art. 9 co. 1 TU.

3.1. *Precedente permesso di soggiorno*

Innanzitutto è necessario che il richiedente sia titolare, da almeno cinque anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità. Non sono idonei alla richiesta i permessi per studio o formazione professionale; per protezione temporanea; per cure mediche; per casi speciali *ex* artt. 18; 18 *bis*; 22, co. 12 *quater* TU; per calamità (art. 20 *bis* TU); per atti di particolare valore civile (art. 42 *bis* TU); per protezione speciale (art. 32 co. 3 d.lgs. 25/2008)¹³; per richiesta asilo ed i permessi di breve durata¹⁴.

A tali casi di esclusione elencati all'art. 9 co. 3 TU, va aggiunta quella prevista per i lavoratori dello spettacolo *ex* art. 27 TU ("Ingresso per lavoro in casi particolari"), il cui co. 2 esclude espressamente lo svolgimento di altro tipo di attività (inoltre, secondo l'art. 40 co. 14 d.p.r. 394/1999 essi non possono ottenere un permesso di soggiorno superiore a dodici mesi, salvo proroga con lo stesso datore di lavoro).

In forza di tali norme, la giurisprudenza amministrativa¹⁵ ha affermato che i lavoratori dello spettacolo non possono richiedere il PSUE. Infatti, la titolarità dello stesso consentirebbe loro l'accesso a qualsiasi tipo di attività lavorativa, ciò che sarebbe in contrasto con la volontà del legislatore: le citate norme limitano, infatti, il lavoro al solo settore dello spettacolo.

Diversamente, la giurisprudenza ha allargato le ipotesi per il rilascio del PSUE anche ai titolari di permesso di soggiorno per assistenza minore *ex*

12. Circa l'equiparazione tra permesso unico lavoro e PSUE per l'accesso a prestazioni sociali, si rinvia alla copiosa elaborazione giurisprudenziale.

13. Non possono presentare domanda di PSUE neanche coloro che hanno presentato domanda per tale permesso e sono in attesa della decisione dell'autorità.

14. Sono inoltre esclusi i titolari di uno *status* giuridico previsto dalla convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche, dalla convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari, dalla convenzione del 1969 sulle missioni speciali o dalla convenzione di Vienna del 1975 sulla rappresentanza degli Stati nelle loro relazioni con organizzazioni internazionali di carattere universale.

15. Cons. St., sez. VI, sent. 22.5.2008 n. 2448.

art. 31 co. 3 TU¹⁶ ed ai titolari di permesso di soggiorno per residenza elettiva¹⁷.

È da rilevare che l'art. 9 TU non contiene un elenco delle tipologie di permessi di soggiorno che legittimano la richiesta di PSUE: è diversamente presente al co. 3 un elenco di permessi la cui titolarità non consente detta richiesta¹⁸. Tale impostazione della norma (presenza di elenco dei permessi non legittimanti e non di elenco dei permessi legittimanti) ha dato adito a interpretazioni restrittive da parte della pubblica amministrazione, la quale a volte (e con differenti prassi interpretative sul territorio nazionale) ha ritenuto una specifica tipologia di permesso come non valido presupposto¹⁹.

Tali interpretazioni restrittive, come visto in riferimento ai permessi per assistenza minore e per residenza elettiva, sono state poi corrette in sede giurisdizionale.

Al momento della richiesta di PSUE, il permesso di soggiorno deve avere una pregressa e ininterrotta durata di cinque anni. Ai fini del computo di tale periodo, rilevano anche i periodi in cui si è stati titolari dei permessi elencati all'art. 9, co. 3 TU, tranne quelli di breve durata e quelli per motivi diplomatici.

Si evidenzia che, diversamente dalla disciplina previgente la riforma del 2003, la norma richiede esclusivamente cinque anni di regolare soggiorno e non di residenza anagrafica o di continuità lavorativa o contributiva, periodo che deve essere ininterrotto. L'art. 9, co. 6 TU precisa che a rilevare è la titolarità senza interruzioni del permesso e non la presenza effettiva ininterrotta

16. Cons. St., sez. III, sent. 19.2.2019 n. 1157. «Il permesso per assistenza minori non rientra nei casi di inapplicabilità dell'art. 9, co. 1, previsti dal co. 3 TU, non essendo espressamente indicato nell'elenco ivi contenuto che va dalla lett. a) alla lett. e), né potendo essere sussunto sotto la lett. d), tenuto anche conto come non possa ritenersi consentito estendere ad ipotesi non testuali le specifiche cause di esclusione poste in via di eccezione al ripetuto primo co.». Conformi: Tar Lazio, sez. I *ter*, sent. 14.3.2018 n. 2935, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2018; Tar Lazio, sez. I *ter*, sent. 18.12.2019 n. 14156, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2020.

17. Tar Umbria, sent. 27.5.2010 n. 337.

18. La stessa Direttiva 2003/109/CE specifica i criteri per il calcolo del periodo di cinque anni, ma non i criteri per la definizione del "soggiorno legale", lasciando pertanto la definizione agli Stati membri.

19. «Una siffatta interpretazione, se può, innegabilmente, trovare un appiglio nella lettera della legge, si porrebbe però in contrasto con la Direttiva 2003/109/CE, la quale esclude unicamente i titolari di permesso per motivi di studio o formazione professionale, ovvero i titolari di permesso "di carattere meramente temporaneo" e cioè, nell'esemplificazione datane dall'art. 3, co. 2, i lavoratori alla pari, stagionali o distaccati, destinati a non accedere stabilmente al mercato del lavoro nazionale. In sostanza, la Direttiva sembra escludere unicamente i lavoratori titolari di un permesso di soggiorno che consente l'ingresso temporaneo nel territorio dello Stato ma che non dà titolo a permanervi stabilmente, neppure in caso di successive offerte di lavoro; ciò che è, invece, consentito ai titolari di permesso di soggiorno per lavoro subordinato a tempo determinato» (De Mozzi B., *Nuove misure legislative in materia di immigrazione*, «Il lavoro nella giurisprudenza», 7, 2007, p. 681 ss.).

in Italia. Sono infatti consentite assenze dal territorio nazionale: le stesse non interrompono la durata del periodo di cinque anni e concorrono al computo dello stesso quando si tratta di assenze inferiori a sei mesi consecutivi e non superano complessivamente dieci mesi nel quinquennio. È consentita un'assenza per periodi superiori se la stessa «sia dipesa necessità di adempiere agli obblighi militari, da gravi e documentati motivi di salute ovvero da altri gravi e comprovati motivi».

Il requisito del quinquennio di precedente soggiorno regolare è richiesto anche in caso di domanda presentata dai familiari del titolare di PSUE. Più esattamente, secondo Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), sent. 17.7.2014, causa *Tahir*, C-469/13²⁰, le norme contenute nella Direttiva 2003/109/CE devono essere interpretate nel senso che il familiare della persona già titolare di *status* di soggiornante di lungo periodo non può essere esentato dal requisito del soggiorno legale e continuativo nello Stato membro per cinque anni precedentemente alla presentazione della domanda per poter anch'egli accedere al medesimo *status*. La CGUE ha affermato che gli artt. 4 e 7 Direttiva 2003/109/CE (riguardanti i requisiti per poter presentare la domanda, tra cui quello della durata quinquennale del soggiorno) devono essere interpretato in base al Considerando n. 6, secondo il quale «la condizione principale per ottenere lo *status* di soggiornante di lungo periodo dovrebbe essere la durata del soggiorno nel territorio di uno Stato membro. Dovrebbe trattarsi di un soggiorno legale ed ininterrotto, a testimonianza del radicamento del richiedente nel paese in questione. È necessaria una certa flessibilità affinché si possa tener conto delle circostanze che possono indurre una persona ad allontanarsi temporaneamente dal territorio». Ne deriva che l'art. 9 co. 1 TU deve essere a sua volta interpretato in modo compatibile con i citati artt. 4 e 7 della Direttiva: il familiare di titolare di *status* di soggiornante di lungo periodo non può essere esentato dal requisito del soggiorno per cinque anni nello Stato membro.

La citata decisione della CGUE è resa riguardo al caso di un coniuge di soggiornante di lungo periodo, ma riguarda anche gli altri familiari per i quali l'art. 9, co. 1 TU prevede la possibilità di chiedere il PSUE. Si tratta dei familiari per i quali è possibile il ricongiungimento familiare (l'art. 9, co. 1 TU rinvia all'art. 29, co. 1 TU), quindi anche i figli minorenni.

In base all'art. 31, co. 1 TU, ai figli minori conviventi con straniero regolarmente soggiornante (anche se affidatario) «è rilasciato un permesso di

20. «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2014, p. 125. Si richiama sul punto la Circolare del Ministero dell'interno 6.9.2019 prot. 122106. In senso opposto si erano pronunciati: Tar Puglia, sent. 7.12.2012 n. 2103, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2012 p. 219; Corte d'appello di Venezia, decr. 20.6.2011, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2011, p. 193; Tar Piemonte, sent. 27.10.2011 n. 1129, *cit.*, p. 194; Tar Lazio, sent. 21.6.2011 n. 5530, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2011, p. 213; Tar Piemonte, sent. 27.10.2011 n. 1129, *cit.*, p. 217; Tar Umbria, sent. 28.5.2009 n. 263, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2010, p. 236.

soggiorno per motivi familiari valido fino al compimento della maggiore età ovvero un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo ai sensi dell'articolo 9», ma per il rilascio di quest'ultimo dovranno soddisfare il requisito del pregresso quinquennio di soggiorno regolare.

Ne consegue che, secondo l'indicazione del giudice europeo, il minore che abbia fatto ingresso in Italia per ricongiungimento familiare da parte di genitore titolare di PSUE potrà a sua volta ottenere tale titolo di soggiorno solo dopo cinque anni dall'ingresso.

Si evidenzia che tale restrizione potrà avere conseguenze negative in capo al neomaggiorenne. Se questi, da minorenni, era titolare di mero permesso per motivi di famiglia valido sino alla maggiore età, dovrà poi convertire quest'ultimo, ai sensi dell'art. 32, co. 1 TU, in diverso permesso per motivi di studio, di lavoro, di accesso al lavoro, per esigenze sanitarie o di cura. Diversamente, se era titolare già da minorenni di PSUE, non dovrà effettuare il detto adempimento, posto che il titolo non scade al compimento della maggiore età.

Altro pregiudizio in capo al minore ed agli altri familiari derivante dalla descritta interpretazione della CGUE riguarda il diritto di seguito di cui all'art. 16, Direttiva 2003/109/CE. Infatti, ogni volta che il minore accompagna o raggiunge il proprio genitore titolare di PSUE che si trasferisce in secondo Stato membro, vedrà scomparire gli anni di soggiorno già trascorsi nel primo Stato membro. Sarà per il minore molto più difficile integrare il requisito del quinquennio in uno Stato membro, con il rischio di divenire maggiorenne senza ottenere il PSUE. Stessa difficoltà sarà per il coniuge che esercita il diritto di seguito e «Detto pregiudizio costituisce infatti un ostacolo obiettivo, ancorché non assoluto, all'unità familiare, inducendo i familiari del lavoratore a non seguirlo ed a permanere invece nel primo Paese membro sino all'ottenimento del permesso di soggiorno UE da parte del figlio»²¹.

3.2. *Requisito reddituale*

È richiesta la prova della disponibilità di un reddito derivante da fonte lecita²² non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale²³. In caso di richiesta relativa

21. Morozzo della Rocca P., "La condizione giuridica dei minori stranieri", in Cottatellucci C. (a cura di), *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 322. «La decisione del giudice europeo [...] potrebbe in futuro essere almeno parzialmente corretta alla luce del principio di diritto internazionale di protezione del superiore interesse del minore».

22. Sulla liceità del reddito, si cita: Cons. St., sez. III, sent. 30.10.2015 n. 4966, relativo a rigetto dell'istanza in quanto i redditi erano proventi di attività estorsiva.

23. Con il riferimento a tale importo, il d.lgs. 3/2007 ha definito il parametro per valutare il requisito della disponibilità di "risorse stabili e regolari" di cui all'art. 5.1.a) della Direttiva 2003/109/CE.

anche ai familiari, occorre un reddito idoneo al loro sostentamento, secondo i parametri di cui all'art. 29, co. 3 lett. b) TU (importo annuo dell'assegno sociale aumentato della metà per ogni familiare)²⁴. Il reddito rilevante è quello complessivamente prodotto da tutti i componenti il nucleo familiare e non quello del solo richiedente. Sono rilevanti anche i redditi prodotti all'estero e percepiti in Italia²⁵.

Il raggiungimento della soglia reddituale deve essere «valutato con elasticità, anche alla luce delle possibilità di incremento del reddito»²⁶ ed «al sopravvenire di una situazione di lavoro e di reddito che faccia presumere una prospettiva di continuità per il futuro rispetto a temporanee carenze di reddito verificatesi in passato»²⁷. Non incide sulla sussistenza del requisito reddituale, quale risultante dalla dichiarazione dei redditi, il mancato versamento dei contributi INPS da parte del datore di lavoro: tale omissione comporta esclusivamente l'onere per la P.A. di denuncia alle competenti autorità²⁸. Non è necessario che il reddito derivi da attività lavorativa: rileva anche il reddito da trattamento assistenziale pubblico²⁹.

Rileva infine anche il reddito derivante da rapporto di lavoro a tempo determinato³⁰.

La mancanza del citato livello di reddito preclude la possibilità di chiedere il PSUE, ma può essere sempre chiesto l'ordinario permesso di soggiorno. Quest'ultimo presuppone, infatti, una minore rigidità nella valutazione del requisito reddituale (sono tollerati periodi limitati di assenza del reddito), pur presupponendo un'autonomia economica del richiedente (Tar Toscana, Firenze, sez. II, sent. 5.12.2019 n. 1641).

3.3. *Alloggio idoneo*

Altro requisito di cui all'art. 9 co. 1 TU è quello della disponibilità di alloggio idoneo «rientrante nei parametri minimi previsti dalla legge regio-

24. L'ammontare del reddito richiesto non è parametrato al numero dei conviventi nella medesima abitazione (anche se non familiari), ma solo al numero dei familiari conviventi tra i quali si presuppone vi sia una "solidarietà economica" (così: Tar Piemonte, sez I, sent. 4.7.2017 n. 785, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2017).

25. Tar Umbria, sent. 27.5.2010, n. 337.

26. Cons. St., sez. III, sent. 29.5.2015 n. 2699.

27. Cons. St., sez. III, sent. 10.12.2014 n. 6069.

28. Cons. St., sez. III, ord. 25.7.2013 n. 2840, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2013, p. 199.

29. Tar Toscana, sez. II, sent. 5.7.2013 n. 1063, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2013, p. 205, relativa a richiedente titolare di pensione d'invalidità e di indennità di frequenza di ammontare sufficiente ai fini dell'art. 9 TU.

30. Tar Piemonte, ord. 8.3.2012 n. 169, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2012 p. 213. Conformi: Tar Piemonte, sent. 9.11.2011 n. 1180, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2011 p. 196; Tar Piemonte, sent. 8.7.2010 n. 539, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2010 p. 248.

nale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero che sia fornito dei requisiti di idoneità igienico-sanitaria accertati dall'Azienda unità sanitaria locale competente per territorio» (analogamente a quanto previsto per il ricongiungimento familiare).

3.4. *Conoscenza della lingua italiana*

Nel corso del lungo *iter* per l'approvazione della Direttiva 2003/109/CE (quattro anni) prevalsero le posizioni di Paesi (come Austria, Germania e Paesi Bassi) che avevano introdotto o stavano introducendo, nella legislazione nazionale, *test* di integrazione civica, utilizzati come strumenti di una politica restrittiva di immigrazione, così in parte vanificando gli obiettivi previsti dal Consiglio di Tampere³¹. L'art. 9, co. 2 *bis* TU³² subordina, quindi, il rilascio del PSUE al superamento di un *test* di lingua italiana e rinvia ad un decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, per la determinazione delle modalità³³.

Sono esentati dal *test*: i figli minori di 14 anni; le persone con gravi deficit di apprendimento linguistico certificati da una struttura sanitaria pubblica³⁴; gli stranieri che possono già dimostrare in altro modo la conoscenza della lingua italiana³⁵.

31. Secondo CGUE, sez. II, sent. 9.7.2015, causa C-153/14, le misure di integrazione non devono pregiudicare l'obiettivo e l'effetto utile della normativa europea. In particolare, devono avere come finalità non quella di selezionare le persone che potranno esercitare il loro diritto al ricongiungimento familiare, ma quella di facilitare l'integrazione di queste ultime negli Stati membri. Quindi il *test* di lingua italiana non può avere la finalità di costituire un filtro alle domande di PSUE, ma deve essere rivolto all'ottenimento di una effettiva situazione di integrazione.

32. Inserito dall'art. 1, co. 22, lett. i), l. 94/2009 e modificato dall'art. 5, co. 8, lett. a), d.l. 145/2013, convertito, con modificazioni, dalla l. 9/2014. Successivamente, il presente co., è stato così modificato dall'art. 3, co. 1, d.lgs. 12/2014.

33. Si tratta del D.M. 4.6.2010 (entrato in vigore il 9.12.2010) recante le "Modalità di svolgimento dei *test* di conoscenza della lingua italiana". Il D.M. attribuisce alle prefetture le competenze per la ricezione delle richieste di svolgimento del *test*. Le attività sono descritte in dettaglio nelle Circolari del Ministero dell'interno del 3.2.2014 e del 16.11.2010 n. 7589.

34. «La norma esclude esclusivamente i soggetti affetti da patologie che limitano l'apprendimento linguistico e non quelli che abbiano difficoltà fisiche che potrebbero impedire lo svolgimento dell'esame non potendo gli stessi esimersi dall'obbligo di dimostrazione della conoscenza della lingua italiana» (Tar Liguria, Genova, sez. II, sent. 2.5.2018 n. 409).

Si registra un particolare problema per i soggetti affetti da dislessia o disgrafia. Nel caso in cui la relativa certificazione medica non contenga l'ulteriore precisazione che vi è un deficit dell'apprendimento linguistico, spesso la stessa non verrà ritenuta sufficiente ad esentare dal *test* di conoscenza della lingua italiana.

35. Esattamente l'esenzione riguarda gli stranieri:

- a) in possesso di attestati o titoli che certifichino la conoscenza della lingua italiana a un livello non inferiore all'A2 del Quadro comune di riferimento europeo per la conoscenza delle lingue, rilasciato dall'Università per stranieri di Siena, dall'Università per

4. Motivi ostativi: la pericolosità sociale

L'art. 9, co. 4 TU stabilisce che il PSUE non può essere rilasciato agli stranieri pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato. Tali motivi ostativi sono coincidenti con quelli di cui all'art. 5 co. 5 TU (o più precisamente dell'art. 4 co. 3, cui rinvia l'art. 5). Ne consegue che in caso di sussistenza degli stessi (con prevalenza sugli elementi di favore di cui al citato art. 5, co. 5 TU: durata del soggiorno; inserimento sociale, familiare e lavorativo) potrebbe conseguirne non solo il rigetto della domanda di PSUE ma anche la revoca del permesso di soggiorno di precedente possesso (che costituisce presupposto della detta domanda)³⁶.

È importante rilevare che i motivi di revoca del mero permesso di soggiorno di cui all'art. 4, co. 3 TU (es. condanna per un reato per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza *ex art. 380 c.p.p.*) non sono invece ostativi al rilascio di PSUE. Questa è una delle più importanti novità apportate dal d.lgs. 3/2007 nel novellare l'art. 9 TU: la condanna (anche non definitiva ed anche a seguito di patteggiamento) per i reati ostativi di cui all'art. 4, co. 3 TU non ha un'efficacia automaticamente ostativa al rilascio del PSUE³⁷: il rigetto della domanda è previsto quando lo straniero rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato³⁸.

stranieri di Perugia, dall'Università degli studi Roma tre e dalla società Dante Alighieri (enti Certificatori);

- b) in possesso di un'attestazione che dimostri che il cittadino ha frequentato un corso di lingua italiana presso i Centri provinciali per l'istruzione degli adulti ed ha conseguito, al termine del corso, un titolo che attesta il raggiungimento di un livello di conoscenza della lingua italiana non inferiore al livello A2 del Quadro comune di riferimento europeo per la conoscenza delle lingue;
- c) che hanno ottenuto, nell'ambito dei crediti maturati per l'accordo di integrazione di cui all'art. 4 *bis* del Testo Unico, il riconoscimento di un livello di conoscenza della lingua italiana non inferiore al livello A2 del Quadro comune di riferimento europeo per la conoscenza delle lingue;
- d) che hanno conseguito il diploma di scuola secondaria di primo o secondo grado presso un istituto scolastico appartenente al sistema italiano di istruzione o ha conseguito, presso i Centri provinciali per l'istruzione degli adulti il diploma di scuola secondaria di primo o di secondo grado, ovvero frequenta un corso di studi presso una Università italiana statale o non statale legalmente riconosciuta, o frequenta in Italia il dottorato o un master universitario;
- e) che hanno fatto ingresso in Italia in qualità di: dirigente o lavoratore altamente qualificato di società che hanno sede o filiali in Italia; professore universitario o ricercatore con incarico in Italia; traduttore/interprete; giornalista corrispondente ufficialmente accreditato in Italia.

36. D'Ascia L., *op. cit.*, p. 172.

37. Nel testo anteriore alla novella del 2007, anche il mero rinvio a giudizio per un reato ostativo determinava l'automatico rifiuto della carta di soggiorno. Sugli aspetti di diritto intertemporale si cita: Cons. St., sez. III, sent. 25.5.2012 n. 3095.

38. La Direttiva 2003/109/CE non prevede la possibilità di diniego dello *status* di lungosoggiornante per ragioni economiche.

Tale pericolosità non è fatta derivare in modo automatico da un provvedimento giudiziale, ma è il risultato di una valutazione generale del caso singolo effettuata dalla P.A. (*rectius*: dal questore)³⁹, in quanto le condanne hanno sì una rilevanza, ma quali elementi da considerare nel globale giudizio di pericolosità sociale fondato su una pluralità di elementi.

L'art. 9 co. 4 TU, infatti, prevede che nel valutare quest'ultima si tiene "anche" (e quindi: non solo) conto dell'appartenenza dello straniero ad una delle categorie per cui la legge prevede l'adozione di misure di prevenzione personali e delle condanne (anche non definitive), per i reati previsti dall'art. 380 c.p.p. e, limitatamente ai delitti non colposi, dall'art. 381 c.p.p.

Accanto a tali elementi di tenore negativo e contrari al rilascio del titolo, la P.A. dovrà però, a norma dell'art. 9, co. 4 TU, considerare anche gli eventuali altri elementi di tenore positivo: durata del soggiorno nel territorio nazionale e inserimento sociale, familiare e lavorativo dello straniero. Si giunge, quindi, ad un eventuale giudizio di pericolosità sociale dopo un bilanciamento dei vari elementi previsti dalla norma citata⁴⁰.

A fronte di tale orientamento prevalente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, si registrano alcune pronunce secondo cui la P.A. potrà determinarsi nel senso di ritenere sussistente la pericolosità, desumendola dal tipo di reato commesso e dalla sentenza di condanna che tale reato ha accertato. Si precisa però che ad ostacolare il rilascio del titolo non è la condanna in sé, ma il singolo episodio criminoso, qualora questo sia di tale gravità da far propendere per una valutazione di pericolosità⁴¹.

39. Cons. St., sez. III, sent. 26.2.2020 n. 1415; Cons. St., sez. II, sent. 8.1.2020 n. 151; Cons. St., sez. III, sent. 20.2.2019 n. 1197; Cons. St., sez. III, sent. 27.11.2018 n. 6700; Cons. St., sez. III, sent. 23.7.2018 n. 4455; Cons. St., sez. III, sent. 18.4.2018 n. 2344; Cons. St., sez. III, sent. 1.3.2017 n. 950; Cons. St., sez. III, sent. 28.11.2016 n. 5014; Cons. St., sez. III, sent. 11.10.2016 n. 4192; Cons. St., sez. III, sent. 5.4.2016 n. 1327; Cons. St., sez. III, sent. 29.4.2015 n. 2184; Cons. St., sez. III, sent. 13.3.2015 n. 1342; Cons. St., sez. III, sent. 10.12.2014 n. 6064.

40. Tale previsione è contenuta all'art. 6 co. 1 Direttiva 2003/109/CE. Nel senso di un giudizio complessivo è anche la Circolare Ministeriale 16 febbraio 2007. A tale operazione corrisponde un analogo bilanciamento di contrapposti interessi secondo i parametri fissati da Corte cost., sent. 202/2013.

41. Secondo Cons. St., sez. III, sent. 12.8.2019 n. 5680, non è richiesta una «puntuale disamina di tutti gli elementi potenzialmente rilevanti ai fini della valutazione di pericolosità dello straniero laddove dall'analisi di taluni di essi è possibile formulare un giudizio di pericolosità, insuscettibile di essere inficiato da altri elementi astrattamente rilevanti in chiave favorevole allo straniero». In senso conforme: Cons. St., sez. III, sent. 30.7.2018 n. 4685 secondo cui «l'essere stato tratto in arresto perché gravemente indiziato di far parte, insieme con altri soggetti stranieri, di una associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti costituisce circostanza atta ad integrare quella valutazione, in concreto, della pericolosità sociale e tale da giustificare, anche in sé sola, il rigetto della domanda volta ad ottenere il rilascio del permesso di soggiorno per lungo soggiornanti UE ai sensi dell'art. 9 e d.lgs. n. 286 del 1998, non assumendo rilievo in senso contrario che l'istante, sottopo-

Il giudice amministrativo ha affermato che anche «la pendenza del giudizio penale per l'accertamento dei fatti, non inficia la correttezza della valutazione questorile in ordine al rigetto dell'istanza di permesso di soggiorno per lungo periodo. Infatti, detta valutazione ben può fondarsi sugli elementi indiziari raccolti in sede penale, senza dovere necessariamente attendere l'esito di un giudizio penale che, proprio per la sua complessità, potrebbe richiedere un lunghissimo tempo per la sua definizione con una sentenza avente autorità di giudicato»⁴². Il Consiglio di Stato ha ritenuto, inoltre, legittimo un giudizio di pericolosità sociale fondato sul fatto che il richiedente abbia «una capacità e una propensione a delinquere, concreta e attuale che sia in contrasto con i motivi per cui è stato richiesto il permesso di soggiorno»⁴³. Ne consegue che «il giudizio di pericolosità sociale può fondarsi non necessariamente su reati già accertati, ma anche da elementi di fatto pure indiziari, purché tali elementi o indizi siano tali da potersene desumere un giudizio prognostico negativo»⁴⁴.

Inoltre, non rileva la sussistenza dell'incapacità d'intendere e volere del richiedente al momento della commissione del fatto di reato: «il giudizio di pericolosità sociale prescinde dall'imputabilità o meno dello straniero, dovendo la pericolosità sociale essere desunta sulla base di dati oggettivi, quali la natura dei reati commessi e le concrete modalità della loro perpetrazione»⁴⁵. Secondo la giurisprudenza, è irrilevante l'elemento sopravvenuto dell'estin-

sto a regime detentivo, abbia serbato una condotta virtuosa sino al momento della proposizione dell'istanza». Secondo Cons. St., sez. III, sent. 8.10.2014 n. 5013, «in mancanza di altri elementi, discende dalla norma così come è formulata la conseguenza che le condanne assumano un peso determinante ai fini del giudizio di pericolosità sociale» (nella specie si trattava di condanna per reati in materia di stupefacenti). Il Giudice considera anche il breve lasso di tempo tra commissione del reato e presentazione della domanda di PSUE: «la brevità del tempo trascorso è rilevante in quanto non offre margini per altre valutazioni (ad esempio sulla base del comportamento successivo alla condanna o comunque al compimento del reato)». Diversamente, in caso di presenza di altri elementi (es. inserimento familiare sul territorio), anche in caso di condanna per reato che desta allarme sociale (quale quelli in materia di stupefacenti), dovrà essere effettuata una valutazione ponderata (Cons. St., sez. III, sent. 1.8.2014 n. 4125. In senso conforme, circa condanna per reato in materia di stupefacenti sono: Cons. St., sez. III, sent. 29.4.2014 n. 2205, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2014 p. 131; Tar Veneto, Venezia, sez. III, sent. 12.4.2019 n. 472, che valorizza l'elemento di rapporto di convivenza con cittadina italiana; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, sent. 27.2.2017 n. 149; Tar Marche, Ancona, sez. I, sent. 14.5.2015 n. 378). Sulla presunzione di minaccia per l'ordine pubblico insita nella condanna per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 co. 1, 3 TU) è Tar Lombardia, Brescia, sez. I, sent. 23.4.2019 n. 392. In senso ostativo al rilascio a causa di condanna non definitiva per il reato di maltrattamenti in famiglia sono: Tar Toscana, Firenze, sez. II, sent. 4.2.2019 n. 169; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, sent. 12.3.2018 n. 221.

42. Cons. St., sez. III, sent. 30.7.2018 n. 4685.

43. Cons. St., sez. III, sent. 25.1.2018 n. 528.

44. Cons. St., sez. III, sent. 30.5.2011 n. 3240. Conforme: Tar Veneto, Venezia, sez. III, sent. 29.4.2019 n. 523.

45. Tar Toscana, Firenze, sez. II, sent. 9.1.2019 n. 31.

zione del reato a seguito di esito positivo di messa alla prova presso i servizi sociali (nella specie, come esecuzione penale esterna di condanna per reato in materia di stupefacenti), in quanto tale elemento «non comporta alcuna conseguenza sugli accadimenti storico-giuridici della commissione del reato e dell'intervenuta pronuncia di condanna [...]»; le valutazioni effettuate dal Tribunale di Sorveglianza non sono vincolanti in sede amministrativa, tenuto conto della autonomia del potere del Questore di valutazione sulla pericolosità sociale del cittadino straniero, ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno, a prescindere dalle valutazioni svolte dalla magistratura di sorveglianza in sede di esecuzione della pena, che vengono assunte in un diverso contesto e per differenti finalità» (Cons. St., sent. 29.3.2019 n. 2083)⁴⁶. Secondo il Consiglio di Stato, la P.A. dovrà effettuare la descritta valutazione globale solo in caso di espressa e concreta presentazione di domanda di PSUE e non quando siano meramente presenti i requisiti per la detta domanda (soggiorno quinquennale, reddito, alloggio). Questo poiché «la situazione di prolungata e regolare presenza dello straniero sul territorio nazionale diviene giuridicamente rilevante ai fini della eventuale concessione della carta di soggiorno di lungo periodo, qualora la competente Autorità amministrativa abbia già valutato o sia messa in grado di valutare se sussistano tutti i requisiti previsti, che comportano, inoltre, una specifica valutazione di integrazione dello straniero sotto vari profili» (Cons. St., sez. II, sent. 1.10.2019 n. 6554. Conformi: Cons. St., sez. III, sent. 18.4.2019 n. 2532; Cons. St., sez. III, sent. 23.9.2015 n. 4470; Cons. St., sez. III, sent. 28.11.2016 n. 5014)⁴⁷.

46. Secondo Cons. St., sez. III, sent. 16.1.2012 n. 130, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2012 p. 211, «ogni fatto sopravvenuto (nella fattispecie, la riabilitazione penale [...]) potrà e dovrà essere preso in considerazione soltanto in sede di riesame da parte dell'Autorità competente». In senso contrario e cioè nell'attribuire rilevanza a provvedimenti di riabilitazione intervenuti successivamente all'adozione del diniego (in deroga al principio "*tempus regit actum*") era Tar Lazio, sent. 5.4.2012 n. 3146, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2012 p. 217. Sulla riabilitazione si cita inoltre: Tar Lombardia, Brescia, sent. 20.4.2006 n. 406 che non ritiene l'estinzione del reato *ex art. 445 c.p.p.* equiparabile a riabilitazione (con conseguente ostacolo a rilascio del PSUE), in quanto è assente una formale pronuncia ricognitiva del giudice dell'esecuzione *ex art. 676 c.p.p.*

47. «Non può, pertanto, beneficiare automaticamente di tale disciplina solo chi vanti il soggiorno di fatto in modo continuativo e legale per cinque anni nel territorio dello Stato occorrendo l'apprezzamento discrezionale di ulteriori circostanze oggettive e soggettive, che devono essere tutte adeguatamente documentate nel corso del procedimento» (Cons. St., sez. III, sent. 29.3.2019 n. 2083. Conforme: Tar Umbria, Perugia, sez. I, sent. 20.11.2019 n. 588). In senso contrario si era espresso Tar Puglia, sent. 14.3.2013 n. 582, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2013 p. 201, che aveva affermato una equiparazione tra colui che ha espressamente chiesto il PSUE e colui che, invece, non ha formalizzato la richiesta, pur avendone i requisiti soggettivi. Nello stesso senso era Tar Lombardia, sent. 24.10.2008 n. 1413, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2009 p. 261, secondo il quale la valutazione in concreto del singolo caso (senza automatismi) «deve essere effettuata anche quando non sia stato ancora formalmente acquisito lo *status* di soggiornante di

5. Revoca del permesso UE s.l.p.

Il PSUE è revocato nei seguenti casi: se è stato acquisito fraudolentemente; in caso di espulsione; quando mancano o vengano a mancare le condizioni per il rilascio, di cui al co. 4⁴⁸; in caso di assenza dal territorio dell'Unione per un periodo di dodici mesi consecutivi⁴⁹; in caso di conferimento di PSUE da parte di altro Stato membro dell'Unione europea, previa comunicazione da parte di quest'ultimo, e comunque in caso di assenza dal territorio dello Stato per un periodo superiore a sei anni⁵⁰. Al di fuori di tali espresse previsioni, non sarà possibile revocare il PSUE⁵¹. In sede di aggiornamento del PSUE, la

lungo periodo: questo *status* è infatti interamente disciplinato dal diritto comunitario, sia nei presupposti sia nelle conseguenze, e ha come oggetto il bene della vita rappresentato dalla continuità della permanenza all'interno del territorio dell'Unione. Pertanto il diritto allo *status* si acquista non come effetto di un provvedimento di secondo grado che si innesta sul permesso di soggiorno ordinario rilasciato dai singoli Stati ma come conseguenza della maturazione dei requisiti di tempo e radicamento sociale previsti dalle norme comunitarie». Sul valore meramente dichiarativo e non costitutivo del PSUE: Di Pascale A, Pastore M., *op. cit.*, p. 39.

Secondo Tar Lombardia, Milano, sez. IV, sent. 3.11.2014 n. 2618, «l'art. 9 co. 9 TU non attribuisce all'amministrazione il potere di indagare di ufficio, in difetto di domanda di parte, se sussista la possibilità di rilasciare il permesso di soggiorno ad altro titolo. Tanto discende, dalla considerazione che solo l'interessato è in grado di indicare quali sono i titoli di legittimazione a conseguire un diverso tipo di permesso di soggiorno».

48. Anche nel caso di revoca, dovrà avvenire una valutazione complessiva sulla pericolosità sociale fondata sulla pluralità di elementi di cui si è detto (sul punto: Tar Toscana, Firenze, sez. II, sent. 15.1.2019, n. 69; Tar Veneto, Venezia, sez. III, sent. 6.11.2018 n. 1030; Tar Liguria, Genova, sez. II, sent. 12.6.2018 n. 525).

49. L'assenza può essere giustificata da gravi e comprovati motivi correlati, ad esempio, allo stato di salute (Tar Lombardia, Brescia, sez. I, sent. 17.1.2019 n. 38. Conformi: Tar Sicilia, Catania, sez. IV, sent. 26.7.2018 n. 1612; Tar Friuli V.G., sez. I, sent. 12.5.2016 n. 162, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2007).

50. In mancanza di espressa previsione, la mancata comunicazione al Questore della variazione del domicilio abituale non è idonea a motivare la revoca (Cons. St., sez. III, sent. 8.6.2018 n. 3463).

51. È illegittimo un provvedimento di revoca per ragioni di mera insufficienza reddituale, elemento che rileva solo in fase di primo rilascio (Cons. St., sez. III, sent. 17.4.2018 n. 2286. Sul punto anche: Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, sent. 4.7.2019 n. 604, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2019; Tar Lombardia, sez. IV, sent. 14.1.2015 n. 128, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3-4, 2018 p. 194, con nota di Zorzella N., *Le preoccupazioni metagiuridiche delle questure e lo status di soggiornante di lungo periodo*). È altresì illegittimo il provvedimento di revoca per presenza di debiti fiscali o previdenziali a carico dello straniero (Tar Toscana, Firenze, sez. II, sent. 13.3.2019, n. 360. Conforme: Tar Veneto, Venezia, sez. III, sent. 5.2.2019 n. 167). Secondo la Circolare del Ministero dell'interno 27.5.2009 non è possibile la revoca «conseguentemente alla separazione legale ovvero allo scioglimento del matrimonio, del PSUE rilasciato al coniuge, per motivi di famiglia» in quanto l'art. 9 co. 7 TU, nell'elencare i motivi di revoca non prevede questa fattispecie. A meno che il PSUE sia stato acquisito fraudolentemente anche mediante la celebrazione di un matrimonio di comodo.

questura non potrà quindi richiedere la prova di ulteriori requisiti, come quello reddituale: una situazione di disoccupazione sopravvenuta non è motivo di revoca del PSUE.

Quando alla revoca non segue anche l'espulsione, allo straniero verrà rilasciato un permesso di soggiorno di altro tipo, secondo quanto previsto dal TU. Se la revoca, invece, è conseguente all'assenza prolungata dal territorio nazionale o all'acquisizione di un nuovo PSUE da parte di un altro Stato membro, è sempre prevista la possibilità di acquisire nuovamente in Italia il PSUE: in tal caso non sarà necessario un nuovo soggiorno di cinque anni anteriore alla seconda domanda, bensì un soggiorno di soli tre anni.

6. Espulsione del titolare di permesso UE s.l.p.

Come per la previgente carta di soggiorno, i presupposti di espulsione di titolare di PSUE sono fortemente limitati rispetto alle ordinarie previsioni di espulsione dello straniero. Ciò costituisce un ulteriore elemento per una permanenza più stabile; nonché una presa in considerazione, da parte del legislatore, della situazione di integrazione del lungosoggiornante.

A differenza della generale previsione dell'art. 13 TU, l'espulsione del titolare di PSUE non è mai un'attività vincolata (atto dovuto) in capo alla P.A., ma è sempre un'attività discrezionale⁵². Secondo l'art. 9, co. 10 TU, essa può, infatti, essere disposta solo per gravi motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato⁵³; per esigenze di lotta al terrorismo (art. 3 co. 1, d.l. 144/2005, conv. in l. 155/2005); quando lo straniero risulti pericoloso con applicazione di una misura di cui all'art. 14 l. 55/1990. In ogni caso, secondo il co. 11, il Ministro dell'interno o il Prefetto, nella loro valutazione discrezionale, devono tenere conto dell'età dell'interessato, della durata del soggiorno sul territorio nazionale, delle conseguenze dell'espulsione per l'interessato e i suoi familiari, dell'esistenza di legami familiari e sociali nel territorio nazionale e dell'assenza di tali vincoli con il Paese di origine.

7. Il rilascio del permesso UE s.l.p. in favore dei titolari di protezione internazionale

La Direttiva 2011/51/UE ha modificato la Direttiva 2003/109/CE per estenderne l'ambito di applicazione della stessa (quindi il rilascio di PSUE) ai

52. D'Ascia L., *op. cit.*, p. 175.

53. Per l'art. 13 co. 1 TU sono invece sufficienti i motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato, anche non gravi.

titolari di protezione internazionale, per i quali è importante poter ottenere lo *status* di soggiornante di lungo periodo al fine di una piena integrazione (Considerando n. 2), nonché per consentire il soggiorno in uno Stato membro diverso da quello che ha riconosciuto la protezione (Considerando n. 5)⁵⁴. La Direttiva è stata recepita con d.lgs. 12/2014 che ha novellato l'art. 9 TU introducendo alcune disposizioni di favore⁵⁵.

Lo straniero titolare di protezione internazionale ed i suoi familiari hanno diritto al rilascio di PSUE senza dover provare la documentazione relativa all'idoneità dell'alloggio (ferma restando la necessità di indicare un luogo di residenza *ex art. 16 co. 2 lettera c) d.p.r. 394/1999*)⁵⁶. Inoltre, gli stranieri titolari di protezione internazionale in condizioni di vulnerabilità⁵⁷ possono utilizzare l'alloggio loro concesso a titolo gratuito da parte di enti pubblici o privati riconosciuti per determinare il requisito reddituale nella misura del 15% dell'importo richiesto. Altra disposizione di favore è l'esenzione dal *test* di lingua italiana (art. 9 co. 2 *ter* TU).

Il PSUE è rifiutato o revocato in caso di revoca o cessazione dello *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria⁵⁸. Nei casi di cessazione, verrà rilasciato un PSUE aggiornato privo dell'annotazione "protezione internazionale" o un permesso di soggiorno ad altro titolo in presenza dei requisiti previsti dal TU.

Il calcolo del periodo di cinque anni di regolare soggiorno precedente alla richiesta di PSUE è effettuato a partire dalla data di presentazione della domanda di protezione internazionale (presentazione del modello "C3")⁵⁹.

Per quanto riguarda l'espulsione, al titolare di protezione internazionale in possesso di PSUE si applica la disciplina di cui all'art. 20 d.lgs. 251/2007 (c.d. decreto qualifiche): l'espulsione può avvenire quando lo straniero rappresenti: un pericolo per la sicurezza dello Stato; un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica (essendo stato condannato con sentenza definitiva per un reato per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel minimo a quattro anni o nel massimo a dieci anni).

54. Molto spesso il titolare di protezione internazionale intende continuare il suo percorso migratorio verso altro Paese dell'Unione europea. La titolarità del PSUE costituisce un presupposto per tale trasferimento.

55. Si richiamano inoltre le Circolari del Ministero dell'interno 27.1.2015 n. 2916 e 20.3.2014 n. 9276.

56. Nella rubrica "annotazioni", il permesso reccherà la dicitura: "protezione internazionale riconosciuta da [nome dello Stato membro] il [data]".

57. Sono tali quelli elencati all'art. 8 co. 1 d.lgs. 140/2005: minori, disabili, anziani, donne in stato di gravidanza, genitori singoli con figli minori, persone per le quali è stato accertato che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale.

58. Artt. 9, 13, 15 e 18 d.lgs. 251/2007.

59. Previsione importante se si considera che dal momento della presentazione del modello "C3" al riconoscimento della protezione internazionale intercorre un notevole lasso di tempo (anche più di un anno se si tratta di riconoscimento avvenuto in sede giudiziale).

8. Il permesso UE s.l.p. rilasciato da altro Paese membro

Il d.lgs. 3/2007 introduce il nuovo art. 9 *bis* TU per disciplinare il trattamento riservato in Italia allo straniero titolare di PSUE rilasciato da altro Stato membro ed ai suoi familiari. Questi potrà fare ingresso in Italia per un periodo inferiore ai tre mesi a parità delle condizioni previste dall'art. 5 co. 7 TU per i titolari di permesso di soggiorno rilasciato da altro Paese comunitario: possibilità di fare ingresso in Italia senza visto *ex art* 21 Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen, limitandosi a dichiarare la presenza entro otto giorni dall'ingresso. In caso di mancata dichiarazione entro sessanta giorni, la conseguenza è unicamente una sanzione amministrativa e non, come da previsione generale, un decreto di espulsione⁶⁰.

Invece, per soggiorni in Italia superiori a tre mesi, il titolare di PSUE rilasciato da altro Paese membro potrà rimanervi per esercitare un'attività economica in qualità di lavoratore subordinato o autonomo; per frequentare corsi di studio o di formazione professionale e per ogni altro scopo lecito (dimostrando però di essere in possesso di "mezzi di sussistenza non occasionali"⁶¹ e di una assicurazione sanitaria per il periodo del soggiorno).

In caso di trasferimento in Italia, al lungo soggiornante è rilasciato un permesso di soggiorno rinnovabile⁶², mentre ai familiari è rilasciato un permesso per motivi di famiglia. Si tratta di nuovi ed autonomi permessi di soggiorno, da richiedere entro tre mesi dall'ingresso.

La particolarità rispetto all'ordinario ingresso per motivi di lavoro *ex art* 22 TU è costituita dal fatto che il nulla osta al lavoro può essere chiesto dallo straniero durante il suo soggiorno in Italia: non è necessario che questi si trovi all'estero⁶³.

Vi è altra particolarità attinente ai familiari dello straniero già titolare di PSUE rilasciato da altro Paese UE. Essi possono ottenere in Italia un per-

60. L'art. 9 *bis* co. 4 TU rinvia all'art. 5 co. 7 TU, ma esclude il quarto periodo.

61. Pari all'importo superiore al doppio dell'importo minimo previsto dalla legge per l'esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria. Secondo Tar Marche, Ancona, sez. I, sent. 30.5.2019, n. 372, «lo straniero titolare di un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo rilasciato da altro Stato membro dell'Unione europea ed in corso di validità può soggiornare sul territorio italiano laddove sia in grado di dimostrare di essere in possesso di mezzi di sussistenza non occasionali tali da poter far fronte ad una esistenza dignitosa per sé e per la propria famiglia».

62. Si richiama la Circolare del Ministero dell'interno 16.2.2010 che prevede che in tali casi debba essere concesso un permesso di soggiorno e non già un PSUE.

63. La domanda di conversione potrà avvenire nell'ambito della programmazione dei flussi d'ingresso di lavoratori non comunitari nel territorio dello Stato (c.d. decreto flussi). Sul punto: Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, sent. 12.8.2010 n. 7452. Per l'anno 2019, le previsioni sono contenute nel d.p.c.m. 12 marzo 2019 in G.U., Serie Generale, n. 84 del 9.4.2019 (800 quote per la conversione in permesso di soggiorno per lavoro subordinato; 100 quote per la conversione in permesso di soggiorno per lavoro autonomo).

messo per motivi di famiglia a condizione che abbiano già soggiornato, come familiari, nello stesso Paese UE di provenienza. Inoltre devono disporre di un alloggio idoneo e di sufficienti mezzi di sostentamento⁶⁴.

I permessi rilasciati possono essere rifiutati (o revocati dopo il rilascio) in caso si tratti di soggetti pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.

Analogamente alla previsione dell'art. 9 TU, la valutazione di pericolosità non discende in via automatica da sentenze di condanna o da misure di prevenzione ma deve essere effettuata una valutazione globale che tenga conto anche dell'età dell'interessato, della durata del soggiorno sul territorio nazionale, delle conseguenze dell'espulsione per l'interessato e i suoi familiari, dell'esistenza di legami familiari e sociali nel territorio nazionale e dell'assenza di tali vincoli con il Paese di origine.

Balza agli occhi che gli elementi "a favore" previsti dall'art. 9 *bis* co. 6 TU sono maggiori e rafforzati rispetto a quelli previsti dall'art. 9 co. 4 TU.

Quest'ultima norma prevede: durata del soggiorno nel territorio nazionale e inserimento sociale, familiare e lavorativo dello straniero. Invece l'art. 9 *bis* co. 6 TU prevede in più: età dell'interessato; conseguenze dell'espulsione per l'interessato e i suoi familiari; esistenza di legami familiari e sociali nel territorio nazionale e assenza di tali vincoli con il Paese di origine.

Le ragioni di tale tutela rafforzata poggiano nel fatto che l'interessato è già titolare di PSUE già rilasciato da altro Stato membro.

Vi è poi altra ragione connessa alla possibile espulsione nei confronti degli stranieri cui è stato rifiutato o revocato un PSUE già rilasciato da altro Stato membro. Nei loro confronti può essere disposta l'espulsione *ex art.* 13 co. 2 lett. b) TU, quale conseguenza di un provvedimento di rifiuto o revoca del PSUE, oppure l'espulsione ministeriale *ex artt.* 13 co. 1 TU e 3 co. 1 d.l. 144/2005.

64. «La condizione dei familiari del soggiornante di lungo periodo che esercita il diritto di soggiorno trasferendosi in Italia è regolata dall'art. 9-*bis*.3 in modo che appare più restrittivo rispetto a quanto previsto dalla Direttiva 2003/109. Mentre infatti quest'ultima prevede (art. 16.1) che, quando la famiglia "era già unita nel primo Stato membro", i familiari che rientrano nella nozione di cui all'art. 4.1 della Direttiva 2003/86 (coniuge e figli minori) *sono autorizzati* ad accompagnare o raggiungere il soggiornante di lungo periodo, l'art. 9-*bis*.3 prevede che, ai fini dell'autorizzazione al soggiorno in Italia, i familiari debbano dimostrare di aver "risieduto *in qualità di familiari*" del soggiornante nel primo Stato membro. La differenza tra le due formulazioni è evidente, giacché la prima si riferisce al fatto che l'unità familiare fosse già costituita nel primo Stato membro, a prescindere dal titolo di soggiorno di cui erano titolari i componenti della famiglia, mentre la seconda sembra avere riguardo proprio al titolo di soggiorno. Un'interpretazione strettamente letterale della normativa di recepimento, che restringesse il diritto di soggiorno in Italia dei familiari sulla base del titolo di soggiorno conseguito nello Stato di provenienza, si porrebbe dunque immediatamente in contrasto con la Direttiva comunitaria» (Di Pascale A., Pastore M., *op. cit.*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2007, p. 29).

Nel primo caso, l'esecuzione avverrà verso lo Stato membro che aveva rilasciato il PSUE. Negli altri due casi, considerata la maggiore pericolosità dello straniero, avverrà al di fuori del territorio dell'Unione europea, sentito lo Stato membro che ha rilasciato il permesso di soggiorno.

La possibilità di espulsione quale conseguenza del rifiuto o revoca del permesso in esame fa sì che sia prevista la detta "tutela rafforzata", in linea con i limiti imposti dalla Direttiva sotto il profilo della "tutela contro l'allontanamento" (art. 12 Direttiva 2003/109/CE)⁶⁵.

9. Il permesso UE s.l.p. rilasciato a titolari di Carta blu UE

Il d.lgs. 108/2012 (Attuazione della Direttiva 2009/50/CE sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati) ha introdotto nel TU la c.d. Carta blu UE (art. 27 *quater* TU), un nulla osta per ingresso e soggiorno di lavoratori altamente qualificati provenienti da Paesi non membri. Si tratta di ingresso "fuori quota", che si aggiunge a quelli per lavoratori altamente specializzati di cui all'art. 27 co. 1 lett. a) TU (senza che sia necessario che il lavoratore entri in Italia alle dipendenze di una società estera con sede sul territorio nazionale).

Il citato d.lgs. introduce anche l'art. 9 *ter* TU, il quale prevede il rilascio di PSUE allo straniero titolare di Carta blu UE rilasciata da altro Stato membro ed autorizzato al soggiorno in Italia, a condizione che abbia legalmente ed ininterrottamente soggiornato per cinque anni nel territorio UE quale titolare di Carta blu UE e che sia in possesso, da almeno due anni, di un tale permesso *ex art. 27 quater* TU⁶⁶.

Il permesso è revocato nelle stesse ipotesi previste all'art. 9 co. 7 per la revoca del PSUE, con la particolarità che l'assenza dal territorio UE ai fini della revoca è per un periodo di ventiquattro mesi consecutivi (e non dodici).

Ai familiari sarà rilasciato un permesso per motivi di famiglia (se dimostrano di avere i requisiti di reddito e alloggio previsti dall'art. 29 co. 3 TU). Potrà, inoltre, essere rilasciato anche a loro il PSUE, qualora siano in possesso dei requisiti di reddito e alloggio di cui all'art. 9 co. 1 TU e se abbiano soggiornato, legalmente ed ininterrottamente, per cinque anni nel territorio UE di cui gli ultimi due nel territorio nazionale.

65. Direttiva 2003/109/CE, *cit.* p. 38.

66. Le assenze dal territorio UE non interrompono la durata del periodo e sono incluse nel suo computo quando sono inferiori a dodici mesi consecutivi e non superano complessivamente i diciotto mesi nei cinque anni.

Capitolo II

Le politiche di integrazione e i diritti di cittadinanza

Le politiche di integrazione

di *Francesca Biondi Dal Monte**

Sommario: 1. Premessa. Alla ricerca di una definizione e di un modello. – 2. Gli attori delle politiche di integrazione. Il riparto di competenze tra livelli di governo. – 3. (segue) L'intervento dell'Unione europea. – 4. I percorsi, gli strumenti e il finanziamento dell'integrazione. Lingua, inserimento lavorativo e istruzione. – 5. (segue) Sport, servizio civile, abitazione e interventi trasversali. – 6. I destinatari dell'integrazione. Quali indicazioni per le future politiche di integrazione – 7. Rilievi conclusivi. Ostacoli, rimedi e sfide dell'integrazione.

1. Premessa. Alla ricerca di una definizione e di un modello

Secondo quanto evidenziato dal Comitato economico e sociale europeo nel parere su «I costi della non immigrazione e non integrazione»¹, l'Unione europea dovrebbe adottare politiche e misure tese a favorire una migrazione sicura, ordinata e regolare, nonché a rafforzare l'inclusione e la coesione sociale. In particolare, a parere del Comitato, gli investimenti nell'integrazione dei migranti costituiscono la migliore assicurazione contro potenziali costi, tensioni e problemi in futuro; inoltre la promozione dell'integrazione è determinante per rafforzare i valori e i principi fondamentali dell'UE, di cui la diversità, l'uguaglianza e la non discriminazione sono elementi essenziali.

Nel corso degli ultimi decenni, gli Stati membri dell'UE sono stati chiamati a programmare, attuare ed anche ripensare le proprie politiche di integra-

* Ricercatrice in Diritto Costituzionale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, dove coordina l'area di ricerca Dream (Documentazione, Ricerca e Analisi sulle Migrazioni).

1. Cfr. CESE, Parere di iniziativa adottato nella sessione plenaria del 12.12.2018 (G.U. dell'UE 22.3.2019). Sui costi della mancata integrazione dei migranti nel mercato del lavoro, nel settore dell'istruzione e nella sanità, si veda Villa M., Emmi V., Corradi E., *Migranti: la sfida dell'integrazione*, «paper ISPI-CESVI», 2018, disponibile in www.ispionline.it, p. 27 ss.

zione, dinanzi a flussi migratori che sono andati modificandosi per tipologia e consistenza. Come noto, due sono i modelli principali nell'integrazione dei migranti².

Da un lato il modello cosiddetto "assimilazionista", che richiede una rinuncia della propria identità, sotto il profilo culturale, linguistico e religioso, per integrarsi in una nuova società, con varianti più o meno sfumate di ciò che lo Stato impone in termini di abbandono delle proprie specificità culturali; dall'altro il modello "multiculturalista", che non subordina l'integrazione al raggiungimento di una conformità culturale, ma che favorisce l'interazione tra differenti culture, anche in questo caso con numerose varianti fondate su un più rigido relativismo/separazione culturale oppure sulla promozione di politiche di riconoscimento³ verso la costruzione di una categoria di "cittadinanza multicultural"⁴. Si tratta di modelli che hanno poi trovato traduzione in specifici contesti statali (si è soliti richiamare la Francia come esempio del modello assimilazionista e il Canada o il Regno Unito per quello multiculturalista), subendo comunque varie influenze derivanti dalle peculiarità territoriali e socio-politiche. Per tali ragioni non è possibile riferirsi in modo rigido a tali modelli, che hanno ricevuto numerose contaminazioni e "storicizzazioni", anche in relazione al modificarsi dei flussi migratori verso gli Stati occidentali, all'emergere di nuovi bisogni ed istanze da parte dei migranti, intesi anche come gruppi minoritari, all'articolazione delle competenze tra livelli centrali e locali di governo.

Nessuno dei due modelli sembra aver "caratterizzato" le scelte italiane in tema di integrazione dei migranti, vuoi forse anche per il relativo ritardo con il quale lo Stato italiano si determinava ad intervenire nella materia⁵.

2. Sui vari modelli e le nuove tendenze delle politiche di integrazione in Europa si veda Ambrosini M., *Il multiculturalismo è finito? Le esperienze europee di integrazione degli immigrati*, «Aggiornamenti sociali», 2011, p. 343 ss., e sempre dello stesso Autore, *Migrazioni*, Egea, Milano, 2019, p. 127, il quale richiama altresì il modello dei lavoratori-ospiti, tipico dell'area germanica nella fase di sviluppo *post*-bellico. In tema di modelli comparati per la gestione della diversità e della coesione sociale, si veda anche Medda-Windischer R., *Nuove minoranze. Immigrazione tra diversità culturale e coesione sociale*, Cedam, Padova, 2010, p. 7 ss., la quale individua il modello nazionalista-repressivo, quello assimilazionista e quello pluralista, (post)multiculturale, interculturale. Tra i vari studi sul tema, si vedano, *ex multis*, Galli C. (a cura di), *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, il Mulino, Bologna, 2006; Azzariti G., *Multiculturalismo e Costituzione*, «Politica del diritto», 1-2, 2016, p. 3 ss., Cerrina Feroni G., *Diritto costituzionale e società multicultural*, «Rivista AIC», 1, 2017, p. 1 ss.; Cavaggion G., *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Giappichelli, Torino, 2018; nonché i contributi raccolti in Cerrina Feroni G., Federico V. (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, ESI, Napoli, 2018.

3. Sul tema, Habermas J., Taylor C., *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 1998; Benhabib S., *La rivendicazione dell'identità culturale. Egualianza e diversità nell'era globale*, il Mulino, Bologna, 2005, p. 79 ss.

4. Cfr. Kymlicka W., *La cittadinanza multicultural*, il Mulino, Bologna, 1999.

5. Sul punto Rossi E., "Immigrazione e diritti a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano", in Rossi E., Biondi Dal Monte F., Vrenna M. (a cura di.), *La governance dell'im-*

La nascita di specifiche politiche pubbliche a livello nazionale sembra infatti più il frutto di necessità contingenti, seguendo una prospettiva che ha faticato a spostarsi dalla logica della prima fase di accoglienza a quella dell'integrazione di lungo periodo.

A tal proposito, tra i primi documenti nazionali in tema di integrazione, deve segnalarsi la *Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione* del 2007, adottata con un decreto del Ministero dell'interno⁶, e definita «un utile strumento di orientamento dell'azione dell'Amministrazione dell'interno per l'integrazione dei soggetti dell'immigrazione nella società italiana e per favorire la coesione sociale attraverso le più idonee garanzie civili e sociali». Il documento, richiamato anche nell'accordo di integrazione⁷, riassume alcuni principi in tema di diritti sociali, famiglia, libertà religiosa. Come si legge nell'introduzione, la Carta offrirebbe un «concetto unitario di cittadinanza e di convivenza tra le diverse comunità nazionali, etniche, e religiose, che si sono radicate negli ultimi anni sul territorio italiano, e può essere considerata come un patto tra cittadini e immigrati in vista di una integrazione che vuole conciliare il rispetto delle differenze di cultura e di comportamento legittime e positive con il rispetto dei valori comuni». Non viene, tuttavia, chiaramente indicato un «modello» italiano di riferimento.

Come noto, è poi nel 2009 che è stata introdotta per via legislativa una nozione di integrazione, definita come quel «processo finalizzato a promuovere la convivenza dei cittadini italiani e di quelli stranieri, nel rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione italiana, con il reciproco impegno a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società»⁸. A tal proposito si è da subito evidenziato come tale definizione dovrebbe essere riferita al nocciolo duro di principi che connotano le fondamenta di qualsiasi convivenza sociale fondata sul pluralismo ovvero sul metodo su cui una società aperta si fonda; al contrario tale soluzione potrebbe suscitare seri dubbi se con essa si volesse far riferimento ad una sorta di adesione dello straniero al complessivo sistema di valori della civiltà occidentale⁹.

migrazione. Diritti, politiche e competenze, il Mulino, Bologna, 2013, p. 61 ss. Per un approfondimento si veda Einaudi L., *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità a oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2007, e Colucci M., *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai giorni nostri*, Carocci, Roma, 2018.

6. Cfr. decreto del Ministro dell'interno 23 aprile 2007.

7. Sul punto si rinvia a Carbone V., Gargiulo E., Russo Spena M., pp. 390 ss.

8. Cfr. art. 4 *bis* del d.lgs. 286/1998 (d'ora in poi TU), introdotto con l. n. 94/2009.

9. Al riguardo cfr. Dal Canto F., «Commento all'art. 1, comma 25», in De Francesco G., Gargani A., Manzione D., Pertici A. (a cura di), *Commentario al «Pacchetto sicurezza». L. 15 luglio 2009, n. 94*, Utet, Torino, 2011, p. 164. Sul punto si veda anche Cavaggon G., *Diritti culturali e...*, *op. cit.*, p. 248. Analogamente sarebbe assai discutibile ritenere applicabile allo straniero il dovere di fedeltà alla Repubblica italiana se non lo si intendesse come dovere di rispettare la struttura essenziale dello stato costituzionale, che si fonda sul pluralismo di valori, come evidenzia Grosso E., «I doveri costituziona-

Un anno dopo, nel 2010, l'Italia si è poi dotata del primo Piano per l'integrazione dei migranti, denominato – evocativamente, visti i coevi “pacchetti sicurezza” – *Piano per l'integrazione nella sicurezza Identità e Incontro*¹⁰, con l'esplicito scopo di individuare le principali linee di azione e gli strumenti da adottare al fine di promuovere un efficace percorso di integrazione, nel rispetto delle prerogative e delle competenze dei diversi attori istituzionali interessati, nonché delle procedure previste a legislazione vigente. Secondo tale piano, *identità, incontro ed educazione* sono le parole chiave del modello italiano di integrazione, che viene definito dell'identità aperta, e cioè basato sull'educazione all'apertura all'altro. La persona è posta al centro di questo modello definito sussidiario, nel quale le politiche sono chiamate ad offrire il quadro normativo e preventivo che favorisce «l'interazione necessaria all'integrazione» e che trova nel popolo il protagonista dell'incontro con l'altro. Tale modello, secondo quanto si legge nel piano medesimo supererebbe, da un lato, l'impostazione multiculturalista e, dall'altro, la matrice assimilazionista. Sebbene i contorni di tale modello risultino piuttosto “evanescenti”, il Piano ha il pregio di chiarire gli ambiti entro i quali può svilupparsi – generalmente – il percorso di integrazione dello straniero: educazione e apprendimento; lavoro; alloggio e governo del territorio; accesso ai servizi essenziali; minori e seconde generazioni, seppur unendo settori materiali (educazione, lavoro, alloggio, ecc.) e condizioni personali (es. quella dei minori).

Maggiormente articolato è il successivo *Piano nazionale d'integrazione dei titolari di protezione internazionale*, adottato nel 2017, in un quadro socio-politico profondamente mutato rispetto al 2010. Si tratta di un Piano che, per esplicita previsione normativa¹¹, si concentra esclusivamente sui titolari di protezione internazionale; tuttavia si ritiene che le linee di intervento previste possano essere considerate «un primo passo verso un sistema integrato e inclusivo anche degli altri stranieri regolarmente soggiornanti, a dimostrazione di una matura consapevolezza del fenomeno migratorio raggiunta dal nostro Paese». Rispetto al Piano del 2010, non richiamato nel nuovo documento di indirizzo, sembra proporsi un nuovo modello di integrazione, anche questo distante da quello assimilazionista.

In particolare, nella premessa al Piano, si fa riferimento ad un modello «ispirato a quanto previsto dalla Costituzione del 1948», richiamando a tal fi-

li”, in Aa.Vv., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione dei Costituzionalisti, Jovene, Napoli, 2010, p. 254 ss.

10. Il Piano è stato adottato dal Consiglio dei Ministri il 10 giugno 2010.

11. Il Piano è stato adottato il 26 settembre 2017, ai sensi del d.lgs. 18/2014, il quale modificando l'art. 29 del d.lgs. 251/2007 ha istituito il Tavolo di Coordinamento Nazionale, insediato presso il Ministero dell'interno, con il compito, tra gli altri, di predisporre ogni due anni, salva la necessità di un termine più breve, un Piano Nazionale degli interventi e delle misure volte a favorire l'integrazione dei beneficiari di protezione internazionale.

ne il principio personalista, la libertà religiosa, la pari dignità sociale e l'uguaglianza dinanzi alla legge di tutti coloro che risiedono in Italia.

Secondo quanto si legge nel Piano, l'integrazione comporta «accanto alla titolarità dei medesimi diritti, l'impegno al rispetto dei medesimi doveri e all'assunzione delle medesime responsabilità: non solo, dunque, l'impegno a rispettare le leggi italiane, ma anche quello ad apprendere la lingua e a partecipare alla vita economica, sociale e culturale del Paese».

Viene richiamata una strategia di sistema di tutti i livelli di governo e del Terzo settore, indispensabile per garantire anche stabilità sociale e sicurezza, quest'ultima intesa non soltanto come ordine pubblico ma anche come «coesione sociale, percezione di essere sicuri all'interno della propria comunità». In ciò risiederebbe «il modello italiano di integrazione: quello di costituire uno strumento di attaccamento e responsabilizzazione nei confronti del territorio e della comunità di residenza, che sia il principale anticorpo in grado di prevenire e neutralizzare fenomeni di radicalizzazione»¹².

Nello specifico il percorso profilato dal Piano tocca poi una pluralità di ambiti, a partire da due assi prioritari: da un lato il dialogo interreligioso e interculturale, dall'altro la formazione linguistica e l'accesso al sistema di istruzione¹³.

È evidente ancora una volta la difficoltà di definire un preciso modello italiano di integrazione, nella complessità e multidimensionalità dei profili che presuppongono i percorsi di integrazione degli stranieri nelle società di destinazione. Occorre peraltro precisare come la scelta di un certo modello e, conseguentemente, l'adozione di una data politica non incidano sempre (o sempre allo stesso modo) sull'effettiva integrazione degli stranieri sul territorio nazionale. La dimensione delle politiche di integrazione è, infatti, distinta da quella dei processi di integrazione: le prime richiamano gli sforzi concretamente posti in essere dalla Repubblica (nelle sue varie articolazioni territoriali) per favorire l'integrazione dei migranti; i secondi richiamano, sotto un profilo soggettivo, l'effettivo inserimento degli stranieri nella società. Si tratta di processi spontanei che trovano nella relazione tra cittadini e stranieri una sede fondamentale di svolgimento, nel mondo del lavoro, della famiglia, della scuola, ecc. Per cui si potrebbe assistere ad una integrazione nella società avvenuta anche a prescindere (o nonostante) certe politiche pubbliche¹⁴.

12. A tal riguardo viene richiamata anche la Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione adottata dal Ministero dell'interno nel 2007.

13. I principi che ne hanno guidato lo sviluppo sono tre: l'integrazione è un processo complesso che parte dalla prima accoglienza e ha come obiettivo il raggiungimento dell'autonomia personale; l'integrazione richiede la sensibilizzazione e l'informazione della popolazione che accoglie e deve essere basata sui territori, nelle realtà locali e integrata nel *welfare* esistente; specifica attenzione va dedicata alle persone con maggiore vulnerabilità, come le donne rifugiate e vittime di tratta ed i minori stranieri non accompagnati.

14. Sul tema, cfr. Ambrosini M., *Migrazioni, op. cit.*, p. 138.

Ma con quali politiche lo Stato italiano è chiamato a sostenere i processi di integrazione? Molteplici sono gli ambiti che vengono in gioco. Tali politiche possono essere destinate esclusivamente alla popolazione straniera oppure riferirsi trasversalmente ad uno o più settori di *welfare*, in considerazione dell'universalità di certe istanze sociali legate al lavoro, all'istruzione, all'accesso all'abitazione, provenienti sia da cittadini che da stranieri. Inoltre tali politiche possono trovare un espresso fondamento legislativo oppure originarsi a partire da documenti di indirizzo, piani programmatici, atti amministrativi e finanche priorità di spesa individuate nell'ambito del riparto di fondi nazionali o dell'Unione europea.

Il presente contributo si propone, dunque, di indagare tali profili alla luce delle politiche concretamente elaborate ed attuate in Italia, con particolare riferimento agli ultimi venti anni. A tal fine, partendo da un riferimento agli attori delle politiche di integrazione a livello nazionale e sovranazionale, saranno analizzati i "percorsi" dell'integrazione dei migranti sul territorio nazionale, dedicando una specifica attenzione non solo agli ambiti toccati da dette politiche, ma anche alla dimensione soggettiva di tali percorsi e alle fonti finanziarie disponibili. Accanto a tale prospettiva, saranno, infine, indagati gli ostacoli che spesso sono posti ai percorsi di integrazione dei migranti e le sfide che attendono le future politiche di integrazione.

2. Gli attori delle politiche di integrazione. Il riparto di competenze tra livelli di governo

Come ampiamente evidenziato in dottrina e confermato dalla giurisprudenza costituzionale, l'integrazione dei migranti sul territorio non può ritenersi una materia di competenza esclusiva statale.

Sin dalla sentenza n. 300/2005, la Corte costituzionale ha, infatti, chiarito che l'intervento pubblico «non si limita al doveroso controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, ma riguarda necessariamente altri ambiti, dall'assistenza all'istruzione, dalla salute all'abitazione, materie che intersecano *ex* Costituzione, competenze dello Stato con altre regionali, in forma esclusiva o concorrente»¹⁵. E le Regioni possono anche introdurre interventi a favore degli stranieri presenti sul proprio territorio e non

15. Sul punto si veda anche Corte cost. sent. 156/2006. Tra i primi studi sul tema, si vedano Bonetti P., *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, «Le Regioni», 2-3, 2002, p. 483 ss.; Ruggeri A., Salazar C., "Ombre e nebbia" nel riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del Titolo V", in Revenga Sanchez M. (a cura di), *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 309 ss.

in regola con le norme sull'ingresso e soggiorno, in stretta connessione con il principio personalista di cui all'art. 2 Cost. e alla tutela di diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti¹⁶. Sembra dunque confermarsi quella distinzione, già elaborata in dottrina¹⁷, tra "politiche di immigrazione" – attinenti al controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio – e "politiche per l'immigrazione" – relative agli altri ambiti della vita dello straniero sul territorio nazionale/re-gionale: dall'assistenza all'istruzione, dalla salute all'abitazione.

Peraltro, in tema di integrazione degli stranieri, lo Stato non può neppure istituire fondi vincolati al finanziamento di specifici interventi, violando con ciò il libero esplicarsi delle competenze regionali in forma concorrente e residuale. In questo senso si è espressa la Corte costituzionale relativamente al fondo per l'inclusione sociale degli immigrati, istituito con il fine di «favorire l'inclusione sociale dei migranti e dei loro familiari» e realizzare un «piano per l'accoglienza degli alunni stranieri»¹⁸. La Corte ha, infatti, ritenuto che il fondo rientrasse nella competenze regionali in tema di servizi sociali e istruzione, risultando conseguentemente incostituzionale un finanziamento a destinazione vincolata, quale «strumento indiretto, ma pervasivo, di ingerenza dello Stato nell'esercizio delle funzioni delle Regioni e degli enti locali, nonché di sovrapposizione di politiche e di indirizzi governati centralmente a quelli legittimamente decisi dalle Regioni negli ambiti materiali di propria competenza»¹⁹.

Peraltro è lo stesso Testo Unico in materia di immigrazione a richiamare l'intervento di Regioni ed enti locali – già prima della riforma del titolo V della Costituzione – in settori nevralgici per l'integrazione dello straniero sul territorio²⁰. Del resto, sin dagli anni Ottanta, l'immigrazione si manifestò in-

16. Si vedano sul punto Corte cost. sent. n. 269, 299/2010 e 61/2011, con particolare riferimento all'assistenza sanitaria e all'accoglienza abitativa. Nella legislazione si veda art. 2, co. 1, TU.

17. Sulla distinzione tra politiche di immigrazione e politiche per l'immigrazione, si veda Caponio T., *Governo locale e immigrazione in Italia. Tra servizi di welfare e politiche di sviluppo*, «Le Istituzioni del Federalismo», 5, 2004, p. 805, che richiama la distinzione introdotta da Hammar T., *Democracy and the Nation State*, Aldershot, Avebury, 1990, e sempre di Caponio T., *Città italiane e immigrazione. Discorso pubblico e politiche a Milano, Bologna e Napoli*, il Mulino, Bologna, 2006, p. 28, che introduce anche una terza categoria: le politiche per i migranti - misure di prima accoglienza e assistenza per quei soggetti presenti sul territorio ma il cui stato giuridico è incerto.

18. Cfr. art. 1, co. 1267, legge n. 296/2006 (legge finanziaria 2007).

19. Cfr. Cost. cost. sent. 50/2008, § 3 cons. in dir.

20. Si veda sul punto Corte cost. sent. n. 300/2005, *cit.*, § 5 cons. in dir. Si veda in particolare l'art. 3, co. 5, del TU e il suo Titolo V (Disposizioni in materia sanitaria, nonché di istruzione, alloggio, partecipazione alla vita pubblica e integrazione sociale. Disposizioni sull'integrazione sociale, sulle discriminazioni e istituzione del fondo per le politiche migratorie).

nanzitutto come problema di accesso ai servizi, a cui alcune amministrazioni locali, cercarono di rispondere attraverso l'istituzione di strutture amministrative *ad hoc*, nell'assenza di una disciplina organica della materia²¹. Mentre alcune Regioni adottavano proprie leggi in materia di accoglienza e integrazione dei cittadini stranieri, mostrando la particolare sensibilità dei territori verso un fenomeno che di lì a poco avrebbe caratterizzato in via strutturale l'Italia.

Dopo la riforma costituzionale del titolo V, molte Regioni sono poi intervenute sulla materia sia includendo nei propri statuti alcune disposizioni di principio, che adottando specifiche leggi regionali, principalmente focalizzate su ambiti di natura sociale, costituenti la base di successive politiche regionali e locali, nonché di piani di intervento per l'integrazione dei cittadini stranieri²².

Sono dunque molteplici i livelli di governo da considerare nell'analizzare le politiche di integrazione degli stranieri, fondate – come sopra anticipato – su previsioni normative contenute nella legislazione statale e regionale o originate da piani di intervento e/o indirizzo adottati da Stato, Regioni ed enti locali, anche in via amministrativa. In questo quadro assumono una particolare rilevanza le forme di collaborazione tra Stato e Regioni attivate nella forma di accordi di programma²³, nonché la collaborazione con e tra enti territoriali ed enti del Terzo settore, alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, co. 4, Cost.

Proprio il Terzo settore si è da tempo contraddistinto come attento recettore delle necessità della popolazione migrante, attivo nel campo dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, dell'educazione, dell'accesso all'abitazione e, in generale, dell'integrazione dei migranti sul territorio nazionale²⁴.

21. Sul punto Caponio T., *Governo locale e immigrazione in Italia...*, *op. cit.*, p. 791.

22. Per un approfondimento, cfr. Villa M., "L'integrazione nell'era della *governance* multilivello", in Villa M. (a cura di), *Le città globali e la sfida dell'integrazione*, Rapporto ISPI, 2018, disponibile in www.ispionline.it, p. 19, il quale evidenzia come nel corso dei decenni le politiche per l'integrazione siano state declinate a livello sempre più locale e decentrato. Per un'analisi della legislazione regionale, si veda in particolare Carrozza P., "Diritti degli stranieri e politiche regionali e locali", in Panzera C., Rauti A., Salazar C., Spadaro A. (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 58 ss. (ivi in part. p. 86). In riferimento a buone pratiche locali, cfr. Calvellini G., *L'integrazione come fattore di sviluppo dell'economia locale: analisi di un progetto innovativo*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2019, p. 158 ss.

23. Sui cui si tornerà *infra* § 4.

24. Per un approfondimento sia consentito rinviare a Rossi E., Biondi Dal Monte F., Vrenna M., "Il ruolo del terzo settore nelle politiche per gli immigrati", in *La governance dell'immigrazione...*, *op. cit.*, p. 253 ss. Sulla specificità del Terzo settore nel pluralismo sociale, cfr. Rossi E., *Costituzione, pluralismo solidaristico e terzo settore*, Mucchi, Modena, 2019, p. 27 ss.

3. (segue) L'intervento dell'Unione europea

Volendo analizzare le politiche di integrazione, occorre indagare altresì il supporto che ad esse è offerto dall'Unione europea²⁵. Ai sensi dell'art. 79 del TFUE, il Parlamento europeo e il Consiglio, possono infatti stabilire misure volte a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

Seppur nei limiti competenziali fissati dal TFUE e, già prima, dalla pre-rogante cornice fissata dai trattati, meritevoli di attenzione sono i numerosi documenti – che potremmo ritenere di indirizzo – adottati dall'Unione europea nella materia *de qua* a partire dal programma di Tampere del 1999. Il primo tra essi è rappresentato dai *Common basic principles on integration*²⁶: undici principi fondamentali comuni della politica di integrazione dei migranti nell'Unione europea, adottati nel 2004 e riconfermati nel 2014 dal Consiglio Giustizia Affari Interni. Il primo di essi definisce l'integrazione come «un processo dinamico e bilaterale di adeguamento reciproco da parte di tutti gli immigrati e di tutti i residenti degli Stati membri», che implica il rispetto dei valori sui quali si fonda l'Unione europea e che trova nel lavoro, nell'istruzione e nella conoscenza della lingua dello Stato di destinazione alcuni ambiti di sviluppo.

Nel 2005 viene adottata la prima *Agenda comune per l'integrazione*²⁷, al fine di fornire a tutti gli Stati Membri un quadro comune per l'integrazione dei migranti, suggerendo alcune misure concrete per attuare i principi fondamentali comuni. Meritevole di attenzione il riferimento agli strumenti finanziari europei a supporto dell'azione degli Stati membri, tra cui l'allora Fondo Europeo per l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi (d'ora in poi "FEI"), successivamente ridenominato Fondo Asilo, Migrazione ed Integrazione (d'ora in poi "FAMI") e, in un'ottica di complementarità, il Fondo sociale europeo (d'ora in poi "FSE").

Successiva all'entrata in vigore del trattato di Lisbona è, invece, l'*Agenda europea per l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi* adottata nel 2011²⁸, la

25. Per un approfondimento del tema si veda Bonetti P., "I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea", in *Metamorfosi della cittadinanza e...*, *op. cit.*, p. 143 ss.

26. Cfr. *Common Basic Principles for Immigrant Integration Policy in the EU*, Documento del Consiglio n. 14615/04 del 19.11.2004.

27. Cfr. *A Common Agenda for Integration-Framework for the Integration of Third-Country Nationals in the European Union*, Comunicazione della Commissione dell'1.9.2005, COM(2005)389 final.

28. Cfr. Comunicazione della Commissione del 20.7.2011, COM/2011/0455 definitivo.

quale – ponendosi nel quadro della strategia Europa 2020 – è articolata in tre macro ambiti di intervento (l’integrazione tramite la partecipazione; l’azione a livello locale; il coinvolgimento dei Paesi di origine). Essa include alcune raccomandazioni per gli Stati membri e per la stessa Commissione in numerosi settori (politiche attive del mercato del lavoro, conoscenza della lingua, istruzione, misure pre-partenza), nel quadro di un’azione che trova copertura finanziaria nell’ambito di vari fondi europei espressamente richiamati (FEI, Fondo europeo per i rifugiati, FSE e Fondo europeo di sviluppo regionale, d’ora in poi “FESR”).

Meritevole di attenzione il richiamo al ruolo dei Paesi di origine dei migranti come attori di un processo “trilaterale” con i migranti e la società di accoglienza. Secondo quanto chiarito nell’Agenda, i Paesi d’origine possono svolgere un ruolo rilevante nel processo di integrazione sotto tre profili: gettando le basi dell’integrazione già prima della partenza dei migranti; sostenendo i migranti una volta giunti sul territorio dell’Unione, ad esempio tramite le ambasciate; preparando il rimpatrio temporaneo o definitivo dei migranti che hanno fatto tesoro di esperienze e conoscenze.

In una prospettiva maggiormente polarizzata sulla gestione della cosiddetta “crisi dei rifugiati”, due sono i più recenti atti dell’UE che toccano il tema dell’integrazione dei migranti. Dedicata a vari temi è l’*Agenda europea sulla migrazione* del 2015²⁹, nella quale si prende atto dei bisogni immediati sollecitati dalla crisi migratoria del Mediterraneo e dei limiti strutturali della politica migratoria dell’Unione. Tra i quattro pilastri individuati per gestire meglio la migrazione, si include anche una nuova politica di migrazione legale, nell’ambito della quale si richiama una “integrazione effettiva”, quale chiave di successo della politica in materia di migrazione. A tal fine si ritiene che il FAMI, ma anche il FESR e il FSE possano offrire contributi importanti, destinati in particolare a migliorare le competenze linguistiche e professionali, l’accesso ai servizi e l’accesso al mercato del lavoro, favorire un’istruzione inclusiva e scambi interculturali, e promuovere campagne di sensibilizzazione rivolte sia alle comunità di accoglienza che ai migranti.

Infine deve essere richiamato anche il *Piano di azione in tema di integrazione* del 2016³⁰, che intende offrire «un quadro politico comune, inteso ad aiutare gli Stati membri a sviluppare e a rafforzare ulteriormente le politiche di integrazione nazionali destinate ai migranti provenienti da Paesi terzi», illustrando altresì il sostegno politico, operativo e finanziario che la Commissione apporterà per sostenere gli Stati membri in tali iniziative. A tal fine vengono individuate 5 priorità politiche: misure precedenti la partenza/l’arrivo; istruzione; integrazione nel mercato del lavoro e accesso al-

29. Cfr. Comunicazione della Commissione del 13.5.2015, COM(2015)240 final.

30. Cfr. Comunicazione della Commissione del 7.6.2016, COM(2016)377 final.

la formazione professionale; accesso ai servizi di base; partecipazione attiva e inclusione sociale.

Devono poi segnalarsi alcuni altri interventi dell'UE nella direzione del supporto agli Stati membri, del monitoraggio degli interventi e dello scambio di buone pratiche, tra i quali: la creazione di punti nazionali di contatto per l'integrazione (una rete di esperti governativi finalizzata a promuovere lo scambio delle buone pratiche e a rafforzare il coordinamento delle politiche nazionali di integrazione); l'elaborazione di un manuale sull'integrazione per i responsabili delle politiche e gli operatori del settore; il lancio di un sito internet dedicato all'integrazione; l'individuazione di moduli per l'integrazione dei migranti; la creazione di un Forum europeo sull'integrazione per favorire il dialogo tra le organizzazioni della società civile e le istituzioni europee; l'elaborazione di indici comuni per monitorare l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi in quattro aree: occupazione, istruzione, inclusione sociale e cittadinanza attiva.

A tale ultimo proposito, con particolare riferimento alla necessità di verificare l'impatto delle politiche poste in essere nel campo dell'integrazione dei migranti, deve richiamarsi l'elaborazione di appositi indici di integrazione da parte della Commissione europea e dell'OECD.

Ciò ha permesso di comprendere e valutare gli effetti delle politiche di integrazione negli Stati nazionali a partire dalle condizioni di vita dei migranti. Meritevole di attenzione è la definizione di integrazione come «the ability of immigrants to achieve the same social and economic outcomes as natives taking into account their characteristics», richiamata nel lavoro della Commissione e dell'OECD *Settling In 2018: Indicators of Immigrant Integration*³¹. In particolare l'integrazione degli immigrati e dei loro figli viene ritenuta vitale per la coesione sociale e la crescita inclusiva, nonché per accrescere la capacità dei migranti di diventare cittadini autosufficienti e produttivi.

4. I percorsi, gli strumenti e il finanziamento dell'integrazione. Lingua, inserimento lavorativo e istruzione

L'integrazione dei migranti richiede interventi settoriali e/o trasversali, incidenti in vari ambiti materiali, fra cui, ad esempio, quello del lavoro, dell'istruzione, dell'abitazione, della salute, dell'accesso ai servizi sociali, della cultura.

Volendo tracciare, seppur nei limiti del presente contributo, i percorsi pianificati in Italia per favorire l'integrazione dei migranti, possiamo individuare

31. Cfr. OECD/European Union (2018), *Settling In 2018: Indicators of Immigrant Integration*, Paris/European Union, Brussels, OECD Publishing, p. 17.

alcune aree tematiche ricorrenti nelle politiche programmate a livello nazionale e regionale/locale³². Tali interventi si pongono in linea con molte delle priorità evidenziate nei documenti di indirizzo sopra citati.

Un ruolo prioritario è ricoperto dall'integrazione linguistica e, in particolare, dai percorsi di conoscenza della lingua italiana. Tra i vari interventi si possono richiamare gli avvisi pubblici nazionali adottati nell'ambito del Programma Annuale 2011 del FEI e rivolti, da un lato, alle Regioni e alle Province autonome per la formazione linguistica e l'orientamento civico degli stranieri, e dall'altro agli enti locali, enti del Terzo settore, Università, scuole pubbliche con lo scopo di promuovere l'alfabetizzazione e l'apprendimento della lingua italiana L2³³. Peraltro, se la conoscenza della lingua italiana è un fattore che influisce positivamente sull'integrazione dello straniero nella società, essa costituisce – come noto – anche un obbligo da adempiere nel quadro dell'accordo di integrazione³⁴ e al quale è stato condizionato anche il rilascio del permesso CE per soggiornanti di lungo periodo³⁵. La predisposizione di specifiche politiche in tale direzione diviene dunque essenziale anche ai fini più generali del soggiorno dello straniero sul territorio nazionale. Con riferimento all'integrazione linguistica, l'OECD ha inoltre evidenziato l'opportunità di coordinare al meglio gli interventi realizzati sul territorio, anche ai fini della condivisione di buone pratiche, sollecitando una formazione linguistica finalizzata al lavoro³⁶.

Proprio il lavoro è, come noto, un ambito chiave dell'integrazione dei migranti, in grado di favorire il raggiungimento dell'autonomia da parte della persona, con particolare riferimento al settore economico. Gli interventi programmati hanno talvolta riguardato alcune categorie di stranieri – come i giovani migranti e i minori stranieri non accompagnati in prossimità del raggiungimento della maggiore età³⁷, le donne migranti, i richiedenti e titolari

32. Una rassegna piuttosto articolata degli interventi di integrazione realizzati a livello statale, regionale e locale è disponibile sul portale istituzionale Integrazione Migranti, www.integrazionemigranti.gov.it, al quale si rinvia per ogni approfondimento. A livello regionale possono richiamarsi, più in generale, gli interventi programmati in tema di servizi sociali e rivolti alla popolazione straniera. Per un approfondimento sia consentito rinviare a Biondi Dal Monte F., Casamassima V., *Le Regioni e i servizi sociali a tredici anni dalla riforma del Titolo V*, «Le Regioni», 5-6, 2014, p. 1065 ss.

33. Le risorse destinate al finanziamento dei progetti regionali ammontavano ad Euro 12.000.000,00; mentre quelle rivolte agli altri enti ad Euro 4.000.000,00 di Euro.

34. Si veda il d.p.r. 179/2011, regolamento concernente la disciplina dell'accordo di integrazione tra lo straniero e lo Stato, a norma dell'articolo 4 *bis*, co. 2, del TU.

35. Cfr. art. 9 del TU. Sul rapporto tra cittadinanza e conoscenza della lingua, anche in relazione alla diffusione di “test linguistici” in Europa, cfr. Milani G., *Cittadini jure linguae. Testi linguistici e cittadinanza in Europa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 61 ss.

36. Cfr. OECD, *Lavoro per gli immigrati: L'integrazione nel mercato del lavoro in Italia*, OECD Publishing, Paris, 2014, p. 16.

37. Tra gli interventi si veda, ad esempio, il progetto “Percorsi” (2019) e le sue varie fasi di attuazione, promosso dalla Direzione Generale dell'immigrazione e delle politi-

di protezione internazionale³⁸ – in altri casi sono stati destinati alla generalità dei lavoratori, come in tema di politiche attive del lavoro. Si rileva, ad esempio, che nel 2018 circa 146mila cittadini di Paesi terzi hanno avuto almeno un contatto con i servizi pubblici per l'impiego. A tal proposito, i Centri per l'impiego potrebbero (o meglio dovrebbero) svolgere un'importante funzione "amministrativa", costituendo il luogo presso cui lo straniero viene a conoscenza di eventuali proposte di impiego e può formalizzare il suo *status* di "disoccupato" acquisendone i diritti, i benefici e i doveri previsti dalla legge³⁹. Tuttavia, soltanto una quota minoritaria dei lavoratori stranieri in cerca di lavoro beneficia di servizi di consulenza ed orientamento, riceve offerte di lavoro e opportunità di formazione⁴⁰.

Alcuni interventi si sono poi concentrati sull'inserimento (o reinserimento) socio-lavorativo delle vittime, anche potenziali, di sfruttamento lavorativo⁴¹. Il contrasto al caporalato è stato peraltro oggetto di numerosi interventi realizzati sia a livello statale che regionale⁴².

Meritevole di attenzione è inoltre l'azione coordinata svolta dallo Stato e dalle Regioni in tema di inserimento lavorativo e integrazione dei migranti. In particolare, grazie alla sottoscrizione nel 2014 di appositi accordi di programma, si è inteso consolidare la «governance multilivello in materia di politiche

che di integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in collaborazione con ANPAL Servizi s.p.a. Per maggiori informazioni, cfr. www.integrazionemigranti.gov.it.

38. Si veda ad esempio il progetto LIFT del Ministero del lavoro e delle politiche sociali (attuato da Italia Lavoro s.p.a.) per richiedenti e titolari di protezione internazionale (anni 2013/2014) e l'avviso pubblico adottato dal Ministero dell'interno con decreto prot. n. 08154 16.7.2019, concernente la realizzazione di percorsi individuali per l'autonomia socio-economica dei titolari di protezione internazionale. Per maggiori informazioni, cfr. www.integrazionemigranti.gov.it.

39. Cfr. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *IX Rapporto annuale "Gli Stranieri nel mercato del lavoro in Italia"*, 12.7.2019, disponibile in www.lavoro.gov.it, p. 128. Secondo quanto si legge nel rapporto, nel 2018 sono risultati nel complesso 2.658.977 i beneficiari di trattamenti di disoccupazione come NASpI, ASpI (in aumento del 7,3% rispetto al 2017), dei quali 360.020 con cittadinanza non UE, pari al 13,5% del totale.

40. Cfr. Cfr. *IX Rapporto annuale*, 12.7.2019, *cit.*, p. 127.

41. Si veda, ad esempio, l'avviso 1/2019 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali che finanzia (con 23 milioni di euro a valere su FAMI e su FSE-PON Inclusione) progetti che, su tutto il territorio nazionale, prevedano l'inserimento (o reinserimento) socio-lavorativo delle vittime, anche potenziali, di sfruttamento lavorativo. Per maggiori informazioni, cfr. www.integrazionemigranti.gov.it.

42. Per un intervento organico si veda il "Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato 2020-2022", il quale sviluppa la strategia nazionale di contrasto al caporalato ed allo sfruttamento lavorativo in agricoltura, ed è il risultato della concertazione tra diversi attori istituzionali coinvolti a livello centrale e decentrato, nonché con i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro del settore agricolo e le associazioni del Terzo settore presenti al "Tavolo operativo per la definizione di una nuova strategia di contrasto al caporalato e allo sfruttamento lavorativo in agricoltura", istituito nel 2018 e presieduto dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

migratorie, attraverso la messa in atto di una programmazione integrata delle misure di integrazione sociale e delle politiche del lavoro, atta a valorizzare le sinergie e la complementarità tra le fonti di finanziamento e la conseguente massimizzazione dell'efficacia degli interventi programmati». A tal fine sono stati predisposti specifici Piani integrati per la realizzazione di interventi finalizzati, tra i vari aspetti, ad aumentare la partecipazione alle politiche attive della popolazione immigrata; promuovere programmi di inserimento socio-lavorativo rivolti a target vulnerabili; promuovere programmi di integrazioni rivolti alle seconde generazioni e ai giovani migranti. Al finanziamento di tali interventi sono state destinate, in un'ottica di complementarità, risorse nazionali e risorse provenienti dall'Unione europea⁴³.

Specifici interventi hanno poi riguardato la formazione professionale e civico-linguistica pre-partenza, finalizzati all'ingresso in Italia per motivi di lavoro subordinato, di formazione professionale e per ricongiungimento familiare, realizzati negli anni più recenti grazie alle risorse provenienti dal FAMI⁴⁴.

Altro rilevante settore di integrazione è costituito dall'istruzione, sia per i giovani stranieri che per le loro famiglie. Gli studenti stranieri hanno quasi raggiunto il 10% del totale degli studenti accolti nelle scuole italiane⁴⁵, segno evidente del radicamento delle famiglie straniere sul territorio nazionale. Inoltre, appare piuttosto significativo che la maggioranza di essi sia costituita da studenti nati in Italia da genitori non italiani, ad ulteriore conferma della maturata "stanzialità" di alcune comunità straniere. Ai fini dell'integrazione degli alunni stranieri, nel 2014, sono state adottate apposite "Linee guida"⁴⁶, con l'obiettivo di fornire «uno strumento di lavoro per dirigenti scolastici, insegnanti, genitori, operatori delle associazioni [...] nella consapevolezza che lo studente di origini straniere può costituire un'occasione per ripensare e rinnovare l'azione didattica a vantaggio di tutti». Nell'ambito delle linee guida viene dedicata una specifica attenzione all'apprendimento dell'italiano come L2 (lingua seconda) «cruciale ai fini dell'inserimento positivo e di una storia

43. Tali accordi sono stati sottoscritti dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali e da 17 Regioni a fine dicembre 2014, a valere sul Fondo per le politiche migratorie 2014, per uno stanziamento di 3 milioni di euro. Per il testo degli accordi, nel quadro delle specifiche discipline regionali, cfr. www.avvisopubblico.it (Gli interventi delle regioni in materia di immigrazione. Analisi di dettaglio).

44. Tra i più recenti interventi sul tema, cfr. decreto del 9 gennaio 2019 del Direttore Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con il quale è stato adottato l'Avviso pubblico 2/2019, per una dotazione finanziaria di 3 milioni di euro.

45. Si veda sul punto MIUR - Ufficio Statistica e studi, *Gli alunni con cittadinanza non italiana. Anno scolastico 2017/2018*, luglio 2019, disponibile in www.miur.gov.it (sez. pubblicazioni), p. 7.

46. Cfr. *Linee guida per l'accoglienza e l'integrazione degli alunni stranieri* del 19 febbraio 2014, le quali costituiscono un aggiornamento dell'analogo documento emanato con la Circolare Ministeriale 1 marzo 2006, n. 24.

di buona integrazione»⁴⁷. Di qui la necessità di elaborare modelli organizzati, percorsi-tipo e strumenti didattici finalizzati a sviluppare tale competenza negli alunni stranieri.

Essenziale al riguardo anche la formazione dei docenti, come emerge dal Piano nazionale 2016/2019 che include tra le priorità: «l'integrazione, le competenze di cittadinanza e di cittadinanza globale». Marginale resta ancora l'attenzione alla lingua e cultura di origine degli alunni stranieri, la cui valorizzazione potrebbe costituire una fonte di arricchimento per tutta la comunità scolastica. Ai fini del successo dei vari percorsi di integrazione, assume comunque un ruolo centrale l'iniziativa dei singoli istituti scolastici e le modalità con le quali le politiche nazionali sono tradotte e realizzate a livello locale⁴⁸. Si segnala infine che nel 2017 è stato istituito anche l'*Osservatorio nazionale per l'integrazione degli alunni stranieri e per l'intercultura*, con il compito di formulare proposte e fornire pareri sulle politiche scolastiche dell'integrazione interculturale e sulla loro attuazione, con particolare riferimento al monitoraggio del processo di integrazione scolastica degli alunni stranieri ed alla sperimentazione e innovazione metodologica, didattica e disciplinare⁴⁹.

5. (segue) Sport, servizio civile, abitazione e interventi trasversali

Meritevoli di attenzione anche le politiche riconducibili allo sport, come strumento di promozione dell'integrazione. A tal fine si segnala il *Manifesto dello sport e dell'integrazione*, promosso dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali e dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI)⁵⁰. Numerose sono le campagne e, in generale, le iniziative promosse a partire dal 2014 in ambito sportivo, scolastico e universitario.

Un'apposita legge è stata approvata nel 2016 per favorire l'integrazione sociale dei minori stranieri residenti in Italia mediante l'ammissione nelle società sportive appartenenti alle federazioni nazionali, alle discipline associate

47. Cfr. Linee guida per l'accoglienza e l'integrazione degli alunni stranieri, § 6, p. 16.

48. Per un approfondimento sulle misure messe in atto in Europa dalle autorità educative di livello superiore per promuovere l'integrazione scolastica degli studenti provenienti da contesti migratori, cfr. Commissione europea/EACEA/Eurydice, *Integrazione degli studenti provenienti da contesti migratori nelle scuole d'Europa: politiche e misure nazionali. Rapporto Eurydice*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2019.

49. Cfr. d.m. 31.8.2017, n. 643.

50. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e il CONI hanno sottoscritto nel 2014, e rinnovato nel 2015, 2016, 2017, 2018 e 2019, un accordo di programma per la realizzazione di attività volte a favorire l'inclusione e l'integrazione dei cittadini migranti di prima e seconda generazione attraverso lo sport e a contrastare le forme di discriminazione e intolleranza. Per maggiori informazioni, cfr. www.fratellidispport.it.

o agli enti di promozione sportiva⁵¹. Si è parlato a tal proposito anche di “cittadinanza sportiva”.

Considerando poi in generale i giovani migranti, non può non richiamarsi anche il servizio civile nazionale, configurato dalla Corte costituzionale come adempimento di un dovere di solidarietà e, al contempo, come «un’opportunità di integrazione e di formazione alla cittadinanza». Tuttavia, come noto, il servizio civile è stato per lungo tempo riservato ai cittadini italiani, fino a quando la Corte costituzionale, con la sentenza n. 119/2015, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il requisito della cittadinanza italiana per l’ammissione allo svolgimento del servizio civile nazionale⁵². Nel 2017, secondo i dati disponibili, sul numero complessivo di 118.576 domande presentate da parte degli aspiranti volontari, 3.726 sono quelle presentate da stranieri, pari al 3,14% del totale, mentre gli stranieri avviati al servizio civile sono stati 1.375, pari al 3,19% del totale⁵³.

Altro grande settore nevralgico per l’integrazione degli stranieri è l’abitazione: settore nel quale – anche in ragione delle competenze regionali in materia – si sono registrati numerosi interventi a carattere locale. Tra gli interventi nazionali può richiamarsi, in via generale, il “Piano casa” del 2008, finalizzato a garantire su tutto il territorio nazionale i livelli minimi essenziali di fabbisogno abitativo per il pieno sviluppo della persona umana. Tali politiche sono in genere destinate a tutta la popolazione residente⁵⁴, anche se risultano piuttosto critici i criteri di accesso posti per l’accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica, a contributi affitto ovvero ad altre forme di agevolazione posti a livello statale, regionale e locale. In alcuni casi tali criteri hanno infatti pregiudicato – in via diretta o indiretta – la condizione dei migranti, impedendone o comunque ostacolandone l’accesso a benefici e prestazioni. In alcuni casi si è pronunciata la Corte costituzionale dichiarando l’illegittimità di detti requisiti basati sulla residenza protratta sul territorio nazionale e/o regionale⁵⁵.

51. Si veda la l. n. 12/2016.

52. Sull’esercizio della solidarietà come strumento di integrazione, cfr. Cartabia M., “Gli ‘immigrati’ nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà”, in Panzera C., Rauti A., Salazar C., Spadaro A. (a cura di), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Jovene, Napoli, 2016, p. 28.

53. Per i dati, cfr. www.serviziocivile.gov.it.

54. Tra gli interventi nazionali dedicati esclusivamente agli stranieri si possono richiamare quelli finanziati nel 2011 nell’ambito del fondo per l’inclusione sociale, poi dichiarato incostituzionale con la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 50/2008, che includeva proprio una linea di finanziamento dedicata al sostegno all’accesso all’alloggio.

55. Cfr. Corte cost. sent. nn. 168/2014, 106 e 166/2018. Per un commento, cfr. Tega D., *Le politiche xenofobe continuano a essere incostituzionali*, «Diritti Regionali», 2, 2018, p. 1 ss.; Corsi C., *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l’accesso alle prestazioni sociali*, «Le Regioni», 5-6, 2018, p. 1170 ss. Da ultimo si veda Corte cost. sent. n. 44/2020, con il commento di Padula C., *Uno sviluppo nella saga della “doppia pregiudiziale”? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenza-*

Accanto alle politiche abitative, devono comunque richiamarsi anche le politiche urbane e di pianificazione urbana, finalizzate alla definizione di città maggiormente inclusive a partire dalla costruzione di nuove aree residenziali, anche attraverso il recupero di vecchi edifici, la prevenzione di ghetti urbani, l'organizzazione dei servizi e/o la realizzazione di infrastrutture e spazi verdi. Si tratta di un ambito in evoluzione, che vede emergere alcuni esempi positivi a livello europeo⁵⁶.

Infine, un ultimo cenno deve essere rivolto alla salute e all'accesso ai servizi essenziali, come preconditione per il godimento di tutti gli altri diritti fondamentali. Un'effettiva integrazione può infatti realizzarsi quando gli stranieri sono ammessi a tutti i servizi di base. Tuttavia non mancano, nella prassi, difficoltà concrete di accesso e godimento di molti servizi. Al fine di superare tali criticità, assumono una particolare rilevanza i servizi di informazione e mediazione culturale, diretti a favorire la conoscenza e l'accesso degli stranieri agli interventi e ai programmi disponibili afferenti alle varie aree di policy. In questa direzione appare centrale anche la *capacity building* degli operatori impegnati nei servizi destinati ai migranti, alla cui formazione sono state dedicate specifiche linee di finanziamento anche nell'ambito del FAMI. Rilevante anche il ruolo assunto dai siti web dedicati come il *Portale Integrazione Migranti*, nato nel 2012 sotto il coordinamento della Direzione Generale dell'Immigrazione e delle Politiche di Integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Il Portale è frutto della collaborazione tra i Ministeri del lavoro e delle politiche sociali, dell'interno e dell'istruzione, università e ricerca ed è stato inizialmente finanziato con risorse del FEI e successivamente del Fondo Politiche Migratorie⁵⁷. Tale ultimo cenno, ci permette di chiarire come, in via generale, gli interventi sopra individuati siano stati finanziati sia nell'ambito di risorse provenienti dall'Unione europea che con fonti finanziarie nazionali.

Accanto a fondi nazionali dedicati all'integrazione, come il Fondo politiche migratorie⁵⁸, vi sono anche fondi rivolti al finanziamento di interventi a favore di determinate categorie di migranti, come il Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo. Nel corso dell'ultimo decennio, un notevole supporto al finanziamento degli interventi in materia di integrazione (dello Stato, delle Regioni e degli enti locali, ma anche degli enti del Terzo settore) è

le pubblica e possibilità di disapplicazione della legge, in corso di pubblicazione in «Consulta Online».

56. A tal riguardo, cfr. Gruber E., "Pianificazione urbana: il caso di Vienna", in *Le città globali e...*, op. cit., p. 159 ss.

57. Sul punto cfr. Congia S., "La governance multilivello per le politiche di integrazione", in Ronchetti L. (a cura di), *La Repubblica e le migrazioni*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 99.

58. Cfr. art. 45 TU.

provenuto dall'Unione europea, dapprima con il FEI e poi con il FAMI. A tal fine, lo Stato è chiamato ad adottare un Programma Nazionale per la definizione degli obiettivi strategici e operativi, nonché degli interventi da realizzare con la dotazione finanziaria a disposizione, pari ad € 394.185.470,00⁵⁹. A tali risorse dovrebbero essere affiancate, in un'ottica di complementarità, le risorse nazionali disponibili (a livello statale, regionale e locale) anche nella forma di cofinanziamento degli interventi, nonché altre fonti finanziarie dell'Unione europea, come il FSE e il FESR.

Proprio per garantire il coordinamento e la complementarità tra i fondi dell'Unione europea, il regolamento istitutivo del FAMI⁶⁰ e il quadro normativo relativo ai fondi strutturali e di investimento richiedono agli Stati membri di illustrare dettagliatamente, nei loro documenti di programmazione, il meccanismo con cui essi prevedono di coordinare i diversi strumenti UE e nazionali. Come evidenziato dalla Corte dei conti europea, infatti, «in assenza di un coordinamento efficace a livello nazionale e dell'UE, la complessità dei sistemi di finanziamento potrebbe comportare un'attuazione inefficace delle politiche (ad esempio, dando luogo a una minor complementarità, minori sinergie, difficoltà di accesso ai fondi, rischio di doppi finanziamenti)»⁶¹.

6. I destinatari dell'integrazione. Quali indicazioni per le future politiche di integrazione

Alla luce di quanto evidenziato, l'integrazione richiede, dunque, interventi in molti settori distinti ma comunque connessi in termini di efficacia generale degli stessi. Chi è chiamato a definire le politiche di integrazione deve comprendere come si realizzerà il processo di integrazione (cioè qual è il gruppo bersaglio, quali misure attuare e come valutarne l'impatto)⁶².

59. L'Autorità Responsabile del Fondo è l'organismo pubblico dello Stato membro interessato, responsabile della gestione e del controllo della corretta esecuzione del Programma Nazionale. In Italia l'Autorità Responsabile è il Dipartimento per le Libertà civili e l'Immigrazione del Ministero dell'interno. La Direzione Generale dell'Immigrazione e Politiche per l'Integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali è stata altresì designata Autorità Delegata del Fondo, in virtù delle competenze istituzionali di cui è titolare in materia di immigrazione e integrazione. Per un approfondimento, cfr. www.inter-nogov.it.

60. Cfr. Regolamento UE n. 516/2014.

61. Cfr. Corte dei conti europea, *L'integrazione dei migranti che provengono da paesi non appartenenti all'UE*, Documento di riflessione, giugno 2018, p. 35, disponibile al sito www.eca.europa.eu. A tal proposito si veda, in direzione assai critica sul punto, anche Corte dei conti europea, *Do the European Integration Fund and European Refugee Fund contribute effectively to the integration of third-country nationals?*, Special report n. 22/2012.

62. Corte dei conti europea, *L'integrazione dei migranti...*, cit., p. 10.

Nella definizione di dette politiche, l'individuazione dei destinatari è imprescindibile ai fini della costruzione di percorsi articolati sulla base delle esigenze di ciascuna persona e/o gruppo, tenendo in considerazione eventuali vulnerabilità (es. vittime di tratta e sfruttamento). In via generale, poi, la questione di genere dovrebbe sempre essere considerata, quale chiave di comprensione dei bisogni della popolazione migrante e condizione di successo delle stesse politiche di integrazione.

Nel corso degli ultimi anni, accanto a misure genericamente rivolte alla popolazione straniera, sono stati finanziati programmi rivolti ora a richiedenti/titolari di protezione internazionale, ora a donne migranti, ora a minori stranieri non accompagnati, ora a giovani stranieri ovvero persone in cerca di lavoro. Proprio in relazione ai destinatari di dette politiche, non si possono tuttavia trascurare alcune specificità italiane, anche in vista della programmazione delle future politiche di integrazione.

In particolare, rispetto ad altri Paesi europei, l'Italia si caratterizza per la presenza di numerose nazionalità: 195 cittadinanze, 50 delle quali con più di 10 mila presenze. Ciò testimonia una certa complessità e varietà nella composizione della popolazione residente che sollecita servizi di mediazione culturale specializzata. Alcune di queste comunità si contraddistinguono poi per il prevalere di modelli migratori specifici, che si riflettono sulla composizione per genere, sulla propensione a stabilizzarsi nel nostro Paese (anche a seguito di ricongiungimenti familiari), nel processo di integrazione sul territorio e nell'inserimento lavorativo⁶³.

Analizzando nello specifico i dati relativi alla presenza straniera sul territorio e i *trend* relativi alle tipologie di permesso di soggiorno rilasciate, emergono indicazioni ancora più specifiche per le sfide che oggi sono poste alle politiche di integrazione.

In primo luogo occorre evidenziare la rilevante diminuzione degli ingressi per motivi di lavoro sul territorio nazionale, vuoi in conseguenza della crisi economica, vuoi per la contrazione delle quote di ingresso programmato per lavoro. In particolare, l'anno 2014 segna uno "spartiacque" importante se si prendono in considerazione i permessi di soggiorno rilasciati per la prima volta. Come evidenziato dall'Istat⁶⁴, se tra il 2008 e il 2010 gli ingressi per lavoro rappresentavano oltre la metà (quasi il 64 per cento nel 2009) dei nuovi permessi rilasciati, nel 2011 gli arrivi per lavoro scendono sotto il 35 per cento

63. Come viene rilevato in Istat, *Rapporto annuale 2019. La situazione del Paese*, disponibile in www.istat.it, p. 128, tanto che per alcune collettività si parla di "specializzazioni produttive". Per un approfondimento sulle comunità di migranti presenti in Italia, si vedano i rapporti 2018 sulle comunità albanese, bangladese, cinese, ecuadoriana, egiziana, filippina, indiana, marocchina, moldava, nigeriana, pakistana, peruviana, senegalese, srilankese, tunisina, ucraina (disponibili su www.lavoro.gov.it).

64. Cfr. Istat, *Rapporto annuale 2019, cit.*, p. 127.

e, per la prima volta, vengono superati dai nuovi permessi rilasciati per famiglia (38,9 per cento); nel 2015 gli ingressi per lavoro si riducono a meno del 10 per cento e si dimezzano nei due anni successivi, fino a scendere sotto al 4,6% nel 2017⁶⁵.

Nel corso degli ultimi decenni sono invece aumentati i permessi di soggiorno per motivi familiari, fino a raggiungere il 43,2% del totale dei nuovi permessi rilasciati, e quelli per motivi di asilo/umanitari (ante 2018) fino al 38,5%. Si è dunque di fatto assistito ad una sorta di “sostituzione” degli ingressi per lavoro a quelli per motivi umanitari e di asilo, con riflessi sulla complessità dei percorsi di accoglienza e inserimento sociale. Come è stato rilevato⁶⁶, infatti, se nel caso di migrazioni per lavoro le reti migratorie consentivano a molti nuovi arrivati di avere dei punti di riferimento sul territorio italiano, nelle migrazioni motivate dalla ricerca di rifugio e/o protezione il migrante giunge spesso nel Paese di accoglienza senza alcun riferimento e senza un preciso progetto migratorio. Al fine di promuovere l’integrazione di questa categoria di migranti, occorrono dunque misure specifiche finalizzate a favorire il passaggio da una prima fase di accoglienza al raggiungimento dell’autonomia. Alcuni studi evidenziano i costi associati all’integrazione dei rifugiati soprattutto nel breve periodo, ma anche i benefici socio-economici e fiscali che l’integrazione di questa categoria di migranti può portare allo Stato di accoglienza nel medio e lungo periodo⁶⁷.

Al contempo l’Italia si trova, comunque, a gestire in molte aree del Paese una fase migratoria definita “matura”: oltre all’incremento degli stranieri in possesso di permesso di soggiorno per motivi di famiglia, numerosi sono oggi gli stranieri in possesso di permessi di soggiorno di lungo periodo (ben 61,7%)⁶⁸. Crescono inoltre le acquisizioni di cittadinanza, che contribuiscono a modificare l’assetto socio-demografico del Paese (da 54 mila nel 2008 a 147 mila nel 2017) e le seconde generazioni. Secondo i dati Istat, al 1° gennaio 2018, i minori di seconda generazione, stranieri o italiani per acquisizione, sono 1 milione e 316 mila: di questi il 75 per cento è nato in Italia. Meritevole di attenzione, ai fini delle politiche di integrazione, è il *Manifesto delle seconde generazioni*, elaborato nel 2014 e poi rivisto nel 2019 come *Manifesto delle*

65. Cfr. *IX Rapporto annuale*, 12.7.2019, *cit.*, p. 33.

66. Cfr. Istat, *Rapporto annuale 2019*, *cit.*, p. 128. Sulla risposta italiana alla crisi migratoria, cfr. Savino M., “La risposta italiana alla crisi: un bilancio”, in Savino M. (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 13.

67. Sul punto Kancs D., Lecca P., *Long-term Social, Economic and Fiscal Effects of Immigration into the EU: The Role of the Integration Policy*, «JRC Working Papers in Economics and Finance», 4, 2017, p. 2. Sul tema, si veda altresì Villa M., Emmi V., Corradi E., *Migranti: la sfida dell’integrazione*, *op. cit.*, p. 52.

68. Cfr. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *IX Rapporto annuale*, 12.7.2019, *cit.*, p. 29.

*Nuove Generazioni Italiane*⁶⁹, e contenente una serie di proposte in ambiti rilevanti per la vita delle seconde generazioni, come scuola, lavoro, cultura, sport, partecipazione, cittadinanza e rappresentanza politica, comunicazione e media, cooperazione internazionale.

Le politiche di integrazione dovrebbero dunque saper rispondere a queste differenti esigenze: di breve e lungo periodo, connesse alla prima fase di accoglienza ma anche riferite alla stanzialità della presenza di talune categorie di migranti. In ogni caso, occorre ridurre i ritardi nell'avvio dei percorsi di integrazione, poiché – come chiarito dalla Corte dei conti europea – «l'integrazione ha tante più probabilità di riuscita, quanto prima inizia»⁷⁰.

7. Rilievi conclusivi. Ostacoli, rimedi e sfide dell'integrazione

Se dunque l'efficacia dei percorsi di integrazione è connessa ai tempi con i quali essi sono avviati, molti sono in realtà gli ostacoli che incidono sulla probabilità di riuscita di tali percorsi. Al riguardo è possibile distinguere tre differenti declinazioni di quella che potremmo definire la “integrazione ostacolata”.

Il primo ostacolo è connesso alla condizione di irregolarità, indice di una “integrazione negata”. Uno straniero privo di permesso di soggiorno è molto spesso invisibile ai servizi pubblici e quindi escluso dalle politiche di integrazione. Occorre favorire i canali di ingresso regolare sul territorio e prevenire, per quanto possibile, che lo straniero, una volta entrato regolarmente sul territorio, rischi di cadere in una situazione di irregolarità (ad esempio facilitando la conversione del permesso di soggiorno inizialmente rilasciato in altre tipologie di permesso). In questa direzione le stesse politiche di integrazione possono avere un'incidenza diretta sul soggiorno regolare dello straniero: uno straniero che conosce la lingua italiana ha più probabilità di trovare lavoro, così come uno straniero che ha seguito specifici corsi di formazione, ecc.

Il secondo ostacolo è connesso al diniego di iscrizione anagrafica, cui consegue una “integrazione sospesa o condizionata”. Il diniego di iscrizione può infatti divenire un ostacolo al pieno inserimento dello straniero in una certa comunità locale, al godimento di diritti fondamentali, nonché all'accesso a taluni servizi. Il contenzioso originatosi in relazione all'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018, convertito dalla l. n. 132/2018, risulta piuttosto emblematico al riguardo⁷¹. Si tratta, infatti,

69. Il manifesto è stato presentato il 17.4.2017. Il testo è disponibile su www.lavoro.gov.it.

70. Cfr. Corte dei conti europea, *L'integrazione dei migranti...*, cit., p. 18.

71. Sul tema Consoli D., Zorzella N., *L'iscrizione anagrafica e l'accesso ai servizi territoriali dei richiedenti asilo ai tempi del salvinismo*, in rubrica «Diritti senza confini»,

di una categoria di migranti per i quali l'accesso ai percorsi di integrazione è fortemente limitato, vista anche la riforma del sistema di accoglienza e il nuovo capitolato dei servizi erogabili nei centri di accoglienza⁷². Si tratta di una sorta di integrazione sospesa fino alla decisione sul riconoscimento o meno di una qualche forma di protezione o comunque condizionata al buon esito della richiesta di asilo.

Il terzo ostacolo è connesso alla discriminazione e conduce ad una “integrazione frenata”. È, infatti, indubbio come pratiche discriminatorie perpetrate ai danni di cittadini stranieri siano in grado di incidere profondamente sull'efficacia dei percorsi di integrazione, sui tempi dell'integrazione, nonché più in generale sul godimento di diritti fondamentali e sulla pari dignità sociale. Talvolta può trattarsi di previsioni legislative discriminatorie (come ad esempio in materia di accesso al servizio civile nazionale), atti amministrativi o anche prassi⁷³. L'azione civile contro la discriminazione può costituire un efficace strumento di contrasto a tali pratiche. Occorre tuttavia contrastare – anche sotto il profilo educativo e culturale – il crescente sentimento di ostilità verso i cittadini stranieri che si è registrato negli ultimi anni nella maggior parte dei Paesi europei, fino a sfocare in forme di xenofobia e discriminazione etnica. In tale direzione il Parlamento europeo ha ribadito l'importanza dei *mass media* nell'influenzare l'opinione pubblica sull'immigrazione e sull'integrazione dei migranti⁷⁴.

Molteplici sono, dunque, le sfide alle quali le politiche nazionali di integrazione dovranno rispondere con coerenza e lungimiranza. Si tratta di un compito che dovrà essere assunto senza ritardo, considerando i cambiamenti che

www.asgi.it/www.questionegiustizia.it; Gargiulo E., *L'appartenenza negata: la residenza e i suoi significati, tra ambivalenze interpretative e conflitti politici*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2019, p. 33 ss. Sui luoghi della persona nel diritto civile e nella disciplina anagrafica, cfr. Morozzo della Rocca P., *I luoghi della persona e le persone senza luogo*, Maggioli, Rimini, 2017.

72. Per un approfondimento sulle modifiche del sistema di accoglienza, cfr. Giovannetti M., “Disposizioni in materia di accoglienza dei richiedenti asilo”, in Curi F. (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Pacini editore, Pisa, 2019, p. 147 ss., nonché – sul tema più generale – sempre della stessa Autrice, *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2019, p. 2.

73. Per un approfondimento sulle numerose previsioni costituzionali in materia di accesso alle prestazioni sociali, nonché sulla giurisprudenza di riferimento, cfr. Guariso A., *Stranieri e accesso alle prestazioni sociali*, 2018, «www.asgi.it». Sull'accidentato cammino verso i diritti sociali, cfr. Corsi C., *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, «Rivista AIC», 1, 2018, p. 8 ss.

74. Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2013 sull'integrazione dei migranti, gli effetti sul mercato del lavoro e la dimensione esterna del coordinamento in materia di sicurezza sociale. Su razzismi, discriminazione e integrazione, cfr. El-Mafaalani A., *Il paradosso dell'integrazione*, Luiss University Press, Roma, 2019, p. 55 ss.

hanno interessato i flussi migratori verso l'Italia e le esigenze di breve, medio e lungo periodo. Gli interventi fino ad oggi condotti presentano luci ed ombre, potenzialità e limiti sui quali occorre ancora lavorare. Ad interventi periodicamente rinnovati si sono affiancate politiche frammentate, legate alla durata di specifici progetti e limitate temporalmente. Rispetto alla variabilità degli ambiti toccati dalle politiche di integrazione, vi sono ancora settori nei quali l'intervento pubblico è limitato o del tutto assente, come in tema di partecipazione politica e diritto di voto⁷⁵: ambiti meritevoli di particolare attenzione ai fini della piena integrazione dei migranti.

Nella consapevolezza che la strada dell'integrazione si articola per tappe successive, le politiche nazionali dovranno considerare le differenti fasi dell'integrazione offrendo una risposta ai neoarrivati, così come ai residenti di lungo periodo, al fine di porre in essere le condizioni per creare una società davvero più inclusiva e coesa. A tali politiche dovranno inoltre essere affiancate efficaci procedure di valutazione che consentano di misurare i progressi compiuti ed adeguare conseguentemente le strategie future.

75. Sulla pienezza della integrazione degli immigrati con riferimento al godimento dei diritti politici, cfr. Ruggeri A., *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2019, p. 28 ss. In tema di partecipazione politica, cfr. Luciani M., "La partecipazione politica e i migranti", in Ronchetti L. (a cura di), *La Repubblica e le migrazioni, op. cit.*, p. 77 e ss. Per un approfondimento del tema sia consentito rinviare anche a Biondi Dal Monte F., *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 264 ss.

Tra Piani, Accordi e discorsi morali e securitari: la via italiana alla civic integration

di *Vincenzo Carbone, Enrico Gargiulo e Maurizia Russo Spena**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Misurare l'integrazione: breve storia di un'idea. – 3. Le retoriche e le politiche pubbliche sull'integrazione in Italia. Quale declinazione della civic integration? – 4. Le leve dell'italianità: impegno civico, adesione culturale, attivazione morale. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione¹

Le politiche ispirate all'idea di *civic integration* hanno conosciuto una diffusione molto ampia a partire dagli anni Novanta del XX secolo.

Nell'ambito di numerosi stati europei così come in diversi Paesi di altri continenti, le misure e gli interventi in materia di integrazione rimandano con frequenza a un immaginario incentrato sull'adesione da parte delle persone immigrate ai valori e alle norme costituzionali della società "ospitante", senza entrare nel merito, in apparenza, della loro cultura "di origine".

Secondo il paradigma "civico", integrarsi vuol dire adattarsi a parametri cognitivi e comportamentali che appartengono alla sfera del diritto.

Questi parametri, tuttavia, non sono definiti in maniera credibile e, soprattutto, non sono confinabili all'interno del perimetro ristretto del giuridico. La retorica incentrata sulla costruzione di un *demos* neutrale sul piano dei valori e dei riferimenti culturali si scontra con la realtà dell'evocazione, più o meno mascherata e dissimulata, di un *ethnos* che accomunerebbe soltanto i cittadini e che fungerebbe da spartiacque rispetto ai non cittadini.

* Vincenzo Carbone, ricercatore in Sociologia, Università Roma Tre; Enrico Gargiulo, professore associato in Sociologia, Università di Bologna; Maurizia Russo Spena, dottore di ricerca, Università Roma Tre.

1. Il saggio rappresenta la sintesi di un lavoro di ricerca sul tema realizzato nell'ultimo decennio da parte dei tre Autori, cui si rimanda in maniera dettagliata nei riferimenti bibliografici presenti in nota.

L'integrazione civica, più in dettaglio, agisce come un dispositivo di disciplinamento *morale* che si pone su due livelli differenti, culturale e lavorativo. Nel primo caso, mira a produrre un certo grado di *assimilazione* rispetto ai presunti “valori” fondativi della comunità “ospitante”, mentre nel secondo, punta a inculcare un’*etica del lavoro*. Un dispositivo del genere si basa su una specifica idea della società e del modo in cui dovrebbe essere strutturata, sui posti che i gruppi sociali presenti al suo interno dovrebbero occupare e sugli specifici ruoli da assegnare a chi ne fa parte.

La *civic integration* ha come obiettivo la costruzione e la legittimazione di un *ordine sociale* stratificato e selettivo, al cui interno i non cittadini occupano posizioni di svantaggio, essendo inclusi in maniera parziale e *differenziale*. La loro presenza fisica nel perimetro dello spazio nazionale è utile e gradita soltanto a determinate condizioni, e deve essere modulata sulla base delle esigenze della componente “autoctona” della popolazione

Per essere efficace, l'integrazione civica fa perno su categorie e discorsi *culturalisti* e, in diversi casi, apertamente *razzializzanti*. Gli stranieri sono immaginati come “altri” in senso culturale, appartenenti a gruppi rappresentati come “eticamente” diversi. Il *differenzialismo* è la visione dominante dei rapporti tra cittadini e non cittadini, ed è funzionale alla legittimazione di scelte e decisioni altamente disciplinanti, coercitive e selettive.

Le politiche ispirate all’idea di *civic integration* trovano nell’Italia un contesto particolarmente favorevole. La presenza straniera è un fatto ormai strutturale: i dati aggiornati al primo gennaio 2018² descrivono un quadro composto da 5.255.503 non cittadini registrati in anagrafe e, più in dettaglio, da 3.717.000 stranieri regolarmente soggiornanti, quasi due terzi dei quali – ossia oltre il 60% – dispongono di un permesso di soggiorno di lungo periodo. Si tratta, peraltro, di un’immigrazione che coinvolge in maniera considerevole nuclei di persone e non individui singoli: nel 2017, i nuovi rilasci di permessi di soggiorno per motivi familiari sono il 47% del totale dei titoli concessi. L’accesso alla cittadinanza, inoltre, è ancora particolarmente difficile, nonostante le intenzioni dichiarate di diversi attori politici e le proposte di riforma della normativa arenatesi nel dibattito parlamentare.

La gestione dei *denizens*, ossia degli stranieri lungo soggiornanti, è dunque una delle priorità dei Governi italiani, preoccupati di assicurarsi la fedeltà di persone che, formalmente, non appartengono alla comunità ma che, di fatto, ne sono parte integrante.

In quanto logica di governo delle persone e dei loro comportamenti, la *civic integration* va oltre le misure riservate agli stranieri che hanno appena fatto ingresso nel territorio, estendendosi piuttosto all’intera popolazione migrante e, dunque, anche alla sua componente lungo residente. Negli ultimi an-

2. IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2019*, Roma, 2019.

ni, questa logica ha come oggetto specifico i migranti “forzati”, ossia i richiedenti asilo e i rifugiati: prima esentati da obblighi, ora, in maniera più o meno esplicita e formalizzata, sono costretti a «dimostrare qualcosa» per prolungare il loro soggiorno.

L'articolo intende ripercorrere il cammino della *civic integration* in Italia, mostrandone le tappe salienti ed evidenziandone le caratteristiche principali. Più in dettaglio, nel primo paragrafo saranno descritte brevemente le origini e i contenuti delle politiche di integrazione civica.

Nel secondo verrà affrontata la loro ricezione nel contesto italiano. Nel terzo sarà analizzata l'idea di «italianità» da queste veicolata, soffermandosi sui diversi elementi impiegati per garantire la conformità dei non cittadini agli «*standard*» valoriali e comportamentali «autoctoni».

Nelle conclusioni, si cercherà di mostrare come, anche nel campo democratico e progressista, l'idea di integrazione raramente sia discussa nelle sue contraddizioni e nelle sue conseguenze. Soprattutto a seguito delle iniziative dell'ex Ministro dell'interno Matteo Salvini, infatti, le reazioni delle forze politiche di centrosinistra si sono focalizzate su un modello di integrazione presentato come alternativo ma in realtà simile – se non nel linguaggio, nei presupposti e nelle misure messe in campo per renderlo concreto – a quello promosso dalle destre.

2. Misurare l'integrazione: breve storia di un'idea

La nozione di *integrazione* è ampiamente presente nel lessico delle politiche migratorie e in quello degli studi sulle migrazioni. Attualmente, è impiegata per indicare il rapporto tra la componente “autoctona” e quella immigrata della popolazione, facendo riferimento alle interazioni tra cittadini e non cittadini. Nel contesto in cui nasce, quello della teoria sociologica novecentesca³, ha però un significato in parte diverso, che rimanda alla tenuta complessiva del tessuto sociale, garantita dai meccanismi della socializzazione e del controllo. Per effetto di questi dispositivi, gli individui sarebbero indotti a introiettare gli orientamenti di valore maggioritari, garantendo così la stabilità del sistema. Collocandosi all'interno di un sistema capitalistico ormai maturo, la sociologia della metà del Novecento è preoccupata di contribuire al raggiungimento di una delle finalità principali dello stato: mantenere un ordine funzionale allo svolgimento dei processi di accumulazione economica. In quest'ottica, l'integrazione sociale è considerata una condizione equivalente all'assenza di conflitto di classe.

3. In particolare a partire da Parsons, il quale riprende e continua la discussione sull'ordine sociale avviata, nell'ambito delle scienze sociali ottocentesche, da autori come Comte e Spencer.

Trasferitosi dall'analisi delle società nel loro insieme alla gestione dei gruppi etno-culturalmente "diversi", il concetto di integrazione mantiene la sua impostazione, continuando a fare riferimento all'introduzione dei valori maggioritari, ma cambia fuoco di attenzione, spostandosi dal conflitto sociale a quello culturale. Quando applicata allo studio del rapporto tra "autoctoni" e "nuovi arrivati", la minaccia alla coesione che questa categoria si promette di affrontare non è costituita da gruppi sociali *interni* alla comunità nazionale e portatori di visioni politiche e istanze differenti, bensì da soggetti *esterni*, percepiti come sfide all'omogeneità e alla stabilità comunitarie.

Nella sua nuova veste, l'integrazione sostituisce la nozione di *assimilazione*, considerata da più parti critica, a livello scientifico e politico, e contestata in quanto fondata su assunti etnocentrici e paternalistici. L'idea di assimilazione è esplicitamente incentrata sul concetto di acculturazione, ed evoca di conseguenza il processo tramite cui memorie, sentimenti e abitudini della società "ospitante" sono acquisiti dagli immigrati. L'integrazione, per contro, è un costrutto apparentemente più sostenibile sul piano politico perché focalizzato non sulle differenze culturali ma sulla semplice accettazione delle regole e dei valori pubblici della comunità di arrivo⁴.

Recepito dagli studi migratori ed entrato nel lessico delle politiche sull'immigrazione, il concetto di integrazione, tendenzialmente, è interpretato in un'ottica *culturale* più che *materiale*: le relazioni tra "autoctoni" e "nuovi arrivati" non sono considerate in termini di disuguaglianze, distribuzione di potere o posizione all'interno della struttura sociale ed economica ma come effetto di disposizioni mentali o "tradizionali", schemi comportamentali dovuti al contesto di provenienza, ecc. Quasi sempre, inoltre, è declinato in termini di modelli nazionali: oltre al *multiculturalismo* e all'*immigrazione temporanea* – esemplificata dal "lavoratore ospite" – figura anche l'*assimilazionismo*⁵. Assimilazione e integrazione, dunque, da costrutti inizialmente ritenuti alternativi diventano successivamente concetti complementari: il primo è considerato adesso una sottospecie del secondo.

Con gli anni Novanta, tuttavia, si diffonde in molti stati europei un modello di integrazione unico, definito *neoassimilazionista*. La sua diffusione è strettamente legata all'affermazione di una nuova visione dell'integrazione, la *civic integration*, nata in Olanda sul finire del decennio.

4. Kostakopoulou D., *The Anatomy of Civic Integration*, «The Modern Law Review», 6, 2010, pp. 933-958.

5. La letteratura sui modelli di integrazione è molto vasta, e non è quindi possibile, in questa sede, renderne conto in maniera esaustiva. Per semplicità e brevità si rimanda a: Castles S. *et al.*, *Integration: Mapping the Field*, Home Office, UK, 2003; Castles S., Miller M.J., *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, Palgrave-Macmillan, Basingstoke, 1993; Zincone G., "Il passaggio al primo piano", in Zincone G. (a cura di), *Immigrazione: segnali di integrazione*, il Mulino, Bologna, 2009, pp. 7-67.

Le origini di questa visione sono diversificate. La logica che ne è alla base è la stessa dei *test di cittadinanza* introdotti in diversi stati europei alla metà degli anni Novanta: inizialmente vaghi e non obbligatori, con gli inizi degli anni Duemila assumono una forma più strutturata e una valenza prescrittiva maggiore in Paesi come il Regno Unito, la Germania, l'Austria, la Danimarca e l'Olanda, diventando misure vincolanti per l'acquisizione dello *status* di cittadino⁶.

Gli obiettivi della *civic integration*, tuttavia, richiamano anche, in maniera inquietante, strumenti di selezione e disciplinamento della popolazione migrante presenti in passato. L'idea di misurare l'integrazione, infatti, è storicamente riconducibile alle misure volte a "preservare" le comunità nazionali dagli effetti dell'immigrazione. Queste misure, costituite da *test* di alfabetizzazione e di lingua, dettati e prove di conoscenza della costituzione, sono pensate inizialmente come requisiti di accesso alla cittadinanza o al diritto di voto ma vengono estese poi al controllo degli ingressi⁷.

Negli Stati Uniti di metà Ottocento, ad esempio, credenze razziste relative alla presunta inferiorità intellettuale delle persone di origine afroamericana, considerate incapaci di prendere decisioni consapevoli e dunque inadatte all'autogoverno, sono alla base della scelta di impiegare *test* di istruzione per il riconoscimento del diritto di voto in diversi stati.

Successivamente, misure simili sono impiegate per negare a "razze indesiderate" l'accesso al territorio statunitense. Nel secondo dopoguerra, per evitare «infiltrazioni comuniste» dall'estero, il *Subversive Activities Control Act* del 1950 introduce prove volte a verificare la capacità di lettura e di scrittura in inglese e la presenza di conoscenze di base di tipo storico e relative all'educazione civica: chi non è in grado di superarle non è autorizzato a varcare la frontiera degli Stati Uniti o, se già residente, rischia l'espulsione dal territorio statunitense.

Non diversamente, in Sud Africa e in Australia agli immigrati è richiesto di sottoporsi a *test* di lingua e di istruzione: l'*Immigration Restriction Act*, approvato dal parlamento australiano nel 1901, impone la scrittura di un dettato di cinquanta parole in una qualsiasi lingua europea, così da facilitare l'esclusione dei gruppi indesiderati, ossia dei non bianchi.

Le misure volte ad accertare conoscenze culturali e linguistiche, dunque, istituzionalizzano la discriminazione razziale con la scusa di promuovere gli ideali repubblicani⁸. Il meccanismo retorico è sostanzialmente il seguente: alcuni gruppi sono considerati non adatti all'auto-governo perché inclini alla

6. Goodman S.R., *Integration Requirements for Integration's Sake? Identifying, Categorising and Comparing Civic Integration Policies*, «Journal of Ethnic and Migration Studies», 5, 2010, pp. 753-772.

7. Kostakopoulou D., *op. cit.*, p. 947.

8. Kostakopoulou D., *op. cit.*, p. 948.

servitù e alla dipendenza, come dimostrato dalle loro scarse competenze di base.

Meccanismi del genere sono certamente meno evidenti nelle politiche di *civic integration* introdotte negli ultimi anni ma rimangono comunque sotto-traccia. Attualmente, le misure rivolte alle popolazioni immigrate funzionano come *confini* espliciti, di tipo interno o esterno: la facoltà di protrarre il soggiorno nel territorio dello stato “ospitante” e, in alcuni casi, la possibilità di farvi accesso sono subordinate alla dimostrazione di un certo livello di conoscenza dei valori e delle regole vigenti nella comunità di arrivo.

La *civic integration* non si riduce all'introduzione di corsi e *test* di lingua e cultura civica, costituendo piuttosto la legittimazione e il consolidamento di una lettura più ampia dei fenomeni migratori, di taglio esplicitamente *culturalista*⁹. Presentata come affine a una concezione repubblicana della nazione, e basata dunque, in teoria, sul rispetto per i valori costituzionali, non sull'interiorizzazione di norme morali o religiose, l'integrazione civica prevede in realtà che la differenza culturale tra “autoctoni” e “nuovi arrivati”, immaginata come assoluta e irriducibile, debba essere contenuta attribuendo ai secondi l'obbligo di conoscere i principi fondanti dell'ordinamento dello stato di arrivo e, in una qualche misura, di aderirvi. In questo senso, si pone come uno strumento volto a disciplinare i non cittadini rendendoli “normali”, ossia conformi a una norma morale e comportamentale, e a *selezionare*, tra questi, i più meritevoli, ossia i più “integrabili” culturalmente.

Il disciplinamento e la selezione non riguardano soltanto la sfera della cultura, interessando anche le relazioni di *lavoro* e il campo *economico*. Gli stranieri sono chiamati ad aderire a un modello di agire sociale basato sull'autonomia individuale e sulla disponibilità ad attivarsi, in particolar modo nel mercato del lavoro. La *civic integration*, in altre parole, mira a costruire soggetti autonomi e autosufficienti, indipendenti dagli aiuti pubblici e privi di aspettative nei confronti dello stato sociale.

La grammatica del *merito* e la logica del *controllo sociale* – entrambe, fin dalle sue origini, parte integrante della storia del *welfare state* – penetrano sempre più a fondo nelle politiche migratorie. E lo fanno attraverso il richiamo alla sicurezza, che diventa una sorta di mantra continuamente ripetuto per legittimare interventi restrittivi dei diritti dei non cittadini. Il messaggio veicola-

9. Per approfondimenti sul concetto di *civic integration* e sulle relative politiche, con particolare riferimento all'Italia, si rimanda a Gargiulo E., *Discorsi che dividono: differenzialismo e attacchi al legame sociale nell'Accordo di integrazione*, «Rassegna italiana di sociologia», 3, 2012, pp. 497-523; Gargiulo E., *Dall'inclusione programmata alla selezione degli immigrati. Le visioni dell'integrazione nei Documenti di programmazione del Governo italiano*, «Polis», 2, 2014, pp. 221-249; Gargiulo E., “Integrati ma subordinati”, in Carbone V., Russo Spina M., Gargiulo E. (a cura di), *I confini dell'inclusione*, DeriveApprodi, Roma, 2018, pp. 49-83.

to dalla *civic integration*, in sintesi, è il seguente: soltanto alcuni individui, gli stranieri, costituiscono una minaccia all'integrità, alla stabilità e all'ordine delle società europee, e questa minaccia può e deve essere disinnescata attraverso un processo di assimilazione.

Nella diffusione dei principi della *civic integration* e delle relative politiche, l'Unione europea ha rivestito un ruolo di primo piano, generando un vasto campo, anche molto diversificato sul territorio comunitario, di produzione normativa e di misure, che potremmo tuttavia delimitare, da un lato, all'investimento su servizi e misure pubbliche per l'integrazione dei non-cittadini e, dall'altro, alla verifica e all'accertamento dei livelli di integrazione raggiunti.

Il primo polo sposta sulle opportunità offerte dalle politiche pubbliche i percorsi di cittadinanza, il secondo fa pesare sui cittadini migranti il carico della certificazione e della prova dei percorsi intrapresi. Non mancano ovviamente situazioni "ibride" – di cui, come si vedrà meglio nel prossimo paragrafo, il cosiddetto "modello italiano" fa parte – in cui, nel fissare obiettivi di integrazione rigidi, finanche "sanzionatori", vengono erogati servizi preliminari per il loro raggiungimento. Anche l'asse temporale nel quale vengono collocati gli oneri dell'integrazione oscilla, in modo non omogeneo, dalle politiche di ingresso nello spazio nazionale, a quelle di rinnovo dei titoli di soggiorno, a quelle dell'accesso alla cittadinanza¹⁰.

Il tema è rilevante, sia come oggetto scientifico, sia per l'impatto che ha sulle traiettorie di vita dei cittadini stranieri, poiché, nonostante l'obbligatorietà di *test* e di certificazioni che attestino l'acquisizione della lingua del Paese di immigrazione e delle norme e valori di riferimento della comunità ospitante, lo "straniero" che può dirsi "integrato" non è automaticamente riconosciuto come "cittadino". Collocarsi in una posizione legale maggiormente solida e tutelata non equivale al riconoscimento della piena appartenenza alla comunità nazionale. Se l'integrazione, prima dell'introduzione dei *test* e dei programmi, era considerata il normale esito del periodo di residenza legale, essendo semplicemente il frutto del tempo di permanenza e delle esperienze informali di vita associata, adesso è ritenuta l'effetto di procedure esplicite e standardizzate¹¹.

Il salto di paradigma avviene, pertanto, nel passaggio dal livello delle politiche pubbliche e di indirizzo, che favoriscono la diffusione dell'integrazione attraverso l'emanazione di principi validi per i diversi attori statali (e privati)

10. Per una disamina delle tipologie di accordi nello spazio europeo si vedano: Caponio T., "Introduzione", in *Dall'ammissione all'inclusione: verso un approccio integrato?*, Cnel-Ministero del lavoro, Roma, 2012, pp. 4-11; Caponio T., "Italia: una transizione incompiuta?", in *Dall'ammissione all'inclusione...*, *op. cit.*, pp. 48-55; Cesarini E., "Accordo di integrazione: esperienze europee a confronto", in Carbone V., Russo Spina M. (a cura di), *Il dovere di integrarsi*, Armando, Roma, 2014, pp. 145-160.

11. Joppke C., *Beyond National Models: Civic Integration Policies for Immigrants in Western Europe*, «West European Politics», 1, 2007, pp. 1-22.

coinvolti, al piano più specificamente legislativo, attraverso l'introduzione di norme finalizzate a disciplinare obiettivi di integrazione e il raggiungimento degli stessi da parte dei cittadini migranti.

La diffusione degli *integration agreement*, che trova il suo apice temporale nel primo decennio del Duemila, si colloca all'interno di un *management* della mobilità umana che, a livello europeo, consolida il binomio tra valutazione dell'effettività dell'integrazione e appartenenza alla comunità nazionale.

L'*Agenda europea sulla migrazione* (13 maggio 2015)¹², in linea con i Principi comuni di base sull'integrazione – *CBP* – adottati nel novembre 2004¹³, con i Piani quinquennali¹⁴ e le Agende per l'integrazione del 2005 e 2011¹⁵, rinforza il tema della regolazione della mobilità umana, e quindi dei processi di selezione e reclutamento della forza lavoro attraverso requisiti ed indicatori specifici, ancorandola a processi differenziati di inclusione per fidelizzazione e conformità ai valori che informano la vita nelle diverse società europee. Livello sul quale insiste il successivo Piano d'azione sull'integrazione dei cittadini di Paesi terzi (2016)¹⁶, a partire dalla evidenza (Comunicazione della Commissione del 7 aprile 2016) dell'incremento del flusso dei migranti che chiedono protezione a cui garantire il soddisfacimento di necessità immediate e l'integrazione nel mercato del lavoro e nella società: «[...] L'esperienza acquisita dimostra che le politiche di integrazione sono più efficaci se sono concepite per instaurare sistemi coerenti, che facilitano la partecipazione e l'emancipazione di tutti in seno alla società – sia dei cittadini dei Paesi terzi che delle collettività in cui si stabiliscono. Ciò significa che l'integrazione dovrebbe andare oltre la partecipazione al mercato del lavoro e la padronanza della lingua del Paese di accoglienza. In effetti, l'integrazione è più efficace quando è ancorata ai valori che informano la vita nelle società europee caratterizzate dalla diversità [...] Comprendere questi valori fondamentali e aderirvi è un elemento essenziale per vivere nella società di accoglienza e prendervi parte [...] Poter contribuire alla vita politica, culturale e sociale – e contribuirvi attivamente – è per lo meno tanto importante quanto creare un senso di appartenenza e un sentimento di integrazione completa nella società ospitante e dare vita a società prospere a livello socio-economico»¹⁷.

12. Bruxelles, COM, 2015, 240 final.

13. *Common Basic Principles for Immigrant Integration Policy in the European Union*, Consiglio dell'Unione europea, Documento del Consiglio Giustizia e Affari Interni n. 14615/04 del 19 novembre 2004, p. 20.

14. Tampere 1999-2004, L'Aja 2004-2009, Stoccolma 2009-2014.

15. CE, *Agenda comune per l'integrazione. Quadro per l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi dell'Unione europea* (settembre 2005 e aggiornamento luglio 2011).

16. Bruxelles, COM, 2016, 377 final.

17. Piano d'azione, 2016, p. 5.

3. Le retoriche e le politiche pubbliche sull'integrazione in Italia. Quale declinazione della *civic integration*?

Se si guarda al contesto italiano, l'integrazione dei cittadini stranieri viene tematizzata nel terzo *Documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato*, pubblicato nel 2005 e relativo al triennio 2004-2006¹⁸, come processo "bidirezionale", in cui vi è un adeguamento alle regole e il riconoscimento dei valori della società italiana a fronte di un accesso a beni e servizi che garantiscano una dignitosa qualità della vita; elementi che emergono anche nella definizione *ex lege* che ci restituisce l'art. 4 *bis*, co. 1, del TU 286/98: «[l'integrazione è] quel processo finalizzato a promuovere la convivenza dei cittadini italiani e di quelli stranieri, nel rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione italiana, con il reciproco impegno a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società».

Già a partire da questa definizione è possibile scorgere nel discorso pubblico sulle migrazioni una visione asimmetrica ed irriducibile dei rapporti tra cittadini nativi e non nativi, rinforzata da una responsabilità individuale, dei singoli, nell'agire il processo di integrazione. Discorso pubblico che assume toni paternalistici e/o più marcatamente securitari a seconda dei contesti politico-istituzionali che si sono succeduti, ma che si mantiene sottotraccia, e piuttosto monocorde, fino ai giorni d'oggi.

Il Testo Unico, infatti, ci restituisce una definizione di integrazione in cui scompare la reciprocità dei diritti garantita dalla sovranità statale, su cui è incentrato invece il dibattito europeo sull'integrazione, e il processo, piuttosto che negoziale, appare unidirezionale, dal cittadino straniero verso lo Stato, inchiodato all'interno di una visione statica di appartenenza culturale e di identità.

Il cosiddetto Pacchetto sicurezza (l. 94/2009), dal quale viene introdotta la categoria di "integrazione" nel TU 286/98, costituisce un passaggio paradigmatico dal principio personalista, secondo il quale i diritti fondamentali sono riconosciuti alla persona in quanto tale, senza distinzioni, e in quanto tali sono inalienabili, a quello formalista, in base al quale si riconoscono diritti allo straniero «a disposizione del legislatore e variabili nel tempo, in quanto considerati una conseguenza del rapporto derivato e temporaneo con lo Stato italiano, sulla base dell'emissione e del mantenimento di un titolo di soggiorno regolare»¹⁹.

Il principale dispositivo normativo che sostiene il processo di integrazione è l'Accordo di integrazione (di cui all'art. 4 *bis*, co. 2, del TU), secondo cui,

18. Prevista dal d.lgs. 286/1998 *Testo Unico sull'immigrazione*. Il terzo documento, pubblicato nel 2005 e relativo al triennio 2004-2006, è l'ultimo a essere stato emanato, nonostante l'articolo della norma che ne prevede la stesura non sia stato abrogato.

19. Bova R., *La Carta dei valori dell'integrazione e della cittadinanza quale esempio di policy per gli stranieri in Italia*, «Studi emigrazione», 187, 2012, p. 417.

in un patto sottoscritto, ma non negoziato, il cittadino straniero, che ha fatto ingresso nel Paese dopo il 10 marzo 2012 con la richiesta di un permesso di soggiorno di almeno un anno, deve certificare il proprio *status* di cittadino meritevole, sottoponendosi alla prova di verifica delle acquisizioni linguistiche e civiche ed alla più generale valutazione sommativa – attraverso procedure di crediti e debiti – di condotte sociali. Gli obiettivi di integrazione da conseguire sono regolamentati successivamente dal d.p.r. 179/2011 e classificabili in quattro categorie, che fanno riferimento a: la lingua italiana (lett. a), i principi fondamentali della Costituzione italiana, dell'organizzazione e del funzionamento delle istituzioni pubbliche (lett. b), la vita civile in Italia con particolare riferimento ai settori della sanità, della scuola, dei servizi sociali, del lavoro e degli obblighi fiscali (lett. c), garantire l'adempimento dell'obbligo di istruzione da parte dei figli minori (lett. d). Al cittadino straniero si chiede, altresì (co. 5), di aderire alla *Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*, nata nel 2007 con l'obiettivo di riassumere e rendere espliciti i principi fondamentali dell'ordinamento italiano che regolano la vita collettiva dei cittadini e dei non cittadini²⁰. Essa non acquista immediatamente forza giuridica, assumendo il valore di Direttiva generale per l'Amministrazione dell'Interno, ma sancisce comunque l'affermazione di un'idea di integrazione incentrata sulla *cultura* e sui *valori* quali punti di riferimento nelle relazioni tra “autoctoni” e “nuovi arrivati”, come confermato anche dal richiamo esplicito alla cultura greco-romana e alle tradizioni cristiana ed ebraica²¹. Si tratta di un testo che, enucleando i principi su cui si fonda il patto sociale, su cui istruire l'intera comunità non italiana, propone, in realtà, il tentativo di assimilare quelle che percepisce come diversità più evidenti e conflittive a un sistema valoriale che investe la vita dei cittadini tanto nella sfera personale, quanto in quella pubblica, con la finalità di una loro integrazione culturale di stampo neo-funzionalista. L'adesione ai valori, da una parte, e un grado minimo di comunanza culturale, dall'altra, testerebbero – *muslim test* – la fondatezza del dispositivo identitario nazionale come “comunità di valori”, portando alla a-problematizzazione sia di un'identità musulmana, percepita e rappresentata come monolitica, sia di un'identità nazionale italiana, presuntamente omogenea²².

20. Elaborato da una Commissione di esperti accademici nominati dal Ministero dell'interno dopo aver consultato le principali comunità di immigrati e associazioni religiose.

21. Il richiamo alle “radici” ebraico-cristiane dell'Italia in un documento quale la Carta è senza dubbio uno degli aspetti più critici del documento, in quanto tale richiamo, tra le altre cose, mette in discussione la laicità dello stato italiano. Si veda, Zorzella N., *L'accordo di integrazione: ultimo colpo di coda di un governo cattivo?*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2011, pp. 59-71.

22. Si vedano, sul tema: Colaianni N., *Una carta post-costituzionale (A proposito di una recente iniziativa in tema di “integrazione”)*, «Questione giustizia», 2007; Colaianni N., *Alla ricerca di una politica del diritto sui rapporti con l'Islam. Carta dei valori e*

Il passaggio a una visione marcatamente culturalista dell'integrazione è sancito in maniera ancora più compiuta circa un anno dopo l'introduzione dell'Accordo, nel 2010, con la pubblicazione del *Piano per l'integrazione nella sicurezza Identità e Incontro*, il documento che riassume la strategia del Governo in materia di immigrazione²³. All'interno del Piano l'Italia è rappresentata come una comunità culturale compatta e unitaria, intessuta di valori condivisi che i nuovi arrivati sono tenuti a riconoscere, mentre le interazioni tra cittadini e non cittadini sono descritte come conflittuali, stante l'incapacità da parte dei secondi di inserirsi nel tessuto sociale della comunità ospitante²⁴. Con il *Piano* del 2010, lo Stato italiano, uniformandosi al processo già avviato in Europa almeno un ventennio prima, mette a tema la questione del modello di integrazione imperniandolo sulla necessità di coniugare i binomi lavoro/cittadinanza e diritti/doveri, sia dal punto di vista teorico-programmatico, sia attuativo. L'educazione e l'apprendimento – dalla lingua ai valori –, il lavoro – sul mercato esterno e interno –, l'alloggio e il governo del territorio, l'accesso ai servizi essenziali e l'attenzione ai minori e alle seconde generazioni sono i cinque assi strategici per la realizzazione di politiche che favoriscano efficaci percorsi di integrazione.

Le competenze linguistico-comunicative e le conoscenze civiche sono, dunque, considerate saperi essenziali all'integrabilità dei cittadini di origine non comunitaria²⁵; ma, tuttavia, non sufficienti. Occorre, infatti, come richiama l'Accordo di integrazione, che il cittadino sia considerato meritevole anche per le condotte sociali, di cui si assumerà l'onere della prova e che verranno valutate nel complesso attraverso un sistema algebrico di attribuzione e decurtazione di crediti/punti, secondo i quali verrà superata la soglia minima necessaria (30 punti) oppure si incorrerà in sanzioni, con conseguenze anche molto gravi sulla possibilità di permanenza nel Paese.

I dati che l'Anagrafe dei sottoscrittori, incardinata presso il Ministero dell'interno, ci restituisce – si tratta di circa 340mila cittadini stranieri interes-

Dichiarazione di intenti, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», www.statoechiese.it; Cardia C., *Carta dei valori e multiculturalità alla prova della Costituzione*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», www.statoechiese.it, 2008; Bova R., *La Carta dei valori...*, *op. cit.*; Denaro R., «La Costituzione spiegata ai migranti: un *Muslim test* tra le righe della Carta dei valori», in Carbone V., Russo Spena M. (a cura di), *Il dovere di integrarsi*, *op. cit.*, pp. 271-284.

23. Il Piano, promosso dai Ministeri del lavoro e delle politiche sociali, dell'interno e dell'istruzione, è stato approvato dal Consiglio dei Ministri nel giugno del 2010.

24. Gargiulo E., *Discorsi che dividono...*, *op. cit.*; Gargiulo E., *Dall'inclusione programmata...*, *op. cit.*; Priori A., «Identità a credito: postculturalismo, politiche della sicurezza e *welfare* comunitario nel 'modello italiano di integrazione'», in Carbone V., Russo Spena M. (a cura di), *op. cit.*, pp. 197-224; Carbone V., Russo Spena M. (a cura di), *Il dovere di integrarsi*, *op. cit.*

25. Recentemente il d.l. Salvini 113/2018, convertito in l. 132/2018, introduce nella legge sulla cittadinanza (l. 91/92) l'obbligo di conoscenza della lingua italiana ad un livello non inferiore al B1 del Qcer.

sati dalla misura a metà del 2019²⁶, distribuiti territorialmente nella penisola coerentemente con la significatività delle presenze per provincia: Roma, Milano, Torino, Napoli, Firenze, ecc. – sono poco rilevanti e mostrano, in realtà, un’implementazione piuttosto debole dello strumento, che è stato, a partire dal 2012, «sfumato»²⁷ dal buon senso amministrativo, disvelandone *ab origine* la natura demagogicamente e simbolicamente «cattiva»²⁸, volta a ostentare la capacità di governo delle migrazioni e di rassicurazione degli autoctoni. La produzione di circolari e atti amministrativi che hanno specificato e qualificato via via l’implementazione dell’istituto, ha ridotto, infatti, le categorie di persone – e quindi le tipologie di permessi – soggette all’Accordo e semplificato la dimostrazione e la certificazione degli atti di integrazione²⁹. Se si interpretano i dati relativi agli accordi “chiusi per esenzione” o altre categorie più marginali (“mancato rinnovo”, “rinuncia”, “secondo ingresso”), si tratta del 70% del totale. In tal modo, i cittadini stranieri che dovranno (circa il 22%) o hanno già dimostrato di possedere i requisiti di “integrabilità” risultano poco più di 100mila (oltre il 6%). Tra la platea di coloro che hanno già intrapreso il percorso, gli accordi “adempiti” sono meno del 2% (oltre 5.500), a cui si sommano quelli “adempiti parzialmente” (il 3%) ed i “prorogati per verifica” (l’1,5%).

L’“edulcorazione” dell’istituto, attraverso principalmente la semplificazione burocratica, ha evidenziato la sostanziale inefficacia dello strumento, poiché le politiche integrazioniste si realizzano con l’impiego di altri dispositivi di governo, controllo, selezione.

26. Si consideri che 5 anni prima (dicembre 2014) i numeri delle persone interessate ammontavano a 188.724 unità.

27. Carbone V., Russo Spina M., “L’Accordo di integrazione: un «patto» che va sfumando”, in *Osservatorio Romano sulle Migrazioni, XI Rapporto*, Idos, Roma, 2016, pp. 89-98.

28. Zorzella N., “Il dovere di integrarsi secondo la legge”, in Carbone V., Russo Spina M., *Il dovere di integrarsi, op. cit.*, pp. 121-144.

29. Alcune categorie sono esentate *ab origine*: i minori di età inferiore a 16 anni (art. 1, co. 2), gli stranieri affetti da patologie o disabilità tali da limitare gravemente l’autosufficienza o che determinino gravi difficoltà di apprendimento linguistico (art. 2, co. 8); i minori stranieri non accompagnati affidati *ex art. 2 legge 183/84* o sottoposti a tutela (lett. a) e le vittime di tratta di persone, di violenza o grave sfruttamento (lett. b). Il 10 febbraio 2014 è stata, inoltre, emanata dal Ministero dell’interno la circolare avente per oggetto le indicazioni operative per la verifica dell’Accordo, nella quale si comunicava che non si sarebbe proceduto alla verifica degli adempimenti per i titolari di un permesso di soggiorno per motivi familiari o nei confronti dei quali fosse stato rilasciato un nulla osta per ricongiungimento familiare, in quanto ad essi non può essere applicata la sanzione della revoca del permesso di soggiorno. Inoltre, ai sensi dell’Accordo quadro Miur-Ministero dell’interno, firmato il 7 agosto 2012, sono esonerati dallo svolgimento del *test* per l’accertamento della conoscenza della lingua italiana e della cultura civica e della vita civile in Italia i possessori di qualificazioni (diplomi, certificati, attestati) rilasciate da istituzioni scolastiche e formative e, a partire dall’anno scolastico 2014/2015, nel sistema di istruzione degli adulti e di certificati linguistici rilasciati dagli Enti di Certificazione.

I provvedimenti legislativi in materia di integrazione che sono seguiti negli anni (éra Minniti, 2017), nell'apparente edulcorazione degli elementi discorsivi di stampo securitario e culturalista e in una scena internazionale dominata dalla recrudescenza di movimenti nazionalisti e xenofobi e dallo sgretolamento del campo europeo sulla gestione condivisa delle politiche migratorie, puntano sul controllo e disciplinamento di corpi "pericolosi" e "indesiderabili"³⁰.

È evidente come negli ultimi decenni l'Italia abbia assistito ad un fenomeno di graduale "profughizzazione" dei flussi migratori, per effetto del proliferare di conflitti geopolitici e della continuità di misure sempre più stringenti di regolazione della mobilità transnazionale per lavoro. I dispositivi di controllo propri delle politiche di inclusione, che prima insistevano in modo specifico sui cittadini stranieri "economici" regolarmente soggiornanti (in ingresso, per la conferma/rinnovo del titolo di soggiorno, per l'acquisto della cittadinanza) vengono estesi anche alle tipologie di migrazione "forzata": coloro che richiedono asilo, che beneficiano di accoglienza e che sono in possesso di uno *status* di protezione. Il *Piano nazionale d'integrazione dei titolari di protezione internazionale*³¹ insiste, ancora una volta, su tre assi: il diritto/dovere di acquisizione della lingua italiana, il lavoro, come fattore fondamentale di inclusione nella comunità nazionale, l'integrazione culturale, nel rispetto dei valori costituzionali.

Il Ministro dell'interno si fa promotore, nello stesso periodo, del *Patto nazionale per un Islam italiano*³² (2017), espressione di una comunità aperta, integrata e aderente ai principi e ai valori dell'ordinamento statale, che, attraverso il richiamo alla laicità dello Stato, si pone come obiettivo prioritario quello di regolare, in modo negoziale, le "aree di crisi" tra l'Islam e la Repubblica: contrasto dei fenomeni di radicalismo religioso – che minaccia la collettività; organizzazione giuridica dell'associazionismo islamico; formazione degli *imam* anche come mediatori per l'attuazione di principi civili di convivenza – con la garanzia della traduzione in italiano della predica del venerdì; *standard* decorosi e rispetto delle regole sulla sicurezza e sull'edilizia per i luoghi di preghiera e di culto; trasparenza nella gestione e documentazione dei finanziamenti.

Il baricentro dei regimi discorsivi si è lievemente spostato dall'approccio marcatamente culturalista, perché edulcorato nel perimetro dei principi costituzionali e nel campo giuridico della garanzia della sicurezza per tutti i cittadini. Tuttavia, nonostante il riferimento costante al TU 286/98 e alla Costituzione, assistiamo ad una completa sterilizzazione dell'asimmetria che

30. Per approfondimenti sulle politiche migratorie di integrazione promosse da Minniti si rimanda a Gargiulo E., *Una filosofia della sicurezza e dell'ordine. Il governo dell'immigrazione secondo Marco Minniti*, «Meridiana», 91, 2018, pp. 151-173.

31. Ministero dell'interno, 8 settembre 2017, in adempimento al d.lgs. 18/2014.

32. Ministero dell'interno, *Patto nazionale per un Islam italiano*, febbraio 2017.

caratterizza le relazioni tra autoctoni e stranieri e dell'accesso diseguale alle risorse, così come a una dissimulazione dei processi di gerarchizzazione della cittadinanza. La l. 48/2017 *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città* dà conto, in modo plastico, del confine in cui collocare i soggetti sociali "indesiderabili": migranti che non si adeguano, insieme a poveri, accattoni, rovistatori, contestatori, sono l'ossessione pressante di una produzione normativa afflittiva e sanzionatoria e di regimi discorsivi colpevolizzanti della condizione di bisogno, incuria, emarginazione.

Con il passaggio di consegne tra Minniti e Salvini, lo scenario delle politiche migratorie non sembra mutare radicalmente. Alla sostanziale continuità dei dispositivi di confinamento (sulle frontiere esterne e su quelle interne) si accompagna, tuttavia, un inasprimento del linguaggio e delle visioni razzializzanti, che hanno come oggetto coloro che "osano" tentare l'ingresso nel nostro territorio. Se il controllo dei confini fisici è senza dubbio l'aspetto più tragico delle politiche migratorie dell'era Salvini, altre questioni, meno visibili ma non per questo meno rilevanti, meritano un'attenzione particolare. Le misure pensate per l'integrazione dei non cittadini e le visioni che le circondano e le giustificano costituiscono, infatti, una questione altrettanto insidiosa. Queste misure e queste visioni, in sintesi, costringono i migranti che sono riusciti nella difficile impresa di ottenere un permesso di soggiorno ad affrontare un vero e proprio percorso a ostacoli, e finiscono per costruire confini di *status*, altrettanto efficaci delle barriere fisiche nel dare forma a un'inclusione di tipo differenziale. Il d.l. 113/2018 (convertito in l. 132/2018) valorizza, da un lato, la dimensione di emergenzialità e contenimento, e, dall'altro, prosegue l'opera di riduzione dei diritti sociali e della cittadinanza³³.

La produzione normativa finalizzata a costruire condotte sociali regolate e disciplinate rientra in un quadro interpretativo orientato, sul piano delle politiche, al governo selettivo della mobilità umana e, a livello delle retoriche, alla salvaguardia dell'identità nazionale. L'integrazione sociale è, in questa chiave, processo di adattamento, riduzione del dissenso e del conflitto, costruzione di soggettività produttive e, al tempo stesso, docili e passivizzate.

33. Per approfondimenti sulle novità introdotte dal Decreto Salvini e, più in generale, sui discorsi e sulle politiche promosse dall'ex Ministro dell'interno si rimanda a Gargiulo E., *Governare l'immigrazione precarizzando le appartenenze: criminalizzazione degli immigrati e stratificazione civica nel "Decreto Salvini"*, «Newsletter dell'Osservatorio sulla città globale dell'Istituto di studi politici S. Pio V», 4, 2019, pp. 15-18 (<https://oscit.istitutospioiv.it/2019/10/04/newsletter-ottobre-2019>); Gargiulo E., *Riconoscere o «schedare»? L'identificazione delle persone tra esigenze amministrative, iniziative securitarie e pulsioni razziste*, «Ragion pratica», 2, 2018, pp. 507-530.

4. Le leve dell'italianità: impegno civico, adesione culturale, attivazione morale

Negli ultimi decenni tutti i modelli d'incorporazione europei hanno registrato uno slittamento nell'orientamento maggiormente contenitivo e selettivo dei flussi – dall'emigrazione subita a quella scelta – con un blocco pressoché assoluto delle provenienze e con una rinnovata enfasi assimilazionista delle componenti stanziali. La significativa torsione autoritaria è stata declinata sia in termini di controllo dei gruppi – comunitarizzazione e informalizzazione – sia di attivazione di comportamenti meritevoli e responsabili dei soggetti interpellati singolarmente.

Il tema messo in campo dalla diffusione e dall'implementazione della *civic integration* è quello della prova di integrabilità individuale, dell'ostensione della fedeltà verso la comunità politica e della promozione di comportamenti “devozionali” e “meritevoli” nei confronti del contesto ospite, con l'enfasi sulle comunità territoriali di prossimità, intese come spazio informale di negoziazione e di pratiche stratificate di cittadinanza nella vita quotidiana³⁴.

La diffusione in Italia delle misure di integrazione civica non si limita, infatti, all'Accordo di integrazione e alla sua attuazione – piuttosto ridotta – ma si estende ad altre politiche e ad altre categorie di non cittadini, esentate (*ab origine* e negli anni) dalla firma del contratto.

L'apprendimento linguistico e delle norme del contesto nazionale, pur necessario e fortemente enfatizzato, non è sufficiente a dimostrare il raggiungimento degli obiettivi di integrazione. Con il passaggio dall'inclusione dei migranti “economici” a quella dei migranti “forzati”, la disponibilità all'attivazione in ambito lavorativo, intesa anche come campo di adesione ai valori ed alle norme sociali della comunità, sembra rivestire un interesse particolare per le istituzioni italiane.

Negli anni del Ministro Minniti, con riferimento, in particolare, al richiedente e titolare di protezione internazionale, la l. 46/2017 e il *Piano nazionale d'integrazione dei titolari di protezione internazionale* (2017) hanno introdotto la figura del migrante “civilmente impegnato”, enfatizzando alcuni degli elementi già presenti nel sistema computazionale dell'*Accordo di integrazione*, che, rivolgendosi ad altre tipologie di cittadini, prevedeva l'attribuzione di crediti in ragione della partecipazione ad attività solidali di utilità sociale. Il *Piano* Minniti prevede, infatti, citando testualmente, che «attraverso il volontariato i titolari possono rafforzare il proprio senso di “appartenenza” all'Italia, contribuendo in maniera attiva al benessere collettivo della società ospitante

34. Su questi aspetti si rimanda a “Management delle migrazioni, regimi discorsivi culturalisti e politiche di *workfare*”, in Carbone V., Russo Spina M., Gargiulo E., *I confini dell'inclusione...*, *op. cit.*, pp. 85-132.

mettendo a disposizione il proprio tempo, le proprie competenze e il proprio “saper fare”»³⁵.

L’esperienza di volontariato, situata all’interno di un’attività elettiva, gratuita e disinteressata, nell’ambito dei servizi di utilità sociale, spesso esternalizzati, realizzati da soggetti del cosiddetto Terzo settore, appare coerente con l’estensione del modello di *workfare* – attivazione responsabile – che coinvolge ogni ambito delle politiche sociali e del lavoro. La “prestazione civica” alla quale si fa riferimento, anche nella l. 46/2017, non è immediatamente lavoro per il mercato, ma attività volontaria e solidale, quindi formalmente libera, spontanea e orientata al bene comune. Tuttavia, nei testi governativi appena richiamati, si evidenziano le dimensioni di produzione di beni e servizi destinati alla collettività come contropartita dell’accoglienza: i soggetti “ospiti”, da un lato, devono sentirsi obbligati al “debito di riconoscenza” verso la comunità che li accoglie, dall’altro, devono sentirsi vincolati all’idea che quell’accoglienza non è un diritto connesso al riconoscimento di uno *status* giuridico, piuttosto, va meritata.

L’attività volontaria costituisce il campo privilegiato di esercizio della cittadinanza civile e viene rappresentata, secondo un rinnovato spirito comunitarista, come spazio d’interazione orizzontale, di partecipazione democratica, settore che produce beni e servizi per il benessere della comunità, un “bene relazionale” che rinsalda il legame sociale e accresce il capitale sociale di chi lo esercita. Di più, reso visibile (per esempio nell’attività di *retake* urbano), viene riconosciuto dalla comunità, restituendo prestigio e “reputazione”³⁶.

Il ricorso ad attività di utilità sociale non remunerate allude alla dissoluzione, certo non lineare, della tradizionale società salariale fordista, nella quale l’inserimento al lavoro per il mercato costituiva un fattore centrale per l’accesso alle risorse, ai diritti: il lavoro non sembra più rappresentare un fattore di emancipazione e un veicolo di integrazione e cittadinanza. Se l’inclusione lavorativa non basta per tutti, all’attività volontaria viene riservata la sfera dei valori espressivi e integrativi: un’area caratterizzata dall’orientamento altruistico delle relazioni incardinate sulla dimensione etica e sul coinvolgimento personale³⁷.

È su questo punto che diventa rilevante l’utilizzo della categoria di *civiness*, nell’esercizio di un senso di responsabilità, quasi morale, del singolo verso la collettività e il bene comune, in un orizzonte culturale compatibile

35. Piano nazionale d’integrazione dei titolari di protezione internazionale, p. 22.

36. Il d.l. 113/2018, convertito in l. 132/2018 introduce nel TU all’art. 42 *bis* il permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile. In tali casi, il questore rilascia un permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile della durata di due anni, rinnovabile, che consente l’accesso allo studio nonché di svolgere attività lavorativa e può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo o subordinato.

37. Cesareo V., *La società flessibile*, FrancoAngeli, Milano, 1985.

con le norme sociali formali ed informali e con l'assetto societario ed istituzionale³⁸. Questo approccio appare come una forma di estensione delle logiche di *workfare* alle attività informali, non di mercato, nelle quali la responsabilità individuale, l'attivazione, la resilienza sono investiti di un significato simbolico interpretabile come prova tangibile della disponibilità soggettiva all'integrazione fiduciaria e all'appartenenza comunitaria.

La pratica del *retake* urbano, con il suo corredo di armamentario, di cornice spaziale, di posture, come manifestazione di comportamento civico e di cura del bene comune, è sicuramente meno riprovato socialmente dell'accattonaggio persecutorio, oggetto ossessivo del secondo provvedimento legislativo dei Ministri Minniti-Orlando, la l. 48/2017 sulla sicurezza urbana. Due ordini di significazione riguardano lo spazio pubblico e le immagini che vengono prodotte e agite nel corso dell'interazione "noi/loro": da un lato, occupare lo spazio mostrandosi proattivi, non obbligati in quanto grati (perché accolti e ospitati), e responsabili, perché orientati al bene comune; dall'altro, questa pratica interviene nello spazio pubblico liberandolo dalle forme, insopportabili alla coscienza, d'insistente richiesta di aiuto monetario, che si esercitano attraverso una miseria ed una inferiorizzazione ostentata.

Le condotte meritorie, il lavoro gratuito e le attività solidali verso la comunità locale costituirebbero – insieme all'apprendimento della lingua e della cultura civica – una dimostrazione concreta dell'interesse e dell'impegno civile e un "primo atto di cittadinanza locale e comunitaria" di una "carriera migratoria", volta a conseguire l'integrazione nel contesto locale.

La continuità tra centrodestra e centrosinistra nella centralità attribuita alla *civic-ness* e al lavoro gratuito emerge in tutta la sua evidenza a seguito dell'emanazione del primo Decreto Salvini. La reazione delle forze "progressiste" è rappresentata dai suoi animatori come opposta al salvinismo.

Nella Bergamo amministrata dal centro-sinistra, all'attacco ai diritti portato avanti dal Ministro leghista è contrapposto un "esperimento" di inclusione delle persone straniere che vede la collaborazione delle istituzioni politiche locali (il comune), del Terzo settore (Caritas e la cooperativa Ruash) e dell'imprenditoria (Confindustria). Il sindaco della città lombarda, Giorgio Gori – un passato da giornalista, produttore di programmi di intrattenimento e comunicatore per Matteo Renzi –, ha promosso, di concerto con gli attori del privato, *for profit* e *no profit*, un progetto denominato *Accademia dell'integrazione*³⁹, riservato ai richiedenti asilo⁴⁰.

38. Putnam R.D., *Capitale sociale e individualismo. Crisi e rinascita della cultura civica in America*, il Mulino, Bologna, 2000.

39. www.santalessandro.org/2018/11/accademia-integrazione-bergamo.

40. Per approfondimenti sull'Accademia dell'integrazione di Bergamo si rimanda a Gargiulo E., *Il sogno dell'integrazione genera mostri*, «Lavoro culturale» (www.lavoroculturale.org/il-sogno-dellintegrazione-genera-mostri-distopie-democratiche-come-alternative-al-salvinismo).

La proposta è stata ripresa da diversi quotidiani, con toni spesso entusiastici⁴¹, mentre il programma televisivo *Le Iene* l'ha raccontata in maniera dettagliata, lanciando una petizione su *Change.org* per sostenere un emendamento al Decreto Salvini presentato, in quegli stessi giorni, dall'Associazione nazionale comuni italiani⁴². L'Anci, nello specifico, riprendendo un'idea del comune di Bergamo – introdurre un permesso di soggiorno di tipo “premiabile” destinato a chi ha un certificato A2 di italiano, ha effettuato almeno cento ore di volontariato e sta svolgendo un tirocinio o sta lavorando – ha provato, senza successo, a emendare il Decreto sicurezza inserendo questo nuovo *status* giuridico. Esponenti del mondo accademico, peraltro, hanno fornito il proprio sostegno all'emendamento⁴³.

L'Accademia si presenta come un “progetto sperimentale di accoglienza attiva”, basato sull'adesione volontaria e su una rigida selezione all'ingresso: chi vuole essere incluso nel programma deve affrontare con successo tre colloqui e, poi, passare due settimane in prova. Le persone che superano la fase preliminare trascorrono nella struttura dedicata – l'ex casa di riposo Carisma di Bergamo – nove mesi: i primi sei dedicati all'insegnamento della lingua italiana, con l'obiettivo di conseguire il livello A2 – e i rimanenti tre alla formazione professionale. Terminata questa fase, i partecipanti possono usufruire di un tirocinio e, eventualmente, ottenere un contratto di lavoro.

Durante la loro permanenza nella struttura, gli “allievi” – tutti maschi – sono sottoposti a una disciplina piuttosto rigida. Ritualità e abitudini di stampo militare sono parte integrante della routine quotidiana e della “formazione” umana e lavorativa, come confermato da un operatore che ha collaborato al progetto⁴⁴. La sveglia è alle 6.30, sei giorni su sette, ed è seguita da una specie di adunata nel corridoio, con tanto di gestualità di tipo marziale. Tutti i partecipanti sono vestiti allo stesso modo: indossano una tuta blu – di fatto una divisa – con sopra scritto “Accademia per l'integrazione. Grazie Bergamo”. Devono tenere letti e spazi comuni in perfetto ordine, pena un richiamo da cui possono derivare vere e proprie punizioni: ad esempio, rimanere nella struttura anche durante il fine settimana. La lingua di comunicazione è obbligatoriamente l'italiano: il suo mancato uso è a sua volta oggetto di sanzioni. Il canto collettivo è considerato uno strumento centrale di integrazione: tra le attività quotidiane figura l'esecuzione dell'inno nazionale. I cellulari sono “concessi”

41. Ad esempio, «il Post», www.ilpost.it/2018/10/29/bergamo-accademia-per-integrazione, e «Il Sole 24 ore», www.ilsole24ore.com/art/inno-mameli-e-sveglia-sei-modello-bergamo-gli-immigrati-AEJ0tmjG?refresh_ce=1.

42. www.iene.mediaset.it/2018/news/migranti-petizione-trasformiamo-immigrazione-ricchezza-accademia-integrazione-bergamo-giulio-golia_226418.shtml.

43. In particolare, da Ambrosini M.: www.avvenire.it/opinioni/pagine/antidoto-allillegalit.

44. www.tpi.it/migranti/accademia-integrazione-bergamo-20181217218853.

soltanto in determinati orari della giornata: di notte e brevemente durante il pranzo. Il wi-fi, comunque, viene staccato alle 23.

Gli elementi del disciplinamento, del paternalismo e dell'infantilizzazione sono tutti presenti in maniera cristallina nell'“esperimento” bergamasco.

L'Accademia sembra uscita da un manuale distopico – o utopico, dalla prospettiva dei suoi ideatori – di costruzione di soggetti docili, riconoscenti e disponibili al lavoro, anche gratuito. Parte della giornata, infatti, è dedicata proprio a questo tipo di attività, in spazi ben visibili alla cittadinanza. Nei momenti riservati al volontariato, gli “allievi” cambiano divisa e si esibiscono in pubblico, mostrando la loro mansuetudine, la loro gratitudine e la loro utilità sociale.

Il “modello Bergamo”, insomma, non mette in discussione la cornice di significato condivisa rispetto all'integrazione e alle relative politiche. Anzi, la rafforza: all'inizio del servizio, il direttore della Caritas bergamasca, Don Roberto Trussardi, dice serenamente che l'Accademia punta a realizzare «un'accoglienza che non deve fermarsi ad accogliere ma deve diventare integrazione. Accogliere per accogliere non è più il momento». Questo modello, inoltre, non fa che confermare l'ormai indiscussa equazione tra immigrazione e insicurezza e fa ricorso all'argomento – già impiegato dal *Partito democratico*⁴⁵ – del rischio clandestinità connesso alla norma voluta da Salvini. Il sindaco del comune lombardo, nel sostenere che il suo progetto riduce la presenza irregolare in Italia – costituendo quindi una valida alternativa alla clandestinità, e di conseguenza alla criminalità, per quelle persone che non avranno più un permesso per motivi umanitari –, sottolinea, con disappunto, la natura irrealistica delle politiche di espulsione sbandierate dall'attuale Ministro: «nonostante le promesse di rispettarli tutti a casa loro, abbiamo verificato che i rimpatri sono una pratica molto difficile».

L'Accademia, dunque, rientra appieno nella logica della *civic integration* come rilevato da *Cronache di ordinario razzismo*⁴⁶ e da Giuseppe Faso⁴⁷. Il progetto bergamasco, tuttavia, va ben oltre, portando a compimento un percorso politico “bipartisan” articolato in due tappe: i requisiti linguistici e civici, inizialmente, hanno interessato in modo esclusivo i migranti cosiddetti “economici” per poi includere, successivamente, i richiedenti asilo e i titolari di protezione internazionale.

La logica dell'integrazione come dovere, inoltre, non soltanto è stata estesa a nuove categorie ma è stata anche declinata nella richiesta di disponibilità al lavoro gratuito.

45. www.ansa.it/sito/photogallery/primopiano/2018/11/07/pd-con-t-shirt-decreto-salvini-piu-clandestini-_c9b80b61-53f4-4fe9-bccf-22b9d34825ed.html.

46. www.cronachediordinariorazzismo.org/accademia-dellintegrazione-ovvero-linclusione-dei-soli-meritevoli.

47. <https://left.it/left-n-50-14-dicembre-2018>.

5. Conclusioni

Negli ultimi anni, ha preso forma una sorta di polarizzazione tra posizioni alternative che vede contrapporsi, da un lato, i difensori di norme esplicitamente regressive e discriminatorie e, dall'altro lato, i fautori di un'integrazione virtuosa ed effettiva. Si tratta però di un contrasto apparente: le parti in campo, in realtà, non sono così distanti tra loro.

Con l'Accademia, si è in un certo senso chiuso un cerchio. Il “buon” immigrato, adesso, è colui che, seppur “forzato” e non “economico”, accetta di lavorare o, meglio, di imparare gratuitamente a farlo, essendo considerato incapace o privo di volontà in tal senso. A cambiare, di conseguenza, è una certa rappresentazione condivisa dei non cittadini: l'ombra del sospetto è calata anche sui richiedenti asilo e sui titolari di protezione internazionale, i quali hanno assunto le sembianze di soggetti che ricevono più di quanto meritino.

La distinzione tra migranti “economici” e migranti “forzati”, anziché essere superata – a causa della sua inconsistenza empirica e della sua criticità etico-politica –, viene paradossalmente annullata, inglobando tutti i non cittadini in un'unica categoria generale: chi ne fa parte è tenuto continuamente a dimostrare la propria meritevolezza. La petizione promossa da *Le Iene*, del resto, è denominata “Immigrazione: diamo una possibilità a chi se la merita”.

Per effetto di questa falsa contrapposizione, lo spazio per proposte alternative e, soprattutto, per la critica radicale al concetto di integrazione e alle politiche migratorie che, negli ultimi vent'anni, sono state portate avanti da Governi tanto di centro-destra quanto di centro-sinistra sembra essersi chiuso, almeno al livello dei media *mainstream* e del dibattito politico. Immaginare il rapporto tra persone italiane e straniere al di fuori di una visione che considera gli individui del tutto guidati dalle loro appartenenze culturali e che rappresenta queste appartenenze come rigide, immutabili e chiaramente ordinate in maniera gerarchica – alcune “identità culturali” sono superiori mentre altre sono inferiori – sembra essere quantomai difficile. In altre parole, guardare alle relazioni tra persone di diversa provenienza in termini materiali e non soltanto culturali, considerando quindi il ruolo giocato dalle disuguaglianze economiche, dalle asimmetrie di potere, dal mancato accesso ai servizi, dalla segregazione occupazionale (ecc.) nel determinare o meno la cosiddetta “inclusione”, appare quasi eretico nel dibattito pubblico odierno. Eppure, è proprio da questo diverso sguardo, che, a nostro avviso, bisognerebbe ripartire per (ri)pensare le politiche migratorie e per costruire scenari sociali e politici radicalmente diversi rispetto agli attuali.

Lavoro, welfare e immigrazione: reddito universale di residenza vs limitazioni all'accesso alla miseria del presente

di *Dario Belluccio**

A Luca Santini

Sommario: 1. Premessa. – 2. Limiti alla mobilità territoriale ed a quella sociale. – 3. Lavoro, welfare state, immigrazione e debito. – 4. Il legame tra regolarità del soggiorno e lavoro: una catena. – 5. Postfordismo, individualizzazione dei rapporti di lavoro ed immigrazione: il legislatore “distratto”. – 6. Welfare state, Costituzione e lavoro alla fine del compromesso keynesiano. – 7. Una differente prospettiva: valorizzare il principio personalista della Costituzione. – 8. Conclusioni: un nuovo welfare di inclusione accessibile a tutte/i.

1. Premessa

L'intenso dibattito sull'accesso delle persone straniere al sistema di sicurezza sociale in Italia può guardare ai meccanismi legali attraverso i quali si rendono disponibili ai non cittadini (e, in specie, ai cittadini extracomunitari) le risorse pubbliche attualmente disponibili per i cittadini.

Nel fare questo la questione relativa al valore della cittadinanza formale nella allocazione delle (poche) risorse rese disponibili è certamente fondamentale. La questione non è ulteriormente approfondita in questa sede, consapevole che i contributi offerti siano assolutamente soddisfacenti ad orientare l'interprete e lo studioso¹. V'è, inoltre, che i migranti si trovano a fare i conti

* L'Autore è avvocato, socio Asgi e consulente in particolare nelle materie del diritto del lavoro e delle relazioni industriali, del diritto dell'immigrazione, del diritto di famiglia e dei minori.

1. Anche per rinvio alla bibliografia ivi contenuta si vedano: la ricostruzione del dibattito intorno al principio di uguaglianza ed alla cittadinanza in McBritton M., *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Cacucci, 2017, in particolare il capitolo II; Corsi C., *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, «Federalismi.it - Focus Human Rights», 3, 2014, 24.10.2004; Chiaromonte W., *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Giappichelli, 2013; Biondi Dal Monte F., *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, Giappichelli, 2013.

anche con l'effettiva possibilità di accesso alla prestazioni ed ai servizi sociali in base a quello che sia il soggetto effettivamente erogatore (e talvolta anche istitutore) della prestazione e, dunque, anche alla complessa architettura costituzionale che vede nella competenza regionale (quando non di altri enti locali) una parte fondamentale della regolazione del *welfare state* in Italia (basti pensare alla sanità ed alla formazione, anche professionale). Anche tali aspetti sono stati esaminati con pregio notevole²; egualmente significativi sono anche i contributi che hanno guardato immediatamente alla tutela dello straniero dalle discriminazioni (istituzionali o meno), tanto da essersi sviluppato in Italia un contenzioso davvero significativo in questa materia³.

Altro aspetto a nostro avviso significativo si ritrova nella situazione di sostanziale disuguaglianza derivante dalla condizione giuridica dello straniero determinata dalla legislazione nazionale in materia di rilascio e/o rinnovo del titolo di soggiorno: ci sembra, infatti, che l'imputazione dei diritti sociali dello straniero sia, più che per l'Italiano, eccessivamente legata alla condizione di lavoro, da un lato; e che l'interesse principale che muove il cittadino non UE, specialmente in una società ed in un periodo storico come l'attuale, non è quello di accedere alle risorse disponibili in condizioni di sostanziale uguaglianza, bensì quella, preliminare, di garantirsi un titolo di soggiorno che gli consenta di continuare il progetto migratorio. Tale questione, presumibilmente, comporta una differente propensione alla partecipazione sociale e politica dei cittadini stranieri a quello che è stato e dovrebbe essere il principale luogo di mediazione dei conflitti sociali, ovvero il *welfare state* e, conseguentemente, al suo sviluppo.

In questo senso i dispositivi giuridici che consentono la permanenza di una persona in un dato territorio si configurano come fattori preliminari alla realizzazione dell'uguaglianza sostanziale e, spesse volte, la sovrastano e la rendono sacrificabile purché sia possibile reiterare lo *status* di regolarità del soggiorno.

2. Tra gli altri, Patroni Griffi A., "I diritti sociali dello straniero tra Costituzione e politiche regionali", in Chieffi L. (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, pp. 350-351, Cedam, 1999; Ronchetti L., *La cittadinanza sostanziale tra Costituzione e residenza: immigrati nelle regioni*, «Costituzionalismo.it», 2, 2012; Chiaromonte W., *Welfare locale ed immigrazione. Il contenzioso sulla legislazione regionale in materia di integrazioni degli stranieri*, «Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali», 132, 4, 2011, pp. 657-692; Corsi C., *Immigrazione e ruolo degli enti territoriali*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2005. In ordine alla riconfigurazione multilivello dei diritti sociali e dei sistemi di *welfare state*, Ferrera M., *Dal welfare state alle welfare regions: la riconfigurazione spaziale della protezione sociale in Europa*, «La Rivista delle politiche sociali», 3, 2008, p. 17-49; Moreno L., Gentile A., *Cittadinanza multilivello, nuovi rischi sociali e welfare regionale*, «Argomenti», 37, 2013, pp. 21-43.

3. Si rinvia alla giurisprudenza segnalata sul sito www.asgi.it, il cui servizio antidiscriminazione va certamente citato per il contributo fornito sia alla effettiva allocazione di risorse in favore degli stranieri in Italia sia al dibattito giuridico.

Può così accadere che la ricerca di un contratto e di un rapporto di lavoro diventi *ex se* il fine, l'oggetto desiderabile prima di ed indipendentemente da altri obiettivi (quale il miglioramento della propria condizione sociale), e perciò sia per tale via capace di limitare la stessa contrattazione salariale e le condizioni di lavoro degli immigrati. In questo senso il lavoro svolge nei confronti delle persone straniere una funzione disciplinare che eleva all'ennesima potenza la disponibilità del singolo all'interesse altrui e lo (auto)confina non garantendo una reale possibilità di mobilità sociale degli individui⁴.

Su questa traccia proviamo a sviluppare il ragionamento che segue.

2. Limiti alla mobilità territoriale ed a quella sociale

Dal punto di vista di un Paese il cui livello di vita sia mediamente molto più alto rispetto al resto del mondo, può essere facile osservare la strumentalità delle politiche dell'immigrazione rispetto alle economie ed alle esigenze dei nativi. Ciò deriva anche dalla stretta connessione tra mobilità territoriale e mobilità sociale, nel senso che la prima è, per quanto non in termini assoluti, legata alla prospettiva di migliorare le proprie condizioni sociali attraverso l'accesso a maggiori opportunità di quante non fossero disponibili nel contesto di provenienza. Da questa prospettiva visuale, una certa dose di compromesso ed una accettazione della differenza di trattamento tra cittadini e migranti è accettata, quale consustanziale alla condizione della persona che migra, nel percorso di ingresso nelle (e adattamento alle) dinamiche socio-economiche del territorio di approdo. Come è stato notato, dal punto di vista della teoria giuridica, la differenza tra cittadini e stranieri è semplice: i cittadini hanno il diritto di vivere in un territorio a fronte degli stranieri, la cui presenza è potenzialmente reversibile. Anche per questo motivo molti ritengono la presenza di stranieri accettabile solo se non si pongono in termini immediatamente competitivi ma, al limite, complementari con le esigenze economiche e con l'allocazione delle risorse disponibili: dunque, è accettabile colmare la carenza di manodopera in determinati settori se ciò è funzionale alla economia nazionale; è accettabile il pagamento di alcune prestazioni contributive o assistenziali in favore degli stranieri se ciò consente il mantenimento dei livelli di vita, ma anche delle differenze sociali, dei nativi e così via. Ne consegue che uno degli obiettivi dichiarati delle politiche di immigrazione, nell'ottica del neoliberalismo, è – se non quello di tenere invariati i differenziali di reddito tra i locali attraverso politiche di *dumping* sociale, quantomeno – quella di

4. I dati sulla collocazione nel mercato del lavoro degli immigrati sono abbastanza chiari. Una seria analisi è riportata da Strozza S., De Santis G. (a cura di), *Rapporto sulla popolazione. Le molte facce della presenza straniera in Italia*, il Mulino, 2017.

proteggere “il potere” dei lavoratori locali nel mercato del lavoro⁵; e, parallelamente, costruire una serie di meccanismi di accesso alle risorse differenziati in base alla condizione di cittadinanza che vengono inizialmente interiorizzati anche dalle stesse persone straniere. Differenziazioni che, tuttavia, risultano sempre meno giustificabili allorquando si verifici che l’apporto effettivo di una persona o un gruppo ad una economia e ad un sistema di sicurezza sociale è, in maniera spropositata, eccessivo rispetto a quanto lo stesso singolo o gruppo effettivamente ricevono. Specie quando, per altro verso, si vada sostenendo che il sistema di sicurezza sociale si basa su principi solidaristici. Ciò che sta avvenendo oggi in Italia⁶.

Anche per tali ragioni – posto che i sistemi di *welfare state* dello stato-nazione hanno nel corso del tempo prevalentemente collegato e sponsorizzato i propri territori come luoghi “desiderabili” ai fini dell’accesso ad un numero sempre più ampio di possibilità di crescita degli individui e considerato che la mobilità nello spazio è sempre più legata alla mobilità sociale – non stupisce che la astratta possibilità di accesso o, per converso, la esclusione dall’accesso al *welfare state* nazionale sia uno degli strumenti attraverso i quali è possibile prevenire o limitare i fenomeni migratori in specifici territori. Stupisce, al massimo, che molti decisori politici non vogliano prendere atto della situazione fattuale che dovrebbe fare propendere per un *favor* nell’accoglienza anche solo in termini meramente utilitaristici e, dunque, che le più grette politiche discriminatorie poste in essere a livello nazionale o da Comuni e/o Regioni italiani⁷, attraverso la limitazione dell’accesso ai diritti sociali, cercano di

5. Sciortino G., Finotelli C., “Closed Memberships in a Mobile World? Welfare states, welfare regimes and international migration”, in Talani L.S., McMahon S. (a cura di), *Handbook of the International Political Economy of Migration*, Edward Elgar, Cheltenham, 2015, pp. 185-209.

6. Secondo il Dossier Statistico Immigrazione 2017, curato dal Centro studi e ricerche IDOS con il Centro studi Confronti, nel 2015 gli immigrati sono l’8,3% della popolazione italiana, pari a circa 5 milioni di persone; contribuiscono per 127 miliardi al PIL italiano, ovvero l’8,6% del PIL totale; versano tasse IRPEF per 7 miliardi e contributi previdenziali per 11 miliardi. Come sottolineato nella relazione annuale INPS 2017 (su www.inps.it) gli immigrati, di fatto, pagano una grossa fetta delle pensioni agli italiani. Ovviamente l’apporto calcolato non tiene conto dell’incremento del PIL italiano generato dalle persone non regolari, le quali di fatto ricevono poco o nulla in termini di salario sociale (salvo i “costi”, se non li si voglia invece ritenere meccanismi di riproduzione della forza lavoro, dunque un investimento, legati alla spesa sanitaria). Al riguardo si veda anche Pastore F., Salis E., Villosio C., *L’Italia e l’immigrazione low cost: fine di un ciclo?*, «FIERI WP», marzo 2013.

7. Si potrebbe utilizzare la terminologia “sistema Lodi” per indicare tali politiche, facendo riferimento prima al regolamento comunale previsto nella cittadina lombarda per limitare attraverso un mero meccanismo burocratico solo apparentemente neutro l’accesso alle agevolazioni (e, dunque, in tanti casi, l’accesso *tout court*) per la mensa scolastica dei bambini stranieri. “Sistema” poi utilizzato in tanti altri Comuni e, da ultimo, fatto proprio anche nella regolamentazione del c.d. Reddito di cittadinanza di cui al d.l. 4/2019.

“selezionare” la popolazione residente sul proprio territorio sulla base, in realtà, della nazionalità.

Nell’ottica di questo scritto l’analisi di una politica nazionale in materia di diritti sociali, in vista del più ampio discorso sulle politiche dell’immigrazione, cerca di rifuggire le tentazioni dell’utilitarismo economico e si colloca sul piano, affatto simile, del conflitto sociale che ci pare essere effettivamente in atto e che si esprime attraverso una significativa riduzione delle provvidenze sociali complessive; che, infatti, tale conflitto sia canalizzato nel senso della redistribuzione della ricchezza sociale in favore delle classi subalterne (cui chi scrive propende), ovvero nell’ambito delle politiche di distribuzione delle risorse pubbliche disponibili (come sta accadendo), è conseguenza di scelte tutte politiche.

Che le democrazie liberali, inoltre, abbiano un approccio almeno ambiguo rispetto al concetto di mobilità sembra conseguentemente tanto chiaro quanto difficilmente contestabile: a fronte della ordinarietà con la quale il nostro sguardo affronta la questione della mobilità dei commerci, dei beni, delle informazioni, dei servizi (anche finanziari) nei mercati globali, stentiamo a sostenere adeguatamente gli effetti logici che necessariamente ne derivano e, in particolare, la mobilità globale delle persone. Ed il paradosso potrebbe apparire ancora maggiore considerando che, prima ancora della nascita dei mercati globali, dei movimenti delle merci e dello scambio di servizi, è l’essere umano ad essere da sempre “mobile”, tanto che i movimenti migratori sono fattore inscindibile dalla storia dell’umanità determinandosi in autonomia anche a dispetto delle formali regolamentazioni giuridiche.

Salvo volere ritenere che non è la mera mobilità fisica a volersi limitare, quanto piuttosto la mobilità sociale e capacità di incidere delle persone sullo stato di cose presenti, affidando loro un ruolo di assoluta subalternità non solo economica e sociale, ma anche politica e dunque in termini partecipativi alla “cosa pubblica”. La questione non assume una visuale più nitida se si guarda alla particolare posizione delle persone straniere in Italia ed al dibattito anche recente, il quale dimostra l’impossibilità di affrontare in termini seriamente dialettici, piuttosto che dicotomici o “divisivi”, come oggi piace ad alcuni dire, le questioni poste dai fenomeni migratori.

3. Lavoro, *welfare state*, immigrazione e debito

In tale contesto la particolarità di una legislazione che lega quasi indissolubilmente la presenza regolare delle persone straniere ad un contratto di lavoro, la struttura del mercato del lavoro in Italia, la sua stretta connessione al sistema di *welfare state* nazionale, la particolare organizzazione dello stesso (nel senso della sua parcellizzazione regionale o per specifici soggetti, in misure comunque sempre meno universalistiche) sono questioni interconnesse.

Dall'angolo visuale del giurista che si occupa di diritto della immigrazione appare forse maggiormente evidente l'utilizzo delle politiche in materia in una chiave utilitaristica e prettamente economica: l'immigrato, oramai da almeno 20 anni, è l'emblema della risorsa da utilizzare sino a quando è funzionale alla crescita della economia e della società italiana, tanto che può "dismettersi" allorquando tale funzione affievolisce in misura tale da rendere anche solo possibile, prima che probabile, che il suo apporto non sarà effettivamente superiore ai costi collettivi che lo riguardano. I decantati principi solidaristici svaniscono in un lampo, basta un'espulsione: lontano dagli occhi... E tale abbandono spesso volte non ha particolari costi sociali, anzi, si presenta come un guadagno assoluto per il *welfare* nazionale che incamera risorse senza nulla rendere⁸.

In questo senso l'immigrato in Italia è anche il segno tangibile della "sussunzione vitale"⁹ della persona (priva di aggettivi) al capitale, in quanto la "vita" dell'immigrato è anche formalmente considerata solo se ed in ragione del suo essere funzionale ad elementi estranei al suo interesse, ed egli deve assumere tale "postura sociale" anche quando non lavora al fine di non perdere il permesso di soggiorno; la sua vita è non solo definita dal codice prioritario dell'*homo oeconomicus*, ma da una particolare forma di incatenamento che può essere indicata nella sua condizione di "debito costante" (non solo contabile, ma di frustrazione, risentimento, senso di colpa, paura) nei confronti della società di cui non è cittadino, debito che è generato dalla sua immediata necessità di trovare nuova occupazione per non cadere nella irregolarità. Egli è non solo governato dall'economia del debito che indirizza le politiche di riduzione e privatizzazione del *welfare* e che sono proprie di tutti i consociati¹⁰,

8. Segnala McBritton M., *Migrazioni economiche e...*, op. cit., pp. 159-160, che dal punto di vista previdenziale lo straniero ha accesso, ex art. 2 TU e Convenzione OIL 143/75, al sistema previdenziale ed alla pensione in condizioni di parità di trattamento formale con il cittadino italiano. Tuttavia vi sono eccezioni non marginali che ne inficiano l'effettivo accesso alle misure e che, di fatto, rendono il lavoro dei migranti una elargizione in favore dei nativi che ne beneficeranno: ad esempio, l'art. 25, d.lgs. 286/98 per quanto attiene il lavoro stagionale non permette di usufruire di assegno al nucleo familiare ed all'assicurazione contro la disoccupazione, ma i versamenti vengono comunque effettuati; l'art. 22, co. 13, d.lgs. 286/98 prevede la teorica possibilità dello straniero rientrato in patria di conservare i diritti previdenziali, di cui potrà godere solo a partire dal 65° anno di età; l'indennità di disoccupazione agricola è costruita in maniera tale da non essere appetibile/usufruibile per i lavoratori stranieri e tale esclusione comporta il loro scarso interesse a vedersi denunciate tutte le giornate effettivamente lavorate. Con tutto ciò che ne consegue in termini di lavoro sommerso. Su questo ed altro si veda anche D'Onghia M., "Tutele previdenziali e assistenziali dei lavoratori migranti", in Aa.Vv., Curzio P., Di Paola L., Romei R. (a cura di), *Previdenza e assistenza*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 611-640.

9. Prendiamo in prestito l'espressione del concetto di "sussunzione vitale", evoluzione storica e produttiva della sussunzione formale e di quella reale di marxiana memoria, da Griziotti G., *Neurocapitalismo. Mediazioni tecnologiche e linee di fuga*, Mimesis, 2016.

10. Lazzarato M., *La fabbrica dell'uomo indebitato*, DeriveApprodi, 2012. Dello stesso Autore, *Il governo dell'uomo indebitato*, DeriveApprodi, 2013.

non solo accumula debito/colpa all'interno del mercato del lavoro e nell'indefinitezza del suo orario di lavoro (pensiamo al lavoro di cura alla persona delle donne migranti o anche al più sfruttato lavoro nei campi del sud Italia – che continua oltre ogni tempo con l'affitto di baracche, trasporti, cibo attraverso particolari e schiavistiche condizioni di debito – o, anche, ai *riders*) o nell'ambito del rapporto impositivo/fiscale con lo Stato, ma forse più di altri lo fa in ambito sociale. Egli è soggetto ad un dispositivo¹¹ disciplinare e di controllo che attraverso il lavoro si attiva nei suoi riguardi o, meglio, che egli stesso attiva sulla sua persona: prima ancora di rappresentarsi quale parte attiva di un rapporto sociale – quale quello che naturalmente deriverebbe dal suo essere membro di una comunità che beneficia dei meccanismi solidaristici del *welfare state* (per altro in un Paese quale l'Italia, ove egli è spesso volte lontano da una delle principali istituzioni dello stato sociale locale, ovvero la famiglia) e, dunque, alla politica di sua crescita –, egli deve pensarsi come costantemente alla ricerca del lavoro, suo unico fine.

La sua condizione, quella del migrante, è altra da quella del cittadino, ed anche lo *status* di entrambi nell'economia (quali lavoratori, eventualmente sfruttati) non rappresenta egualmente la loro possibilità e propensione di partecipazione politica perché quello *status* condiziona il primo non solo nella relazione economica, sociale ed umana, ma anche nella sua formale condizione giuridica e, dunque, nella stessa possibilità di permanenza nello spazio/territorio prescelto. Attraverso una serie di filtri giuridici (di cui il principale è il legame tra lavoro e permesso di soggiorno, su cui torneremo) si è prodotta nei suoi riguardi la «neutralizzazione preventiva del potere dei senza potere»¹², con un processo dalla evidente velleità espansiva: il nativo può perdere potere economico, ma formalmente continua a mantenere fermi i caratteri propri della sua condizione di cittadino, i principali diritti e le libertà e potrà godere della miseria che l'attuale *welfare state* gli elargisce.

Non il migrante, posto in una condizione di ansia e di autocontrollo che, imbrigliandone le stesse capacità di contrattazione salariale e sociale, oltre che quelle proprie riproduttive, lo fa esistere e percepire solo e nella misura in cui si riesca egli stesso a rappresentare quale uomo economico, oltre che uomo indebitato¹³.

11. Si fa idealmente riferimento a Foucault M., *Dits et écrits: 1954-1988*, Gallimard, 1994.

12. Gjergji I., *Sulla governance delle migrazioni. Sociologia dell'underworld del comando globale*, FrancoAngeli, 2016, p. 142.

13. «Lo scopo della macchina capitalista è quello di dotare gli individui di modelli di comportamento cosciente o “inconscio” che li incitino a sottomettersi ai “riti di passaggio” e all’“iniziazione” dell’impresa, del *welfare state*, della società dei consumi, della comunicazione; di sollecitarli a far propri i “Super Io” necessari all’integrazione dei ruoli e delle funzioni gerarchiche, siano essi disoccupati, operai, pensionati, consumatori o lavoratori cognitivi». Così Lazzarato M., *Signs and Machines Capitalism and the Production*

Il legame tra lavoro e permesso di soggiorno e, tramite questo, accesso alle risorse sociali è divenuto totalizzante, con tutto ciò che ne consegue in termini di sfruttamento e precarietà esistenziale.

4. Il legame tra regolarità del soggiorno e lavoro: una catena

In questo quadro va inserita la legislazione sull'immigrazione in Italia, la ineffettività e la strumentalità della stretta connessione tra permesso di soggiorno e contratto di lavoro nella determinazione sia dell'ingresso in Italia (tramite la finzione dei decreti flussi) sia della permanenza regolare dello straniero.

Precedentemente all'entrata in vigore della legge Turco-Napolitano (d.lgs. 286/1998), solo il d.l. n. 416 del 1989, convertito con modificazioni nella legge n. 39/1990 (c.d. legge Martelli), pose un freno alla "politica delle circolari" in materia di immigrazione e disegnò un primo quadro (seppur non organico) della condizione giuridica dei cittadini stranieri in Italia. Ancor prima, infatti, gli unici interventi legislativi in materia ebbero natura prettamente settoriale, come quelli rivolti ai soli lavoratori stranieri (come la l. 943/86, con cui il legislatore diede attuazione alla Convenzione OIL 143/1975), quando non ancora attratti dalla disciplina del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza. Dunque, da provvedimenti amministrativi dal chiaro tenore lesivo della riserva di cui all'art. 10, co. 2, Cost. relativamente ai quali solo, appunto, con il Testo Unico immigrazione si sancì il superamento delle gravi criticità costituzionali attraverso la regolamentazione complessiva della condizione giuridica delle persone straniere in Italia¹⁴.

In ogni caso, benché la filosofia sottesa alla legge Martelli non possa dirsi scollegata dalle esigenze economiche del Paese (l'introduzione, con essa, dei decreti flussi ed il riferimento ai fini della loro determinazione alle "esigenze della economia nazionale" ne sono evidenza), non può tralasciarsi che suo tramite fu regolarizzata la posizione giuridica di oltre 100.000 persone e che oltre il 65% di esse erano disoccupati; né che, almeno tendenzialmente, ai sensi dell'art. 4 d.l. 416/89, la titolarità del rapporto di lavoro non costituiva presupposto indispensabile per il rilascio o il rinnovo del titolo di soggiorno. Anzi, invero, proprio la prolungata residenza nel territorio italiano poteva costituire motivo per il formale riconoscimento, attraverso il permesso di soggiorno,

of Subjectivity, Semiotexte, 2014, p. 32, riportato in *Neurocapitalismo e sussunzione vitale. Note sull'intervista di Bifo con Anna Stiede* di Giorgio Griziotti, al link http://effimera.org/neurocapitalismo-sussunzione-vitale-note-sull'intervista-bifo-anna-stiede-giorgio-griziotti/#_ftn7.

14. Tra gli altri, Garofalo M.G., McBritton M., *Immigrazione e lavoro: note al T.U. 25 luglio 1998 n. 286*, «Rivista giuridica del lavoro», 1, 2000.

di una sempre più stabile permanenza delle persone straniere. E, infatti, era prevista la ordinaria possibilità di rinnovo del titolo di soggiorno successivo al primo per un periodo di tempo doppio rispetto a quello del primo rilascio, il quale era di regola biennale, a fronte della disciplina attuale che nei rinnovi/proroghe non consente il rilascio del permesso per periodi significativamente superiori a quelli del primo.

La situazione, dunque, muta sensibilmente con l'entrata in vigore (ma soprattutto con le successive modifiche) del testo unico immigrazione del 1998 e con la previsione – resa con il tempo sempre più stringente – dello stretto legame tra permesso di soggiorno e contratto di lavoro individuale.

Legame che diviene, invero, parossistico o kafkiano se guardiamo alla disciplina delle modalità di ingresso in Italia per motivi di lavoro, con l'incontro a distanza tra domanda ed offerta di lavoro; o se verifichiamo, dal 2002 ed a seguito dell'introduzione dell'art. 5 *bis*, d.lgs. 286/98, la disciplina del contratto di soggiorno per lavoro subordinato, anch'esso condizione non solo per il primo rilascio, ma (fino alla abrogazione dell'art. 36 *bis*, d.p.r. 394/99, da parte del d.lgs. 40/2014) anche per il successivo rinnovo del permesso di soggiorno¹⁵.

In conseguenza di ciò è stabilito (art. 5, co. 3 *bis*) che il permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, rilasciato a seguito della stipula del contratto di soggiorno per lavoro, ha la durata prevista dal contratto di soggiorno e non può superare: in relazione ai lavori stagionali, la durata complessiva di nove mesi; in relazione ad un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, la durata di un anno; in relazione ad un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, la durata di due anni. Inoltre, il suo rinnovo è sottoposto alla verifica delle condizioni previste per il rilascio e delle diverse condizioni previste dal Testo Unico.

In questo senso hanno, nell'economia del discorso che si porta avanti, un evidente significato anche l'art. 22, co. 11, d.lgs. 286/98 e l'art. 37 d.p.r. 394/99, nella parte e misura in cui, a seguito dell'articolo 4, co. 30, della legge 28 giugno 2012, n. 92, riconoscono la possibilità della permanenza del titolo di soggiorno a chi non sia più occupato ma per un periodo massimo, di regola, di un anno dalla risoluzione del contratto di lavoro, ovvero dalla principale (certo non unica) fonte di effettivo reddito.

Ma la benevolenza del legislatore italiano non va oltre.

Se si guarda alla disciplina del lavoro autonomo (art. 5, co. 3 *quater* e art. 26 TU) non si va molto più lontano, anzi: l'ingresso ed il rinnovo sono regolati da parametri (abitativi e reddituali) talmente stringenti da rendere sostanzialmente la “parasubordinazione” (collaborazioni a progetto e simili) incompa-

15. Sulla qualificazione giuridica del contratto di soggiorno e le criticità anche di ordine costituzionale che esso comporta si veda McBritton M., *Migrazioni economiche e...*, *op. cit.*, p. 141 ss.

tibile con i requisiti di ingresso per lavoro autonomo; d'altronde i requisiti di cui all'art. 26 d.lgs. 286/98 sembrano inapplicabili non solo all'ingresso della maggiore parte degli autonomi, ma anche al rinnovo del permesso del c.d. "popolo delle partite IVA"¹⁶.

Vero è che la disciplina del Testo Unico immigrazione va bene al di là della regolamentazione dello *status* giuridico della persona straniera in quanto lavoratore: essa contiene importanti e precise norme rivolte al cittadino straniero *tout court*, come chiaramente previsto dall'art. 2 TU, che attengono specificamente all'ambito dei diritti sociali. Il titolo V del d.lgs. 286/98, inoltre, disciplina la tutela sanitaria dello straniero (artt. 34 e 35, oltre all'art. 36 relativo alla possibilità di ingresso per cure mediche), il diritto di esercitare attività professionale (art. 37), il diritto all'istruzione anche universitaria (artt. 38 e 39), il diritto all'abitazione (art. 40), all'assistenza sociale (art. 41), all'integrazione sociale in termini generali e specifici per i disabili (art. 42).

Ma, a ben vedere, è facile verificare che il riconoscimento di tali ed altri diritti sociali, salvo quelli basilari relativi all'accesso alla sanità e quelli connessi al diritto/dovere di istruzione del minore, è condizionato dalla regolarità del soggiorno dei cittadini di Paesi terzi (e, quindi, alla dimostrazione di fonti di reddito lecite, dunque prevalentemente alla esistenza del contratto di lavoro stabile)¹⁷.

5. Postfordismo, individualizzazione dei rapporti di lavoro ed immigrazione: il legislatore "distratto"

Tale costrutto giuridico si sviluppa parallelamente e nel medesimo periodo storico in cui la legislazione sul lavoro in Italia ha assunto i caratteri derivanti dalla deregolamentazione del mercato del lavoro in ingresso ed in uscita, con la frammentazione delle figure contrattuali, ora sempre più flessibili e precarie, attraverso interventi normativi di portata per certi aspetti epocale rispetto

16. Ai sensi dell'art. 26, co. 3, d.lgs. 286/98 il lavoratore autonomo che vuole fare ingresso in Italia (o rinnovare il permesso) «deve comunque dimostrare di disporre di idonea sistemazione alloggiativa e di un reddito annuo, proveniente da fonti lecite, di importo superiore al livello minimo previsto dalla legge per l'esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria» (8.500,00 Euro). Occorre ricordare le prassi invalse presso le Questure di (in taluni casi avallate dalla giurisprudenza amministrativa) di negare il rinnovo di tale permesso in caso di debiti della persona nei confronti dell'erario o di mancato versamento di contributi alla gestione separata Inps. Prassi certamente illegittima (cfr. Cons. St., sent. n. 2931 del 14 giugno 2017), ma relativamente alla quale le persone straniere si confrontano quotidianamente.

17. Ovviamente non sono considerati i migranti forzati, titolari di permesso di soggiorno per protezione internazionale, i quali sono anzi da considerarsi come un fattore di rottura di tale schema e, forse proprio per tale ragione, fortemente invisibili.

alla tradizione giuslavoristica italiana quali, prima, la legge 24 giugno 1997, n. 196 (meglio nota come “pacchetto Treu”) e, poi, la legge delega 14 febbraio 2003, n. 30, poi attuata dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 entrato in vigore il 24 ottobre 2003 (c.d. legge Biagi). Interventi ben più cospicui e strutturali di quelli che, già a partire dagli anni ‘80 del secolo scorso, erano stati propri della rivisitazione della disciplina dei contratti di lavoro a termini ed a contenuto anche formativo e che hanno giuridicamente accompagnato la trasformazione postfordista e la formazione di ciò che dal punto di vista sociale, anche da ultimo, è stata indicata come “La società del Quinto Stato”¹⁸. Queste nuove normative, allo stesso tempo, fotografavano e rendevano già strutturale l’inversione di tendenza visibile già negli anni ‘80 alla riduzione della quota dei salari sul PIL che si è poi ulteriormente rafforzata nei decenni successivi, anche con un significativo ampliamento dei differenziali retributivi all’interno dello stesso mondo del lavoro dipendente tra le qualifiche meno specializzate ed i lavoratori con qualifiche dirigenziali o maggiormente qualificati. Quanto alle politiche di *welfare* tali interventi seguivano la oramai persa natura redistributiva della ricchezza sociale prodotta in ambito nazionale.

Nel momento in cui dal punto di vista sociale si consolida tale distribuzione del reddito, si comincia a destrutturare l’assetto giuslavoristico acquisito in epoca fordista (dunque il contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e di durata indeterminata) e si rivisita significativamente il contratto di lavoro autonomo (attraverso l’introduzione di molteplici figure contrattuali flessibili e precarie di collaborazione); dal punto di vista del diritto dell’immigrazione, si rende sempre più stringente il legame tra titolo di soggiorno e contratto di lavoro (preferibilmente subordinato e stabile, anche al fine di determinare la durata biennale del permesso di soggiorno, comunque rimessa a discrezionalità amministrativa). Tutto questo avviene senza che, al contempo, siano approntate misure adeguate ad affrontare i nuovi rischi e le nuove insicurezze dal punto di vista del sistema di sicurezza sociale.

Risalta, invece, l’incuria del legislatore italiano per un approccio ed una visione sistemica di fenomeni, tutti sociali e strettamente interconnessi: a fronte della evidente erosione dell’area di operatività delle principali normative prima rilevanti in materia di lavoro, enucleabili e sintetizzabili negli artt. 2094 e 2222 c.c., continuava e continua tuttora a farsi idealmente e formalmente riferimento ad esse nel momento in cui si è voluto determinare le modalità di

18. L’espressione, relativamente al fenomeno sociale di cui al testo, è inizialmente utilizzata da movimenti politici e sociali, poi riportata da Allegri G., Ciccarelli F., *La furia dei Cervelli*, Manifestolibri, 2011. Gli stessi Autori danno una definizione più compiuta dell’espressione nel loro testo successivo, *Il Quinto Stato. Perché il lavoro indipendente è il nostro futuro. Precari, autonomi, free lance per una nuova società*, Ponte delle Grazie, 2013. Di ultima pubblicazione, con diverso approccio e prospettiva, Ferrera M., *La società del Quinto Stato*, Laterza, 2019.

ingresso in Italia delle persone straniere e le modalità di rinnovo del permesso di soggiorno idoneo a consentire la regolare permanenza sul territorio nazionale e l'accesso ai diritti sociali.

Cosicché, l'obsolescenza del sistema di sicurezza sociale -completamente schiacciato sulla tutela pensionistica determinata dal versamento contributivo, comunque ancorato allo schema novecentesco del lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato – e la distonia tra nuovi contratti di lavoro e tecniche di determinazione dell'ingresso e del soggiorno delle persone straniere ha creato un circolo vizioso ponendo le basi non solo per la maggiore difficoltà di ottenere o rinnovare il titolo di soggiorno, ma per l'esclusione sociale di una fetta sempre più ampia della popolazione, all'interno della quale certamente è la popolazione migrante: per tale compagine sociale il possesso del contratto di lavoro, oramai instabile e sempre meno remunerativo, ma indispensabile all'ottenimento del titolo di soggiorno, non costituisce tuttavia sufficiente garanzia di accesso alle prestazioni di previdenza ed assistenza sociale che a quel contratto fanno idealmente riferimento.

6. *Welfare state*, Costituzione e lavoro alla fine del compromesso keynesiano

Lo stato sociale di diritto in Italia, benché abbia la sua genesi con la fine della Seconda guerra mondiale e, dunque, in una società in cui prevalente era l'agricoltura, non certo l'industria, è stato certamente in grado di guardare, attraverso l'attento occhio della Costituzione, al futuro del Paese ed ai suoi sviluppi industriali. Ha affrontato con capacità e sulla spinta del conflitto sociale del dopoguerra i “gloriosi” trenta anni dal 1945 al 1975.

Non altrettanto può dirsi con riguardo alle evoluzioni successive agli sviluppi della rivoluzione tecnologica ed informatica, da un lato, ed ai processi migratori, dall'altro. Sotto questo punto di vista il declino del modello fordista di produzione, la destrutturazione del modello taylorista di organizzazione del lavoro e la mobilità internazionale del lavoro hanno certamente inciso sulla effettiva tenuta dei diritti sociali che, se nella fase espansiva dell'economia e sino ai primi anni Ottanta del secolo passato hanno conosciuto un effettivo ampliamento dei loro beneficiari, soffrono ora (e da decenni) il nuovo corso della economia e della differente composizione etnica e sociale delle nuove forme di lavoro.

È evidente che il lavoro ha una centralità indiscutibile nella Costituzione italiana e che esso costituisce la base di accesso al *welfare state*.

Eguale evidente che la costruzione dello stato sociale in Italia a partire dall'inizio del '900 e, maggiormente, con la nascita della Repubblica e la costituzionalizzazione dello stato sociale di diritto, in rispondenza agli artt. 1, 4 e 38 Cost., trova nel lavoratore, prima che nel cittadino o nella persona,

la categoria sociopolitica di riferimento principale: la Repubblica, benché non “dei lavoratori” – come auspicato da alcuni all’Assemblea costituente – comunque «è fondata sul lavoro». Non certamente su “le libere relazioni tra uomini e donne” o altro.

L’espressione utilizzata dal Costituente incanala, oltre che esprime, i riferimenti valoriali e conseguentemente i principi interpretativi del giurista; grazie al lavoro la persona contribuisce alla crescita materiale e spirituale della società (diritto e dovere); sono «i lavoratori» coloro i quali «hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria». È il lavoro che sostiene in prima istanza lo stato sociale e quest’ultimo si rivolge, prevalentemente, al suo principale sostenitore.

Guardando la Costituzione potremmo dire che il lavoro “livella” (salvo discriminazioni) le differenze, anche quelle nazionali: dove non arriva il principio di uguaglianza formalmente riferito ai “cittadini”, certamente arriva la parità di trattamento riservata ai “lavoratori” nel garantire i diritti sociali di cui al Titolo III della Costituzione.

Sotto altro punto di vista, è da dire che il *welfare state* è stato certamente un “luogo ambiguo”: emblema delle vittorie e dell’avanzamento delle istanze sociali delle classi operaie e subalterne ed al tempo stesso strumento di controllo delle passioni rivoluzionarie del ’900. Ma è innegabile che abbia avuto la capacità di rappresentare l’emancipazione sociale di un numero elevatissimo di individui, di rappresentare l’agone entro il quale si discuteva della redistribuzione della ricchezza. Se il *welfare state* è stato, quale componente del salario, il centro di composizione del conflitto tra capitale e lavoro nel corso del ’900, ciò è accaduto perché per un lungo lasso temporale esso è stato elevato a “luogo politico” per eccellenza delle politiche progressiste redistributive¹⁹. Non è un caso che si parlasse (come ancora si parla, invero) dei sistemi di sicurezza sociale in termini di “salario sociale” (educazione, salute, formazione professionale...) ²⁰. Avere accesso a tale luogo ha significato non solamente potere usufruire delle risorse ivi rese disponibili, ma anche avere la concreta attitudine di modificarne la allocazione attraverso la propria voce. Dunque essere pienamente partecipi di una comunità politica, tanto da sognarne e determinarne il mutamento ovvero resistere al suo disfacimento.

19. «Bismark fu sponato alle riforme soprattutto dalla preoccupazione di ordine politico-sociale connesse alla incipiente mobilitazione alla classe operaia e alle sue potenziali minacce allo *status quo* monarchico-conservatore [...] nel corso del suo primo mezzo secolo di vita la politica sociale fu essenzialmente una questione di redistribuzione [...] anche la seconda ondata espansiva del *welfare* europeo – quella che ebbe luogo dopo la seconda guerra mondiale – fu accompagnata da aspre tensioni redistributive [...]», Ferrera M., *Le trappole del welfare*, il Mulino, 1998, p. 61 ss.

20. Tra gli altri Miscione M., “I diritti dei disoccupati e inoccupati”, in *Studi in memoria di Matteo Dell’Olio*, Giappichelli, 2008, p. 1021.

Proprio per questo è fondamentale ridiscutere il *welfare state* e le modalità di accesso ad esso nel momento in cui il mercato del lavoro è cambiato in maniera così significativa. Il c.d. “compromesso keynesiano”, ovvero il paradigma economico e politico che ha accompagnato lo sviluppo del modello di produzione fordista, è stato spazzato via nel passaggio al post-fordismo; crescita del potere contrattuale dei lavoratori, crescita dei salari, conseguente crescita dei consumi, lavoro continuo nell’arco della vita, tensione alla piena occupazione e conseguente *welfare* occupazionale – dunque il paradigma su cui poggia il patto di cittadinanza costituzionale – tutto ciò è oramai un progetto inattuale anche solo a garantire livelli salariali sufficienti alla dignità della persona e anche le stesse tutele «in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria». Occorre dunque immaginare le basi di un nuovo patto sociale inclusivo, che si affianchi alla presa di coscienza della ineluttabilità dei movimenti delle persone. Su ciò occorre costruire il nuovo patto di cittadinanza ed inclusione, consapevoli che alcuna soluzione è scontata²¹.

È tuttavia completamente mancata, nella fase di riforma del diritto del lavoro, alcuna significativa misura sul tema, sul quale ci stiamo avviando, del passaggio dalle forme di *welfare* occupazionale (basato sulla corresponsività e sinallagmaticità tra tutela del lavoro e tutela sociale/pensionistica), alle forme di *welfare* universale²². E ciò ha comportato, di fatto ed anche per quanto su visto, il progressivo scollamento della effettiva possibilità di accesso al *welfare state* da parte delle persone straniere, legate per necessità ad inseguire contratti di lavoro che, anche per loro, soprattutto per loro, non costituiscono più garanzia di tutela sociale (salvo, forse, le terze generazioni, per le quali comunque la pensione è una chimera, come per gli italiani).

Si è così anche proceduto a spostare l’asse del conflitto sociale attraverso la ulteriore parcellizzazione, non solo del lavoro, ma anche delle misure di

21. Occorre guardare attentamente a quanto avviene altrove, proprio per comprendere quanto tutto ciò sia frutto di precise scelte politiche: nei Paesi del Golfo Persico, ad esempio, la necessità di mano d’opera immigrata non è messa in discussione; la scelta adottata la vede tuttavia assolutamente estranea a qualsiasi forma di partecipazione sociale e politica ed, anzi, istituisce forme di servitù temporanea e comunque non garantisce alcuna tutela assistenziale e previdenziale ai lavoratori stranieri.

22. «È chiaro che in un contesto in cui l’emergenza si fa sistema, anche solo per una sentenza della Consulta, sembra ragionevole pensare, in alternativa ad un disegno conservativo di razionalizzazione ed efficientamento dell’esistente, ad un’ipotesi più radicale di passaggio dal modello di *welfare* occupazionale a quello c.d. universale (oggi, nel nostro paese, praticato nella sanità). In termini macro-economici l’operazione non creerebbe particolari problemi nei confronti dell’Unione europea [...] Tuttavia, la specificità italiana è data dalla composizione della spesa che [...] è prevalentemente assorbita dal sistema pensionistico», così – pur con le incertezze dallo stesso evidenziate – Pessi R., “Ripensando al salario previdenziale: la sentenza n. 70/2015 della Corte”, in Barbieri M., D’Onghia M. (a cura di), *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, Collective Volumes , 4, 2015.

sostegno al reddito²³ (dunque dei luoghi della rivendicazione sociale, come si spezzasse un corpo sociale in tante piazze) e la esclusione dalla dialettica politica di una serie di soggetti, e tra essi dei migranti, i quali, quale componente povera della società, avrebbero invece dovuto essere tra i primi e maggiormente interessati ad entrare nell'agone politico in questione. In tale contesto le politiche discriminatorie nei confronti degli immigrati collegate alle esigenze di finanza pubblica e ben rappresentate dall'art. 80, co. 19, l. Finanziaria per il 2008, sono davvero indicative del verso assunto dagli interventi in materia di diritti sociali per le persone straniere.

7. Una differente prospettiva: valorizzare il principio personalista della Costituzione

Un differente approccio si impone al fine di riconnettere persone, società e principali istituzioni sociali del Paese. Per farlo occorre fare perno sugli artt. 2 e 3 Cost. per giungere ad una rivisitazione delle politiche dello stato di benessere che siano inclusive delle esigenze del nuovo mondo del lavoro e della sua nuova composizione. Dignità sociale, solidarietà ed uguaglianza devono essere i riferimenti valoriali da cui prendere le mosse per garantire l'accesso al "salario sociale" degli stranieri. Per quanto, infatti, si possano allargare, almeno a certi fini, le maglie del concetto di "lavoro" sino a farvi rientrare (oltre al lavoro subordinato) tutte le attività prevalentemente a carattere personale rivolte a contribuire alla crescita spirituale e materiale degli individui e della collettività, i confini di ogni possibile intervento legislativo che consideri prevalente l'impostazione costituzionale basata sugli artt. 4 e da 35 a 40 Cost. resteranno necessariamente limitati al riconoscimento dei diritti sociali in una logica categoriale e, per quanto di interesse delle persone straniere, se ed in quanto funzionali alla economia nazionale in quanto "lavoratori". Dunque, solo nella misura, anche temporale, che sia volta a ricostruire non un legame con la comunità di appartenenza, ma con la catena che fa da ancora al rapporto prevalente tra lavoro e permesso di soggiorno.

Le superiori considerazioni su distribuzioni del reddito, lavoro e diritto del lavoro attengono indifferentemente al nativo ed alla persona straniera: anche il nativo non accede alla scarsità di risorse disponibili in mancanza di istituzioni idonee a guardare al nuovo assetto del lavoro nella società. Non può, tuttavia, evitarsi di guardare alla pluricondizionalità dei motivi di inclusione all'accesso

23. Nella relazione annuale alla Camera del 4.7.2017 il Presidente dell'INPS ricorda che «Sono 440 le prestazioni già erogate dall'Istituto, di cui solo 150 di natura previdenziale». Senza contare quelle previste, istruite ed erogate a livello regionale e/o comunale o da altri Enti pubblici.

al *welfare* che è condizione tipica del cittadino straniero²⁴ ed a come tale pluricondizionalità agisca nell'ottica della divisione sociale, della ghettizzazione, del disciplinamento sociale.

Accanto al principio lavorista (comunemente utilizzato per giustificare dal punto di vista etico l'accesso ai diritti sociali della persona – anche – straniera) occorre insistere a lavorare culturalmente e politicamente sulla portata del principio personalista proprio dell'art. 2 Cost., sviluppo del valore della dignità umana, sul concetto di solidarietà sociale e sul principio di uguaglianza sostanziale della persona. Benché non si voglia sminuire, sia nella portata storica e sociale, sia nella prospettiva anche futura, la rilevanza del principio lavoristico proprio della Costituzione, non è possibile prescindere dalla considerazione che esso lega non solamente le tutele previdenziali, ma anche molte di quelle assistenziali alla posizione della persona non in quanto tale, bensì in quanto lavoratore, nella logica categoriale e assicurativa (benché pubblica) che ha ispirato nascita e sviluppi del *welfare state* italiano incentrato sulla previdenza.

Tuttavia quando, come attualmente, non tanto la scarsità di lavoro vivo, quanto la scarsità di tutele effettive a fronte della nuove forme di lavoro povero²⁵, della flessibilità e precarietà dei rapporti di lavoro, se non della diffusione (specie in tanti settori produttivi del sud, dall'agricoltura alla edilizia al lavoro di cura) del lavoro nero, fa vacillare i pilastri su cui si è costruito il nostro sistema di stato sociale, occorrerà fare richiamo proprio ai principi di solidarietà sociale ed alla tutela della dignità personale che, soli, possono assicurare forme di coesione sociale che abbiano nel principio di uguaglianza la prospettiva di sviluppo della politica sociale. Ed, allo stesso tempo, sarà necessario svincolare il permesso di soggiorno dal contratto di lavoro, al fine di evitare che il timore di cadere nella irregolarità condizioni la contrattazione salariale del migrante a livello individuale ed a livello collettivo nella direzione di diminuire le garanzie sociali di tutti.

24. Biondi Dal Monte F., *Lo Stato sociale di fronte alle migrazioni. diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, «Rivista Gruppo di Pisa», 03, 2012.

25. Sul punto si rinvia a Saraceno C., *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Feltrinelli, 2015. Con riferimento al “lavoro povero” delle persone straniere in Italia si segnala il convegno promosso a Milano, il 27.11.2017, da ASGI, servizio antidiscriminazione, con il supporto della Fondazione italiana con finalità umanitarie Charlemagne ONLUS, con la collaborazione del Dipartimento di Sociologia dell'Università di Milano e dell'Associazione Comma 2, *Italiani e stranieri nel mercato del lavoro: uguaglianza formale e disuguaglianza sostanziale*, alcuni dei cui interventi sono reperibili sul sito www.asgi.it.

8. Conclusioni: un nuovo *welfare* di inclusione accessibile a tutte/i

In una prospettiva *de jure condendo*, infatti, solo lo svincolo progressivo del permesso di soggiorno dal contratto di lavoro può garantire l'accesso alla sicurezza sociale agli stranieri regolarmente residenti. Differentemente essi si ritroveranno costretti, sempre più, a rincorrere le briciole di un *welfare* già residuale e misero anche per i nativi. La liberazione del permesso di soggiorno dal contratto di lavoro serve, invero, a liberare la persona dal feticcio economicista e, dunque, costituisce uno strumento di parificazione effettiva delle persone (senza nazionalità) attraverso l'eliminazione di una delle precondizioni della parificazione.

Tale prospettiva è necessaria alla possibilità di accesso effettivo della persona straniera ai regimi di *welfare state* universali che vengono da più parte auspicati come unica reale possibilità di ritorno ad una politica sociale redistributiva. E che, dunque, deve agganciarsi a quella della riforma del sistema di sicurezza sociale il cui dibattito molto (troppo) lentamente si sta affacciando in Italia e che vede nella introduzione del c.d. Reddito di cittadinanza una innovazione semantica (non effettiva) di una certa rilevanza.

In Italia già nel 1997, invero, alcuni scrivevano che «La questione del reddito di cittadinanza può rappresentare oggi uno dei punti di svolta della teoria economica, paragonabile al dibattito degli anni '30 intorno alle proposizioni di Keynes contenute prima nelle Conseguenze economiche di E. Churchill e poi in modo più esteso nella Teoria Generale»²⁶. Nell'ambito del copioso dibattito in materia²⁷, spiccano per interesse le impostazioni – critiche delle teorie di sostegno al reddito sia di natura liberista che di stampo socialista – per le quali il *basic income* o reddito di cittadinanza dovrebbe costituire la forma principale di tutela della persona anche nel rapporto di lavoro, ma agendo dall'esterno del rapporto e del contratto di lavoro. Così realizzando la natura di “salario sociale” adeguata all'attuale configurazione del sistema produttivo e alle egemoniche forme di lavoro cognitivo al fine precipuo (oltre che di

26. Fumagalli A., “Teoria economica, postfordismo e reddito di cittadinanza”, in Aa.Vv., *La democrazia del reddito universale*, Manifestolibri, 1997, p. 47.

27. «La questione è vecchia quanto la rivoluzione industriale stessa o, se si preferisce, quanto la disintegrazione della società operata dal capitalismo» avverte Gorz A., *La metamorfosi del lavoro*, Bollati Boringhieri, 1988, p. 223. In questo testo, tuttavia, l'Autore considera il reddito misura condizionata e si basa sulla concezione della crisi del valore-lavoro fondata sull'automazione dei processi produttivi. Differente, e più in linea con le elaborazioni delle teorie derivate dall'operaismo italiano e delle analisi francesi, il suo successivo *Misères du présent, richesse du possible*, Galilèe, 1997 (in Italia, *Miseria del presente, ricchezza del possibile*, Manifestolibri, 1998). Il primo riferimento in ordine temporale al reddito universale, garantito ad intervalli regolari a tutta la popolazione residente in un territorio al fine di proteggere inalienabili diritti umani e di accrescere le economie complessive della popolazione, risale al 1795 e si trova in Paine T., *La giustizia agraria*, in *I diritti dell'uomo - ed altri scritti politici*, Editori Riuniti, 2016, p. 341 ss.

sollevare le persone dal bisogno) di costituire una nuova forma di collante e di strumento di rivendicazione sociale; nonché quale mezzo di “self empowerment” nella contrattazione salariale a livello individuale. Infatti la capacità di organizzazione dei gruppi sociali in termini dialettici che, in passato, attorno alla figura dell’operaio di fabbrica, ha costituito uno dei pilastri della costruzione del *welfare state* in Italia, oggi è stata radicalmente soppiantata dalla fine del fordismo e del taylorismo e dalla individualizzazione dei rapporti di lavoro; ciò che ha sostituito la contrattazione individuale alla contrattazione collettiva, quale effetto derivante dalla precarizzazione dei rapporti di lavoro e dalla loro frammentazione e dalla complessiva perdita di rilevanza del contratto e del rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato. Non è un caso che la distribuzione del reddito nelle economie nazionali degli ultimi trenta anni allarghi sempre più le forbici della disuguaglianza: ciò deriva da una situazione sociale e politica molto chiara, da scelte che sono comunque l’esito di un conflitto sociale che, oggi, va a favore delle classi più agiate.

In questo senso occorre dare uno sguardo anche al c.d. Reddito di cittadinanza recentemente introdotto in Italia dal d.l. 4/2019, convertito in legge 26/2019. È stato giustamente sottolineato che l’innovazione del legislatore del 2019 è solo semantica²⁸, non sostanziale, in quanto il c.d. reddito di cittadinanza introdotto dal Governo a maggioranza Lega-M5S, a dispetto di quanto appare dalla denominazione, non è altro se non l’evoluzione del reddito minimo di inserimento, prima, e del reddito di inclusione, poi. Salvo stabilire requisiti di accesso in danno dei cittadini stranieri peggiorativi rispetto ai suoi antenati.

Il *basic income* o reddito di cittadinanza, per come teorizzato, è infatti caratterizzato da alcuni requisiti: non è riferito ad una classe sociale, né alla condizione di lavoratori o ai guadagni percepiti, ma alla cittadinanza (da declinarsi nel senso della cittadinanza di residenza, ovviamente); la sua giustificazione morale non risiede nell’esercizio (e temporanea mancanza) di lavoro eterodiretto (formalmente salariato o meno), ma nello svolgimento di “attività” ritenute socialmente utili, se non indispensabili; è attribuito su base individuale e non familiare; il suo valore consiste nella garanzia dei bisogni fondamentali della persona attraverso la difesa delle autonome scelte dell’individuo sulla propria condotta di vita²⁹.

28. In questo senso Modica Scala G., *Il reddito di cittadinanza tra workfare e metamorfosi del lavoro*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 402, 4.11.19. Per una ricostruzione delle differenti forme di sostegno al reddito in Italia e dei correlati principi costituzionali, Polacchini F., *Principi costituzionali e reddito minimo di cittadinanza*, «Federalismi.it», 5, 2019, la quale anche colloca il c.d. RdC di nuova introduzione in Italia tra gli strumenti di contrasto alla povertà.

29. Offe C., “Un disegno non produttivista per le politiche sociali”, in *La democrazia del reddito universale*, op. cit., pp. 87-106; Van Parijs P., Vanderborght Y., *Il reddito di base. Una proposta radicale*, il Mulino, Bologna, 2017.

Differentemente «la via italiana al reddito di cittadinanza pare *ictu oculi* un inganno lessicale: la misura che lascia in eredità il Governo Lega-5S è, per contro, selettiva, destinata ai nuclei familiari, con controllo delle risorse (c.d. *means test*) ed un articolato apparato di controprestazioni che si sostanziano principalmente in obblighi di formazione/riqualificazione professionale, ricerca attiva del lavoro, svolgimento non remunerato di lavori definiti di pubblica utilità e accettazione di offerte di lavoro “congrue” (c.d. Condizionalità). Paradossalmente, dunque, l’unica aderenza della misura introdotta dal precedente Governo alla nozione di *cittadinanza* sembra risiedere nella sua torsione discriminatoria»³⁰ che si evince chiaramente dalla necessità (art. 2, co. 1, lett. a) del d.l. 4/2019) del possesso cumulativo, in capo al beneficiario, della cittadinanza italiana o europea (ovvero dei requisiti legali di equiparazione di alcuni cittadini di Stati terzi a tali beneficiari), della residenza in Italia da almeno 10 anni di cui gli ultimi due considerati al momento della presentazione della domanda e per tutta la durata dell’erogazione del beneficio, in modo continuativo, nonché dal possesso di apposita certificazione rilasciata dalla competente autorità dello Stato estero, tradotta in lingua italiana e legalizzata dall’autorità consolare italiana, atta a provare le effettive condizioni reddituali del richiedente³¹.

Ora, nell’economia di questo scritto non si vuole andare oltre nella disamina della misura, dovendosi ritenere evidente che davvero c’è poco nella misura di nuova gestazione di quelle che sono le teorie che hanno animato e continuano ad animare il dibattito sulla necessità di riforma del *welfare state* italiano³². Ciò che effettivamente confina la prestazione italiana nell’ambito di quelle misure di assistenza di stampo neolibériste idonee a fare entrare numerose famiglie nella c.d. “trappola della povertà” e che risulta di dubbia opportunità anche indipendentemente dalla esclusione di fatto dei cittadini stranieri dai suoi beneficiari. Ma il passaggio era necessario anche per affrontare la questione della potenziale accessibilità (o della eventuale legittima limitazione all’acces-

30. Così Modica Scala G., *Il reddito di cittadinanza...*, op. cit., p. 4.

31. Si tratta del c.d. “Emendamento Lodi”, fortemente criticato da Associazione per gli Studi Giuridici sull’Immigrazione (ASGI), sul sito www.asgi.it. Si segnala la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del Decreto 21.10.2019 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, contenente l’elenco dei Paesi terzi per cui i relativi cittadini devono munirsi della certificazione di cui all’articolo 2, co. 1 *bis*, d.l. n. 4 del 2019 al fine di potere accedere al c.d. Reddito di cittadinanza. Per gli altri potrà darsi luogo ad autocertificazione.

32. Per una analisi della compatibilità della misura con la normativa della Unione europea, sia relativamente ai cittadini comunitari, sia a quelli extracomunitari, si veda Morgese G., *Discriminazioni dirette e indirette a carico dei cittadini non-italiani nell’accesso al reddito e alla pensione di cittadinanza*, «Studi sull’integrazione europea», XIV, 2019. Ritiene di dubbia legittimità il requisito della residenza prolungata, sia per quanto riguarda il c.d. RdC ora introdotto, tanto più per la diversa forma di reddito minimo di inserimento, Polacchini F., *Principi costituzionali e...*, op. cit., p. 33.

so) degli stranieri ad una misura di *welfare* universale quale un “vero” reddito di cittadinanza, caratterizzato da presupposti e requisiti propri del dibattito scientifico sul tema. Evidentemente la questione è molto delicata in quanto il reddito di cittadinanza non è necessariamente collegato ad una situazione di bisogno, ma può avere in essa uno dei presupposti di sua usufruibilità.

Con ogni probabilità, comunque, pensare al *welfare* universale anche attraverso l'introduzione di una misura simile al reddito di base o di cittadinanza (ordinariamente tale da inglobare la maggiore parte delle misure di sostegno al reddito, specie quelle volte al soddisfacimento di bisogni primari) porterebbe uno stravolgimento tale negli strumenti di tutela sociale (in primo luogo attraverso il ribaltamento della ripartizione delle risorse tra sistema previdenziale e sistema assistenziale) in grado di rivoluzionare anche l'approccio del giurista al concetto di livello di benessere minimo ed essenziale. Se il “vero” reddito di cittadinanza non ha l'obiettivo di liberare l'impresa dai costi sociali che gravano sul lavoro dipendente, ma di operare certamente una redistribuzione della ricchezza sociale prodotta; se non vuole operare una traslazione delle vecchie tutele dal rapporto di lavoro al mercato, ma costituire una nuova forma di collante sociale non mercificato che si ancori alla cittadinanza solidale ed al moderno mutualismo, occorre essere consapevoli che si tratta di effettuare delle chiare scelte che attengono, non solo all'allocazione delle risorse pubbliche verso il basso, ma alla possibilità di restituire all'attività umana (lavoro retribuito ed attività non retribuita) la necessaria connessione con un rinnovato concetto di cittadinanza di residenza rivolta allo sviluppo di spazi di autodeterminazione delle persone.

In questo senso, per il diritto dell'immigrazione, risulta preminente risolvere le antinomie tra schemi securitari che privilegiano il controllo dei flussi migratori e delle frontiere e visioni di lungo periodo che, posta l'autonomia dei processi migratori quale dato ineluttabile ai fini della pacifica convivenza planetaria, valorizzi la libertà di movimento degli individui e sostenga la libera cooperazione ed un rinnovato patto sociale di cui possano effettivamente essere parte le persone residenti su un dato territorio.

Senza ulteriore aggettivazione.

Il diritto all'istruzione dei figli dell'immigrazione

di *Fiorella Farinelli**

Sommario: 1. Un bilancio non soddisfacente. – 2. Tassi di scolarità. L'accesso alla scuola per l'infanzia. I percorsi irregolari. – 3. I respingimenti. – 4. Scuole “eterogenee” e scuole “omogenee”. – 5. Dopo la scuola media. Le scelte scolastiche e formative. L'accesso all'Università. – 6. Gli esiti di apprendimento secondo Invalsi. La lingua inglese. – 7. La partecipazione degli stranieri al sistema pubblico di educazione degli adulti.

1. Un bilancio non soddisfacente

I primi ingressi numericamente consistenti nella scuola italiana dei figli dell'immigrazione risalgono a più di vent'anni fa. Un tempo sufficiente a dotare il sistema educativo di modalità organizzative e di competenze professionali adeguate alla mutata composizione della popolazione scolastica. Ma l'attuazione nella scuola di tutti del diritto all'istruzione dei soggetti con *background* migratorio presenta ancora oggi un bilancio che, pur evidenziando progressi, non è soddisfacente. Le buone e talora eccellenti pratiche attivate da numerosi istituti scolastici – le migliori sono in collaborazione con Enti Locali, centri di ricerca, altri attori istituzionali e associativi – convivono con inerzie e criticità, e perfino con discriminazioni che quel diritto lo mettono a rischio. Non solo da un punto di vista sostanziale, cioè in termini di risultati di apprendimento analoghi a quelli dei coetanei italiani, ma talora anche in termini formali, cioè di eguale accesso alle opportunità e ai servizi educativi. Ne derivano effetti negativi diretti e anche indiretti. I limiti dell'integrazione scolastica contribuiscono infatti ad alimentare la rappresentazione dell'immigrazione

* Esperta di politiche scolastiche e formative. Insegna italiano lingua2 a stranieri adulti nelle scuole del volontariato di Roma. È componente dell'Osservatorio Miur sull'integrazione degli alunni stranieri e sull'educazione interculturale.

come di un'emergenza continua e difficilmente gestibile, mentre tra le famiglie italiane si acutizzano i timori che la presenza nelle aule scolastiche dei figli degli immigrati sottragga attenzioni e risorse all'apprendimento dei loro figli. In alcune realtà territoriali sono timori così diffusi da determinare "la fuga" delle famiglie del ceto medio dalle scuole del primo ciclo più frequentate da alunni di provenienza o origine straniera. E il ricorso ad altre scuole, pubbliche e paritarie, anche lontane dai luoghi di residenza.

Succede a Milano, dove il fenomeno è stato puntualmente monitorato da uno studio condotto dal Politecnico in collaborazione con il Comune¹, ma "le fughe bianche" si riscontrano anche altrove. Con effetti allarmanti perché la presenza di istituti, anche dello stesso ambito territoriale, connotati da popolazioni scolastiche socialmente ed etnicamente diverse, genera minore equità scolastica e peggiore qualità dell'insegnamento. Su tutto ciò pesa certamente il crescere, negli ultimi anni, dell'insofferenza e, sempre più spesso, di un'autentica intolleranza nei confronti dell'immigrazione.

Ma conta anche che la scuola, in non pochi casi, interpreti la presenza degli studenti stranieri più come un peso che come occasione di innovazione didattica, di arricchimento dell'insegnamento delle lingue, di apertura internazionale e di scambio interculturale. I ritardi scolastici, gli abbandoni, i divari nell'apprendimento rispetto ai coetanei italiani, l'addensarsi dopo la scuola media in percorsi considerati di minor livello culturale, alimentano lo stereotipo di una popolazione scolastica strutturalmente non in grado di raggiungere buoni risultati, rafforzando così la pessima idea che l'inserimento sociale degli immigrati – non solo i padri ma anche i figli – debba realizzarsi solo nei comparti meno qualificati del mondo del lavoro. I più disertati dagli italiani. Può apparire paradossale perché ha di solito tutt'altra intenzione, ma getta fascine nel fuoco anche la narrazione scolastica degli studenti con *background* migratorio come di soggetti immancabilmente deboli e bisognosi di assistenza. Troppo spesso raccontati più per quello che ancora non hanno che per quello che sono, portano e potrebbero portare nella scuola e nella società italiana. A ciò ha contribuito lo stesso Ministero dell'istruzione quando ha improvvidamente incluso gli alunni stranieri nelle categorie con "bisogni educativi speciali"², come se le loro difficoltà linguistiche e relazionali fossero problemi di natura individuale e non causati da condizioni sociali e culturali correlate con l'immigrazione.

Tutto ciò avviene in una fase in cui si sono notevolmente attutite le criticità verificatesi in passato per l'impatto, numeroso e concentrato in tempi

1. Pacchi C., Ranci C., *White flight a Milano? La segregazione sociale ed etnica nelle scuole dell'obbligo*, FrancoAngeli. Collana DATsU, Politecnico di Milano, 2017.

2. Direttiva Miur 27.12.2012, *Strumenti di intervento per alunni con bisogni educativi speciali e organizzazione territoriale per l'inclusione scolastica* e Circolare Ministeriale 8, 6.3.2013.

relativamente brevi, di una popolazione scolastica con nuovi bisogni formativi su una scuola per lo più impreparata ad accoglierla. Vent'anni dopo le cose sono largamente cambiate. Non solo perché oggi sono disponibili linee guida istituzionali³, esperienze di riferimento, studi pedagogici, percorsi di specializzazione professionale, libri di testo, strumenti didattici, supporti tecnologici che allora non c'erano, ma per il *mix* derivante dalle trasformazioni dell'immigrazione che risiede stabilmente in Italia e l'indebolirsi negli ultimi tempi di nuovi flussi migratori. Nell'ultimo decennio la nuova popolazione scolastica ha progressivamente assunto connotazioni che inducono a definirlo come un fenomeno in via di "stabilizzazione". Lo fa anche il Miur, nel Notiziario relativo al 2017-18⁴ che, come ogni anno, misura gli scostamenti rispetto agli anni precedenti. Se è vero, infatti, che il numero degli studenti di cittadinanza non italiana⁵ (842.000) è cresciuto ancora di 16.000 unità rispetto all'anno precedente passando dal 9,3 al 9,7% del totale iscritti, è vero anche che nell'ultimo decennio il ritmo di crescita si è più che dimezzato rispetto al precedente e che l'incremento percentuale si deve in larga misura al calo demografico che ha interessato gli studenti italiani, diminuiti contestualmente di ben 93.000 unità. Un andamento delle nascite che, seppure in misura minore, sta peraltro interessando anche gli stranieri residenti da più tempo in Italia. Ma a connotare il quadro più recente ci sono altri elementi di rilievo. Come la secca diminuzione (9.000 nell'ultimo quinquennio, dai 30.825 del 2013-14 ai 21.554 del 2017-18) dei "neoarrivati", gli studenti con i bisogni formativi più complessi per la non conoscenza della lingua italiana e, soprattutto se adolescenti, per gli effetti solitamente traumatici del passaggio a un mondo diverso da quello in cui sono cresciuti. Il cambiamento più importante è però dato dal rafforzarsi da un anno all'altro delle "seconde generazioni" nate in Italia (il 63% nell'ultima rilevazione) che, come si vede nelle differenze dei risultati di apprendimento e anche nella scelta dei percorsi dopo la scuola media, hanno meno difficoltà linguistiche e di altro tipo rispetto ai nati all'estero.

3. Tra le indicazioni istituzionali più importanti, le Linee guida del Miur *La via italiana per la scuola interculturale e l'integrazione degli alunni stranieri*, 2007 e *Per l'accoglienza e l'integrazione degli alunni stranieri*, 2014. Inoltre le *Indicazioni per il curriculum della scuola per l'infanzia e per il primo ciclo*, 2012. A cura dell'Osservatorio nazionale per l'integrazione degli alunni stranieri e per l'educazione interculturale, *Diversi da chi? Un vademecum per l'integrazione degli alunni stranieri. Dieci proposte*, 2015.

4. *Notiziario sull'integrazione scolastica degli alunni con cittadinanza non italiana 2017-2018*, www.istruzione.it.

5. Sull'attendibilità dei numeri offerti dalle rilevazioni del Miur pesa l'identificazione da parte del suo Ufficio Statistico degli studenti con *background* migratorio con gli studenti "con cittadinanza non italiana". Alcuni ricercatori, tra cui Molina S. della Fondazione Agnelli, segnalando che tale identificazione non tiene conto dei tanti studenti di provenienza o origine straniera figli di coppie miste o di genitori divenuti cittadini, evidenziano che i numeri del Miur sono sicuramente sottostimati. Sarebbe consigliabile, in effetti, utilizzare un altro criterio caratterizzante, per esempio il fatto di avere una lingua materna diversa dall'italiano.

Letto secondo gli ordini di scuola, quel 63% medio significa che sono nati in Italia l'84,4% degli stranieri che frequentano le scuole per l'infanzia, il 75,2% di quelli della primaria, il 65,7% di quelli della secondaria di primo grado. Solo nella secondaria di secondo grado, il comparto scolastico coinvolto per ultimo dalla nuova scolarità, i nati in Italia sono solo il 31,8%, ma è prevedibile che anche qui nel giro di qualche anno finiranno col prevalere (vedi Tab. 1). C'è da aggiungere che quasi la metà degli studenti stranieri è di origine europea, (rumeni e albanesi fanno da soli quasi un terzo del totale), con alcune comunità extraeuropee in cui è altissima la presenza delle seconde generazioni (è il caso dell'82% di studenti nati in Italia per la comunità cinese).

Tab. 1 - Le seconde generazioni per grado di scuola

Scuola per l'infanzia	84,4%
Scuola primaria	75,2%
Scuola secondaria di primo grado	65,7%
Scuola secondaria di secondo grado	31,8%

La partecipazione scolastica degli studenti con *background* migratorio è dunque in via di stabilizzazione perché in grandissima parte alimentato da un'immigrazione "stabilizzata" – quella dei 5 milioni e rotti di immigrati da tempo in Italia – che in molti casi ha acquisito se non una padronanza almeno una familiarità con la lingua e la cultura italiana, sta adottando progressivamente comportamenti riproduttivi simili a quelli delle donne italiane, investe sempre di più nell'educazione dei figli oltre il primo ciclo di istruzione. Minori non accompagnati⁶ e minori ricongiunti ci sono, ma le loro difficoltà linguistiche, i traumi della migrazione, gli effetti dello sradicamento non costituiscono affatto il profilo prevalente della scolarità con *background* migratorio. Ciò non significa che non occorranza più misure organizzative e strumentazioni didattiche apposite, ma è indubbio che le difficoltà con cui le scuole si misurano sono oggi assai minori rispetto a quelle di vent'anni fa. Almeno nel Centro Nord, cioè nelle aree in cui la presenza nelle aule scolastiche di studenti di provenienza o origine straniera è un fenomeno ben più diffuso e consolidato che nel Mezzogiorno. Se in Emilia-Romagna sono il 16% del

6. Non sono disponibili dati completi sulle iscrizioni dei minori stranieri non accompagnati. A fine 2017 (dati del Viminale), i MSNA sono 18.300, più del 40% in Sicilia. Una parte segue corsi di italiano nei centri di accoglienza, talora anche nelle scuole del volontariato e del privato sociale. Altri risultano iscritti alla scuola secondaria di primo grado e ai Centri per l'istruzione degli adulti (nel 2016, dai dati relativi ai progetti di seconda accoglienza SPRAR, gli iscritti sono stati 1310), o seguono percorsi di preparazione al lavoro nella formazione professionale regionale.

totale iscritti, in Campania sono il 3% (con altre regioni meridionali al di sotto dell'1%), con tutto quel che ne segue in termini di diversi livelli di maturazione delle capacità di accoglienza e di integrazione degli istituti scolastici.

2. Tassi di scolarità. L'accesso alla scuola per l'infanzia. I percorsi irregolari

Un dato utile al bilancio del diritto di istruzione dei ragazzi stranieri è dato dal confronto del loro tasso di scolarità con quello degli studenti italiani. Nel primo ciclo, il tasso è prossimo a quello degli italiani, cioè pressoché pari all'universalità degli iscritti nelle anagrafi comunali. Nella secondaria di secondo grado e nei percorsi di istruzione e formazione professionale per il completamento dell'obbligo di istruzione, il tasso dei 14-16enni scende già di qualche punto rispetto agli italiani per poi precipitare, tra i 17 e i 19 anni, al 65,8%, 15 punti in meno del 79,7% degli "italiani doc". Più di un terzo degli studenti con *background* migratorio, alla fine, non si diploma e il risultato non dovrebbe essere preso sottogamba per il solo fatto che dieci o quindici anni fa la situazione era assai peggiore.

Un divario particolarmente spiccato riguarda la partecipazione alla scuola per l'infanzia. Il tasso di scolarità tra i 3 e i 5 anni in un ambito educativo che non è "obbligatorio", non supera il 77%, mentre quello degli italiani è da anni attorno al 96%. La situazione è in via di miglioramento (nel 2015 l'Istat segnalava un tasso di partecipazione di poco inferiore al 75%), ma la distanza è ancora grande. È qui, presumibilmente, uno dei fattori più importanti degli svantaggi linguistici, fin dalla primaria, di molti bambini con lingua materna diversa dall'italiano, anche nati in Italia. Nel *Focus* sull'influenza della scolarizzazione precoce sugli esiti scolastici contenuto in uno studio Miur-ISMU del 2015⁷, si evidenziano nella seconda classe della primaria risultati più elevati in italiano dei bambini stranieri sotto i 3 anni che hanno frequentato il nido rispetto a chi non ne ha avuto l'opportunità. Un vantaggio che però si attenua nelle classi successive. Più duraturi sono i benefici, soprattutto in italiano, degli scolarizzati tra i 3 e i 5 anni. La scuola per l'infanzia costituisce infatti la più importante e spesso la sola opportunità di apprendimento spontaneo dell'italiano attraverso lo scambio comunicativo con i pari età e con gli adulti prima dell'accesso alla scuola primaria, in cui l'insegnamento della lingua, scontando un livello già relativamente alto di competenze di base, si misura subito con la letto-scrittura. Il fenomeno ha diverse cause, tra cui la difficoltà delle famiglie straniere ad orientarsi in un segmento educativo in

7. ISMU-Miur. *Alunni con cittadinanza non italiana. Tra difficoltà e successi*. Rapporto nazionale 2015.

cui operano più gestori e quindi diversificato per orari, servizi, tariffe. Ma potrebbero avere un peso anche fattori culturali, come la diffidenza per una scolarizzazione così precoce e sconosciuta in alcuni dei Paesi di provenienza, l'esclusione dall'accesso al mercato del lavoro delle madri di alcune comunità, culture della maternità, della famiglia, dei ruoli maschili e femminili diverse dalle nostre, e diverse anche all'interno del mondo dell'immigrazione. Colpisce, per esempio, che in alcune cittadinanze, tra cui la pakistana, la presenza delle bambine sia notevolmente inferiore a quella dei bambini, con molti punti di differenza da ciò che si rileva per altre, per esempio l'ecuadoregna.

È in ogni caso troppo rara e debole da parte delle istituzioni l'informazione delle famiglie straniere sulle caratteristiche della scuola per l'infanzia, e sulla sua notevole importanza per i percorsi scolastici successivi.

I divari rispetto agli italiani nei tassi di scolarità e altri limiti nell'accesso alle opportunità educative non sono figli della normativa di riferimento ma dei modi con cui si attuano l'accoglienza e l'integrazione scolastica. È noto che sia il Testo Unico sull'immigrazione (1998) che il successivo Regolamento (1999), su cui si fondano le disposizioni fondamentali del Ministero dell'istruzione, sono chiarissimi nello stabilire che ai minori stranieri presenti sul territorio nazionale si applicano tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica. Ma cosa avviene in concreto? Qualche osservatore ha definito l'attuazione italiana del diritto all'istruzione dei minori con *background* migratorio come un modello basato sul "ritardo scolastico". Giudizio spietato, ma in effetti è assai alto il numero di studenti che fin dalla primaria risultano iscritti in classi inferiori a quelle previste per la loro età. Un'anomalia che, quando non è causata dalle circostanze del primo inserimento in Italia ma dalla prima iscrizione a scuola, è l'effetto di una deroga al criterio contenuto nel Regolamento e nelle successive disposizioni, secondo cui le iscrizioni devono essere fatte nelle classi corrispondenti all'età anagrafica. La deroga in verità è prevista, ma limitatamente a "la diversità dei sistemi scolastici di provenienza, il corso di studi seguito, il livello di preparazione raggiunto", tant'è che ne viene richiesta formale motivazione da parte dei colleghi docenti. I numeri fanno presumere invece che se ne sia abusato, e che il fenomeno, pur assottigliandosi in corrispondenza con il progressivo incremento dei nati in Italia, sia lontano dall'essersi esaurito. In uno studio del 2015, Istat segnalava che solo il 49% dei nati all'estero viene inserito in classi corrispondenti all'età, e che sono spesso ritardatari anche i nati in Italia. I ritardi in ingresso colpiscono in modo differenziato le cittadinanze, con albanesi, marocchini, ecuadoregni che hanno le più alte percentuali di iscritti in regola, mentre svantaggi maggiori ci sono per moldavi, filippini, cinesi.

Ma perché succede? Nel diffuso ricorso ai "ritardi" si legge il tentativo delle scuole di porre un qualche rimedio a difficoltà che non si sa come affrontare altrimenti. Sono stati e sono ancora molti gli istituti – più frequen-

temente ma non esclusivamente nella secondaria di secondo grado – che, per incapacità professionale o avverse condizioni di funzionamento, non sono in grado di attivare modalità di accoglienza comprensive di quei laboratori di italiano-lingua2, consigliati ma non sufficientemente supportati in termini di organici e di specifiche competenze professionali dal Miur⁸, che dovrebbero assicurare in tempi rapidi l'apprendimento linguistico necessario a partecipare senza troppe difficoltà a tutte le attività d'insegnamento.

Sono dunque i bambini e i ragazzi di provenienza o origine straniera a pagare i limiti di una scuola in cui l'insegnamento dell'italiano come seconda lingua, la prima e più importante chiave d'accesso all'integrazione, spesso non si può attuare come si dovrebbe, perché l'organico non basta, non ci sono le competenze professionali giuste, non c'è modo di riconoscerle e retribuirle. O, più banalmente, perché non ci si assume la responsabilità dell'innovazione, affidando invece la soluzione del problema a iniziative aggiuntive che possono esserci o non esserci, e che di solito hanno caratteri di non continuità e sistematicità (per esempio progetti speciali attivati con appositi finanziamenti o doposcuola affidati all'associazionismo e al volontariato).

Ma i ritardi scolastici, si sa, sono sempre un potente fattore di frustrazione, demotivazione, scoraggiamento al proseguimento degli studi, in particolare per i figli dei ceti meno agiati, categoria cui solitamente appartengono i figli dell'immigrazione. Non è d'altra parte scontato che a compensare i deficit linguistici basti rallentare i percorsi. Tant'è che sono numerosi i casi in cui l'apprendimento dell'italiano, anche tra i ritardatari, resta debole e non sviluppa, oltre alle competenze per la comunicazione quotidiana, anche la lingua "per lo studio", necessaria per l'uso dei libri di testo e per la comprensione dei linguaggi disciplinari. È così che ai primi ritardi se ne cumulano altri, per bocciature e ripetenze. Un esito pressoché scontato visto che la non padronanza dell'italiano non genera solo esiti negativi nella specifica disciplina ma anche ostacoli all'apprendimento di quasi tutte le altre.

È in questo quadro che si devono leggere gli ultimi dati Miur sulla regolarità o irregolarità dei percorsi scolastici degli studenti con *background* migratorio che, pur presentando evoluzioni positive in particolare sul versante dei nati in Italia, resta allarmante:

- a 10 anni di età (V classe della primaria), sono in ritardo di uno o più anni il 19,1% degli studenti;

8. Nelle Linee Guida Miur del 2014 i laboratori linguistici sono definiti come «l'anello decisivo di tutto il sistema dell'integrazione». La legge 107/2015, detta della "Buona Scuola", inserisce tra gli obiettivi del potenziamento dell'offerta formativa l'alfabetizzazione e il potenziamento dell'italiano-lingua2 attraverso corsi e laboratori per studenti di cittadinanza o di lingua non italiana «da organizzare anche in collaborazione con gli Enti Locali e il Terzo settore, con l'apporto delle comunità di origine, delle famiglie e dei mediatori culturali» (art. 1, co. 7, lettera r).

- a 14 anni di età (I classe della secondaria di secondo grado), sono in ritardo di uno o più anni il 42,6% degli studenti;
- nel corso della secondaria superiore la quota degli studenti in ritardo di uno o più anni arriva al 58,2% (mentre il ritardo, per gli studenti italiani, non supera il 20%).

Più che prevedibile, dunque, l'alta esposizione degli studenti di provenienza o origine straniera all'abbandono precoce del percorso scolastico.

L'indicatore europeo ELET (*Early Leaving from Education and Training*) evidenzia, per l'anno 2017, un rischio maggiore di quasi venti punti rispetto a quello degli studenti italiani, il 33% contro il 14% (un valore, quest'ultimo, a sua volta superiore di 4 punti all'obiettivo europeo di un numero di abbandoni non superiori al 10%).

3. I respingimenti

Ai ragazzi stranieri, qualche volta, capita di non essere accolti. Sono i cosiddetti “respingimenti scolastici”, con cui viene violata la regola per cui le scuole devono iscrivere senza indugio i minori stranieri, in qualsiasi fase dell'anno scolastico. Sebbene si tratti di casi non numerosi che trovano prima o poi una qualche soluzione, sono una crepa inquietante nell'immagine della scuola italiana come di un modello positivo, se non di buona integrazione, almeno di sicura accoglienza. Che rivela la strana riluttanza del nostro sistema di istruzione ad adottare in via ordinaria e programmata le flessibilità e i dispositivi per affrontare con rispetto dei diritti e umanità gli arrivi imprevisti. I respingimenti riguardano soprattutto i “minori ricongiunti”, cioè i ragazzi rimasti nel Paese di origine a cui, spesso parecchi anni dopo l'arrivo in Italia dei genitori, viene consentito di raggiungerli. Ma riguardano anche altri arrivi, individuali o di gruppo, che si dovrebbero riconoscere come fisiologici in un Paese che, come molti altri, è esposto a pressioni migratorie. Il rifiuto da parte delle scuole di accettare l'iscrizione avviene di solito perché, non essendo stata presentata la relativa domanda a tempo debito, cioè nel gennaio dell'anno scolastico precedente – una scadenza di cui le famiglie non vengono sempre informate e che spesso non possono neppure immaginare per la diversità dei calendari scolastici dei Paesi di provenienza – quelle presenze in più non programmate impattano su classi che hanno già raggiunto il numero massimo di alunni. Nei casi migliori l'intoppo si traduce in un'attesa relativamente breve perché l'amministrazione scolastica riesce a trovare un'altra scuola, più o meno vicina, in grado di accogliere. Nei peggiori, l'attesa può prolungarsi per mesi, anche fino alla fine dell'anno scolastico, e intanto chi ha diritto ad essere immediatamente accolto, è costretto a perdere tempo e ad accumulare frustrazioni aspettando che la porta si apra nell'anno scolastico che verrà.

Ma si sono verificate anche rinunce definitive all'istruzione, ricorsi alle scuole private, aggiustamenti a dir poco problematici come la costituzione di classi aggiuntive popolate solo di studenti stranieri, in cui i processi di integrazione che si creano spontaneamente per il solo fatto di condividere tempo ed esperienze con gli italiani, viene ovviamente impedita. Le cause sono più di una. Si va da rigidità burocratiche al timore di affrontare le contrarietà per classi "troppo" piene di ragazzi stranieri, ma capita anche che dirigenti e segreterie amministrative non abbiano affatto le idee chiare su ciò che prescrive la normativa. Eppure di soluzioni ragionevoli se ne possono trovare, come si riscontra nelle realtà in cui il problema viene governato con protocolli di collaborazione tra reti di scuole, Enti Locali, Prefetture.

Tra cui, da parte dell'amministrazione scolastica, l'adozione di qualche lungimirante elasticità nella formazione delle classi e nella programmazione degli organici. Sarebbe comunque importante, quando gli inserimenti cadono nella fase finale dell'anno scolastico o quando i ragazzi arrivano nei mesi estivi, che non solo l'associazionismo e il volontariato, ma anche la scuola pubblica attivasse sempre servizi di informazione, di accoglienza e di formazione linguistica preparatoria all'ingresso in aula.

Prevenire, si sa, è sempre meglio che curare.

Altri respingimenti derivano dal Regolamento dei CPIA – i Centri per l'istruzione degli adulti in cui sono attivi corsi di scuola media – secondo cui non sono accoglibili le iscrizioni di chi non abbia compiuto i 16 anni.

Sono perciò tanti i minori ricongiunti tra i 14 e i 15 anni difficilmente inseribili nella prima classe di scuola media perché digiuni in italiano, che trovano le porte chiuse anche in istituti che, largamente dedicati a un'utenza prevalentemente straniera e più dotati di altri di insegnanti esperti in italiano-lingua2, offrono preziosi percorsi misti di alfabetizzazione linguistica e di istruzione di base. In verità fin dal 2015 la circolare Miur sulle iscrizioni ai percorsi di istruzione per gli adulti, nel precisare che per iscriversi ai corsi serali di scuola secondaria di secondo grado occorre avere compiuto 18 anni e che in quelli di primo livello occorre averne compiuti 16, dice anche che «in ogni caso resta ferma la possibilità, a seguito di accordi specifici tra Regioni e Uffici Scolastici Regionali, di iscrivere ai percorsi di istruzione di primo livello, in presenza di particolari e motivate esigenze, anche chi ha compiuto il 15esimo anno di età». Con la circolare sulle iscrizioni per il 2016-17 si prevede poi la deroga ai 16 anni, "indipendentemente dagli accordi", oltre che per i 15enni sottoposti a provvedimenti penali, anche per i 15enni minori stranieri non accompagnati. Ma queste aperture non bastano a realizzare ovunque gli "accordi specifici" e le flessibilità che consentirebbero una più estesa e lungimirante attuazione del diritto allo studio. Nelle scuole per adulti, inoltre, il diritto all'istruzione - e la necessità di rispettarlo indipendentemente dallo stato di regolarità della famiglia - non sembrano avere identica pregnanza che nelle scuole dei minori. Così accade che, se i minori stranieri non accompagnati de-

vono essere accolti nei percorsi di primo livello, quelli che hanno compiuto i 18 anni e sono in condizione di irregolarità vengono respinti. Per poter studiare la lingua del Paese ospite e per conseguire i titoli relativi al diritto-dovere di istruzione e formazione non basta, dunque, essere “presenti” sul territorio italiano.

4. Scuole “eterogenee” e scuole “omogenee”

Hanno un profilo di tipo segregativo le situazioni, soprattutto nelle aree metropolitane, in cui si formano istituti del primo ciclo popolati prevalentemente da figli di immigrati e da alunni italiani dei ceti più svantaggiati. A spiegare in modo esauriente il fenomeno non bastano, probabilmente, le “fughe bianche” accertate dallo studio del Politecnico di Milano. E neppure le concentrazioni residenziali omogenee – i quartieri “ghetto” – che in Italia sono realtà più rare e meno compatte ed estese che in altri Paesi europei.

Non è da escludere infatti che, in base a una malintesa interpretazione dell'autonomia scolastica, pesino anche i comportamenti degli istituti che, per diventare più attrattivi in concorrenza con altri, scoraggiano certe iscrizioni e ne incoraggiano altre. È un'ipotesi verosimile, inoltre, che su tali processi incidano, oltre alle caratteristiche delle scuole – la presenza o meno di tempo pieno, di laboratori linguistici, di educazione all'intercultura – anche le offerte integrative e i servizi educativi variabilmente assicurati dagli Enti Locali. Non dice abbastanza in proposito l'ultimo Notiziario del Miur che si limita a rilevare un aumento delle scuole e delle classi con un numero di alunni stranieri superiore al 30%. Dati interessanti ma non esaurienti rispetto ai problemi sollevati dai fenomeni di polarizzazione, dove gli addensamenti anomali non sono solo di alunni stranieri, ma di un *mix* tra alunni stranieri e alunni italiani di condizioni economiche e sociali svantaggiate. Più precise indicazioni sulle cause, e forse anche sulle soluzioni, verranno da studi sullo stesso tema avviati in altri ambiti territoriali. I numeri offerti dal Notiziario dicono che il non più del 30% di alunni di cittadinanza non italiana per classe prescritto nel 2010 da una Circolare Ministeriale⁹ – che tuttavia, tenendo conto dei nati in Italia, prevede deroghe correlate al possesso di competenze linguistiche “adeguate a partecipare all'attività didattica” – risulta superata nel 6% degli istituti scolastici. Sopra il 30% può significare anche tra il 40 e il 50%, ed anche oltre. Una realtà minoritaria e tuttavia preoccupante perché una buona didattica e una buona integrazione richiedono un adeguato equilibrio in aula tra italiani e stranieri. Il quadro delineato dal Miur segnala che la presenza degli alunni

9. Miur, Circolare Ministeriale 2/2010, *Indicazioni e raccomandazioni per l'integrazione di alunni con cittadinanza non italiana*.

con *background* migratorio si diffonde, rispetto all'anno 2016-2017, anche in scuole in precedenza non coinvolte, e che i maggiori addensamenti si riscontrano dove la loro partecipazione scolastica era già particolarmente elevata. In sintesi nel 2017-18:

- solo il 18,6% delle sedi scolastiche non ha tra gli iscritti nessun studente straniero (era il 19,4% nel 2016-17);
- il 59,4% delle sedi ha fino al 15% di studenti stranieri (come nel 2016-17);
- il 16% delle sedi ha tra il 15 e il 30% di studenti stranieri (era il 15,6% nel 2016-2017);
- il 6% delle sedi ha più del 30% di studenti stranieri (era il 5,7% nel 2016-2017).

Si evidenzia inoltre che gli addensamenti più consistenti di studenti stranieri – tra il 40 e il 50% degli iscritti – sono tutti nel Nord, dove l'immigrazione è un fenomeno più stabilizzato che altrove e dove la quota di seconde generazioni nate in Italia è più alta (si tratta del 6,7% delle sedi scolastiche in Emilia-Romagna, del 5,4% in Lombardia, del 4,9% in Veneto, del 4,1% in Piemonte). Gli addensamenti nella scuola secondaria di secondo grado hanno connotazioni specifiche perché sono strettamente correlati con la maggiore o minore attrattività esercitata dai diversi indirizzi di studio su popolazioni scolastiche diverse per *background* sociale e culturale. In questo quadro, il terreno che scotta di più e richiederebbe interventi redistributivi da parte dell'Amministrazione scolastica e degli Enti locali, sono dunque i processi di polarizzazione tra istituti del primo ciclo. Qualsiasi sia infatti la causa, il venir meno nelle scuole primaria e media al criterio dell'“equieterogeneità”, sempre raccomandato nelle circolari Miur sulle iscrizioni, significa compromettere non solo il profilo universalistico del diritto-dovere all'istruzione e alla formazione ma anche la qualità e l'efficacia del lavoro didattico. Non si tratta solo di equità scolastica ma di successo o meno dell'insegnamento. Nel Rapporto Invalsi 2016 e in altri studi ci sono evidenze scientifiche del minor successo scolastico degli studenti delle classi omogenee – sia quelle composte di tutti “migliori” che quelle di tutti “peggiori” – rispetto a quelle delle classi in cui si mescolano poveri e ricchi, capaci e meno capaci, italiani e stranieri, lingue e culture diverse. Nelle prime vengono infatti a mancare ingredienti fondamentali a un buon apprendimento, come la ricerca di una didattica individualizzata, la cooperazione tra studenti di livelli diversi, l'effetto-traino da parte degli studenti più capaci. Sono evidenze largamente ignorate non solo dall'opinione pubblica ma anche da una parte degli insegnanti.

Bisogna ammettere che si è fatto troppo poco, nella scuola e fuori, per sviluppare un discorso pubblico in grado di far meglio apprezzare le ragioni e i vantaggi del pluralismo sociale, culturale, linguistico nei contesti educativi. Anche se non si può ignorare che l'impresa può riuscire davvero difficile quando, come accade in Italia, non sia possibile iscriverla in un contenitore nazionale di strategie politiche complessive orientate all'integrazione.

5. Dopo la scuola media. Le scelte scolastiche e formative. L'accesso all'Università

Il secondo ciclo di istruzione è da qualche anno il settore scolastico più dinamico, in cui la presenza degli studenti stranieri sta crescendo a ritmi più sostenuti (nel 2017-18 sono 195.000, 3.300 più dell'anno precedente), ma anche quello in cui si manifestano forti differenze tra italiani e stranieri nelle scelte di percorso e negli esiti di apprendimento. È qui d'altro canto che, anche per gli studenti italiani, le condizioni socioculturali delle famiglie d'origine, e perfino il fatto di risiedere nel Centro-Nord o nel Mezzogiorno, hanno maggiore influenza. All'insufficiente equità sociale del sistema di istruzione – perché non è equa una scuola schiacciata sul *background* socio-familiare dei frequentanti – contribuisce un assetto della secondaria superiore che, nonostante l'appartenenza delle sue due prime classi a un obbligo di istruzione prolungato dal 2007 fino ai 16 anni, è canalizzata fin dall'inizio in comparti rigidamente separati (licei, tecnici, professionali, cui si aggiunge l'“istruzione e formazione professionale” regionale) che vengono per lo più considerati, dall'opinione pubblica e dallo stesso corpo insegnante, di maggiore o minor valore formativo e sociale secondo la maggiore o minore presenza nei curricoli delle discipline umanistiche e di saperi di tipo teorico. Sebbene tutti i diplomi in uscita consentano un eguale accesso agli studi terziari, è un fatto che a licei, istituti tecnici, istituti professionali si indirizzano o vengono indirizzate popolazioni scolastiche differenti, non tanto e non solo per talenti, vocazioni, capacità quanto per condizioni e aspettative delle famiglie d'origine. E anche i risultati sono diversi, i migliori nei licei e i peggiori nei professionali, con ulteriori variabili territoriali perché nel Nord e nel Centro i livelli medi di apprendimento sono comunque migliori che nel Mezzogiorno. Quanto alla formazione professionale regionale, che prevede percorsi più brevi, titoli finali più bassi dei diplomi, è solitamente considerata – e consigliata dagli insegnanti – come una sorta di ultima *chance* per i ragazzi in maggiore difficoltà scolastiche e di altro tipo. Più raramente come un'opportunità di valorizzazione di vocazioni specifiche, che non esclude però rientri nei percorsi più lunghi, accessi al diploma professionale e, per questa via, anche all'istruzione di livello terziario.

È in questo quadro che si iscrive anche il divario tra studenti stranieri e italiani nelle scelte dei percorsi successivi alla scuola media. Perché i ragazzi con *background* migratorio appartengono a nuclei familiari solitamente più poveri, economicamente e culturalmente, di quelli a cui appartengono gli studenti italiani. Perché sono spesso più “anziani” dei colleghi italiani, e questo scoraggia dall'imbarcarsi in percorsi formativi molto lunghi. Perché i loro voti negli esami finali della scuola media sono 6 o 7 nel 70,4% dei casi, a fronte del 52,3% degli italiani con voti dall'8 in su. Perché molte famiglie di provenienza straniera si aspettano che i figli comincino presto a lavorare per contribuire ai bilanci familiari. Con l'aggravante che una scelta libera dai

condizionamenti sociali e familiari può essere più difficile, a 14 anni o poco più, per chi non ha frequentato l'intero primo ciclo in Italia, non ha superato del tutto i deficit linguistici di partenza, è meno informato delle caratteristiche del sistema formativo e del mercato del lavoro (e però sa o teme che non avere cittadinanza italiana o di un Paese UE esclude dalle professioni cui si accede con concorso pubblico).

Diversi studi segnalano che anche al netto dei tradizionali fattori che influenzano le scelte (gli esiti scolastici del primo ciclo, le condizioni sociali), è il fatto di essere stranieri a fare la differenza, a determinare cioè la fortissima tendenza ad orientarsi verso gli indirizzi considerati di minor valore¹⁰.

Col risultato di addensarsi – è andata così fino a pochi anni fa – più negli istituti professionali che negli istituti tecnici, e più in generale negli indirizzi che si concludono con titoli che promettono un più rapido inserimento nel lavoro invece che nei licei che, non rilasciando titoli professionalizzanti, hanno come sbocco pressoché obbligato il proseguimento in studi di livello terziario. Cui si aggiunge la loro sovra rappresentazione (15-17%)¹¹ nella formazione professionale regionale. Le scelte disegnano quindi una canalizzazione che evoca il fantasma della “segregazione” o dell’“autosegregazione” formativa. Pur a fronte di scelte vistosamente curvate al ribasso, non ci sono però solide evidenze scientifiche sul peso dei diversi fattori che le determinano. È difficile, in sintesi, distinguere tra “segregazione” e “autosegregazione”. Sappiamo che nelle famiglie straniere e nei loro figli c'è spesso una fiducia nell'istruzione come veicolo di miglioramento delle condizioni di partenza superiore a quella di molte famiglie italiane, ma nel momento della scelta che cosa finisce col pesare di più?

Sono il *background* familiare, le culture di origine, l'interiorizzazione di una condizione di minorità sociale, i bisogni economici delle famiglie? O piuttosto i giudizi scolastici, i consigli orientativi degli insegnanti, la differente capacità di accoglienza delle scuole? E chi sono i “pari” che a quell'età fanno da bussola, i compagni italiani o i compagni accomunati dall'esperienza diretta o familiare dell'emigrazione? A proposito della tendenza a privilegiare il comparto tecnico-professionale, c'è poi da considerare che in culture diverse dalla nostra – è così per esempio per alcuni grandi Paesi dell'Asia e per l'area dell'Europa dell'Est – le competenze di tipo tecnico non sono affatto considerate di minor valore formativo o di minor sociale, come succede invece da noi.

10. Checchi D., *Il passaggio dalla scuola media alla scuola superiore*, Paper, 2008, <http://checchi.economia.unimi.it>; Conte M., *La diversificazione delle carriere formative*, Quaderni di ricerca, Fondazione Cariplo, 2014; Besozzi E., Colombo M., Santagati M., *Giovani stranieri, nuovi cittadini. Le strategie di una generazione ponte*, FrancoAngeli, Milano, 2009.

11. Tale sovra rappresentazione è probabilmente sottostimata in quanto le anagrafi regionali censiscono come stranieri solo gli allievi che sono nati all'estero.

A partire dal 2013-14 si sono verificati però significativi scostamenti rispetto alle scelte compiute negli anni precedenti, correlati al progressivo aumento delle seconde generazioni nate in Italia. Negli ultimi anni, infatti, si è verificato sia il sorpasso dei professionali da parte dei tecnici, sia il progressivo incremento delle iscrizioni ai licei, ancora sotto il 30% ma evidentemente non più una città proibita. Nel 2017-18, pur con questi scostamenti, la distanza dalle scelte degli italiani è però ancora molto grande. E destinata, almeno nel breve periodo, a non accorciarsi granché visto che in questa fase gli studenti italiani si indirizzano sempre di più verso i licei, disertando non solo l'istruzione professionale ma anche quella tecnica. La distanza attuale è indicata nella Tab. 2.

Tab. 2 - Distribuzione di italiani e stranieri nei comparti della secondaria di secondo grado (2017-18)

	<i>Italiani</i>	<i>Stranieri</i>
Licei	50,9%	28,9%
Tecnici	30,8%	37,6%
Professionali	18,3%	33,5%

In sintesi, mentre gli studenti italiani rispettano la tradizionale gerarchia di valore che vuole i licei in alto, i professionali in basso, i tecnici in posizione intermedia, gli studenti con *background* migratorio privilegiano i tecnici e i professionali, mentre i licei sono in ultima posizione. Occorre inoltre segnalare che, mentre la maggioranza degli studenti dei professionali è costituita da ragazzi nati all'estero e la maggioranza di quelli dei licei è viceversa costituita da ragazzi nati in Italia, negli istituti tecnici c'è un quasi equilibrio, con solo poco più di un punto di vantaggio dei nati in Italia rispetto ai nati all'estero. Sono in maggioranza nati all'estero anche gli iscritti alla formazione professionale regionale, circa 40.000 secondo le anagrafi amministrative delle Regioni.

Vediamo cos'è successo con le nuove iscrizioni nel 2017-18. Non tutti i 47.886 ragazzi che hanno conseguito la licenza media si sono iscritti alla scuola secondaria superiore. All'appello mancano, oltre a un 8,1% di "scelte non comunicate" dalle scuole, in cui si celano con tutta probabilità interruzioni o abbandoni degli studi, ricerca di un lavoro, inattività, anche una piccola quota di ragazzi (0,7%) che va nell'istruzione degli adulti, in scuole private non appartenenti al sistema nazionale d'istruzione, in apprendistato.

Un 9%, inoltre, sceglie il percorso triennale dell'istruzione e formazione professionale regionale. Alla prima classe della scuola secondaria di secondo grado si iscrive l'82%. Per un quadro di sintesi vedi Tab. 3.

Tab. 3 - Le scelte dopo la scuola media degli studenti stranieri (2007-8)

Scuola secondaria secondo grado	82,1%
Istruzione e Formazione professionale regionale	9,1%
Apprendistato, istruzione adulti, scuole private	0,7%
Scelte “non comunicate”	8,1%

Al divario tra studenti italiani e con *background* migratorio in ordine alle scelte relative ai tre settori della secondaria di secondo grado si intrecciano più variabili. La più importante, già citata, è costituita dal progressivo avvicinarsi delle seconde generazioni nate in Italia agli orientamenti degli italiani. Più in generale, anche indipendentemente dal luogo di nascita, gli studenti stranieri si comportano in modo analogo agli italiani rispetto ai voti conseguiti nell'esame di terza media (la scelta dei professionali è correlata ai voti più bassi, quella dei licei ai voti più alti), anche se si deve osservare una maggiore propensione verso gli istituti tecnici da parte di chi ha raggiunto le votazioni più alte, i 9 o i 10 che invece portano immancabilmente gli italiani a entrare nei licei. Le differenze di genere intervengono come per la popolazione scolastica italiana, con le ragazze che scelgono i licei più dei ragazzi e che, all'interno della scelta dei tecnici, preferiscono gli indirizzi economico-sociali a quelli per l'industria e l'artigianato. Non fa eccezione l'istruzione e formazione professionale regionale, un campo formativo prevalentemente maschile, proprio come per gli italiani, in cui le ragazze scelgono con maggiore frequenza le qualifiche professionali del settore dei servizi.

I processi evolutivi in corso cominciano ad avere effetti di una certa consistenza anche per quanto riguarda l'accesso dei diplomati agli studi di livello terziario¹². Nel 2018 tra i pochissimi laureati di altri Paesi (9.890, pari al 3,5% del totale, ma va segnalato che nel 2008 non si raggiungeva il 3%), il 43,5% sono giovani che si sono diplomati in Italia. In grande maggioranza (76,9%) hanno fatto percorsi liceali, soprattutto liceo scientifico e liceo linguistico, con un 18,8% di diplomati tecnici e un 2% di diplomati professionali. Più della metà sono di provenienza o origine europea, un quarto asiatica. Troppo pochi per dare finalmente un profilo un po' più internazionale alle nostre Università – notoriamente ostacolato da barriere linguistiche, difficoltà burocratiche e politiche al riconoscimento dei titoli conseguiti in altri Paesi, scarsità di borse di studio – ma abbastanza da mostrare l'incremento dell'investimento in istruzione da parte delle famiglie straniere residenti in Italia. Cominciano ad essere parecchi i ragazzi che non si fanno scoraggiare da percorsi scolastici accidentati, che non considerano un destino irreversibile le scelte scolastiche degli anni dell'adolescenza, che aspirano a uno *status* sociale e professionale

12. Rapporto Alma Laurea 2018.

migliore di quello dei genitori. Ma certo pesa ancora molto un Paese che, pur con pochi laureati e con sempre meno giovani, non si è ancora deciso a scommettere sulla determinazione e sulle capacità di chi, nonostante tutto, vorrebbe andare avanti. Nell'accesso all'Università ancora nettamente minoritario dei giovani con *background* migratorio, si devono leggere anche le persistenti difficoltà del nostro comparto per l'istruzione degli adulti – i CPIA e i trienni ex serali degli istituti di secondaria superiore – a sviluppare un'offerta attrattiva per i numerosissimi giovani, stranieri e italiani, che sono senza diploma. Ad assicurare percorsi flessibili, capaci di mixare formazione in aula e formazione a distanza. Ad attuare ciò che sta scritto da anni nella normativa a proposito del riconoscimento delle competenze acquisite in percorsi non formali o non facilmente documentabili. Quanti sono i giovani di provenienza straniera scoraggiati dalla lunghezza e complessità burocratica della documentazione, in lingua italiana e asseverata dalle autorità, di qualifiche professionali e titoli di studio acquisiti in un altro Paese? Quanti diplomati e perfino laureati sono costretti a ricominciare da capo, dal titolo di scuola media, dalla qualifica in un corso professionale regionale?

6. Gli esiti di apprendimento secondo Invalsi. La lingua inglese

Le rilevazioni annuali dell'Istituto nazionale per la valutazione consentono un bilancio più puntuale e approfondito del diritto allo studio degli studenti stranieri. L'analisi dei risultati, dei divari rispetto agli italiani, delle differenze tra prime e seconde generazioni, riguarda in questo caso non i percorsi – i ritardi, le ripetenze, gli abbandoni, le scelte dopo la scuola media, i rischi di segregazione o autosegregazione formativa – ma il nocciolo della questione, cioè gli esiti di apprendimento. In alcune discipline fondamentali, italiano e matematica, cui si è aggiunto nel 2019 anche l'inglese.

Negli ultimi anni Invalsi ha approfondito anche un altro aspetto, la rilevanza – anche per gli studenti con *background* migratorio – dei contesti territoriali. Perché la scuola italiana è piena di diseguaglianze, e quelle tra Centro-Nord e Sud- Isole sono tra le più acute.

In tutti i gradi di scuola gli alunni stranieri ottengono in italiano e matematica punteggi più bassi di quelli degli italiani (che, a loro volta, presentano livelli medi di apprendimento tutt'altro che brillanti nel confronto con le medie OCSE e UE). Le distanze tendono però a diminuire sia nel passaggio dalla prima alla seconda generazione sia nel corso dell'itinerario scolastico. Un elemento, quest'ultimo, che pur in apparente contrasto con l'aggravarsi nel secondo ciclo della patologia dei ritardi, trova una spiegazione nel fatto che gli studenti della secondaria di secondo grado, soprattutto delle ultime classi, si sono lasciati ormai alle spalle i compagni più deboli che dopo la scuola media si sono dispersi o che hanno preso strade diverse dai percorsi quinquennali che portano al diploma. Le distanze dagli italiani però ci sono, e a pesare so-

no soprattutto i deficit in lingua italiana. In matematica – una materia in cui pesa certamente di meno la padronanza della lingua del Paese ospitante – le distanze sono infatti inferiori a quelle che si riscontrano in italiano. In terza media, per esempio, se la distanza tra italiani e stranieri in italiano è di 18 punti, quella in matematica è di 9 punti.

Nella secondaria di secondo grado, se nelle seconde classi la distanza in italiano è di 24 punti rispetto alle prime generazioni e di 13 rispetto alle seconde, quella in matematica scende rispettivamente a 17 e a 7 punti. Con ulteriori accorciamenti delle distanze nelle classi quinte. La madre di tutte le difficoltà resta, quindi, l'incapacità della scuola di far acquisire a tutti gli studenti con *background* migratorio, competenze solide nella lingua italiana, superando i problemi di apprendimento generati, anche per gli studenti nati in Italia, dal fatto che la loro lingua materna – quella degli affetti e della famiglia – è un'altra.

Curando, oltre alle competenze comunicative, anche la lingua per lo studio. Con un impegno e con competenze professionali adeguate, che dovrebbero esserci fin dalla scuola per l'infanzia e proseguire lungo tutto il percorso di studi. Di qui la centralità dei laboratori di rafforzamento linguistico, di insegnanti specializzati in glottodidattica, di un corpo professionale sempre attento agli specialismi linguistici connessi con le diverse discipline e ai diversi registri e codici comunicativi richiesti nell'uso della lingua.

Considerati i gravi limiti nell'apprendimento di un italiano ricco e corretto riscontrati dallo stesso Invalsi anche tra gli studenti di madrelingua italiana – un buon terzo esce dalla scuola superiore con competenze linguistiche che non consentono una piena comprensione di testi brevi relativi alla vita quotidiana – non c'è dubbio che di una maggiore cura in questo ambito disciplinare si gioverebbe l'intera popolazione scolastica.

Dalle rilevazioni Invalsi 2019 emerge però anche altro, e sempre nel campo degli apprendimenti linguistici. Emerge che, a differenza che in italiano e in matematica, in inglese gli studenti stranieri conseguono risultati simili a quelli degli italiani. In alcune regioni, inoltre, quelli di seconda generazione fanno meglio degli italiani, in particolare nella prova di ascolto.

In terza media le seconde generazioni hanno punteggi più alti nell'ascolto mentre gli italiani hanno punteggi più alti in lettura rispetto alle prime generazioni. Nell'ultima classe della scuola secondaria di secondo grado, gli studenti stranieri di prima e di seconda generazione hanno un vantaggio significativo rispetto ai compagni italiani nella prova di ascolto, mentre nella prova di lettura il vantaggio è significativo (4 punti) solo per gli studenti di seconda generazione. Le evidenze scientifiche ci sono.

L'ipotesi interpretativa offerta dai ricercatori di Invalsi è che i ragazzi stranieri abbiano spesso più occasione degli italiani di parlare inglese in famiglia e nelle loro comunità, in particolare quando provengono da Paesi in cui per ragioni storiche questa lingua è utilizzata come lingua veicolare, in ambiti istituzionali, nelle scuole e nelle università (Filippine, Nigeria, India, Pakistan...). È probabile che tutto ciò conti. Ma non è affatto improbabile che il vantaggio

derivi invece, o anche, dal fatto che molti di loro sono abituati fin da piccoli a misurarsi con più lingue, in famiglia, a scuola, nei contesti dell'immigrazione, maturando così una disponibilità ad usarle maggiore di quella degli studenti italiani. Non a caso è sulle competenze dell'ascolto più che in quelle della lettura, che richiedono padronanza della lingua scritta, che il vantaggio è più evidente. Seguiranno certamente studi più puntuali, in grado di approfondire meglio le cause. È interessante, intanto, che ci siano dati di fatto in grado di ribaltare l'opinione, o lo stereotipo, secondo cui avere familiarità con più lingue senza saperne a fondo nessuna sia un ostacolo all'apprendimento e ai processi di integrazione. Ed è importante che ci si rifletta nella scuola, dove capita ancora con una certa frequenza che nella scuola dell'infanzia e nella primaria si consiglino caldamente le mamme a parlare con i figli in italiano, per agevolarne l'apprendimento scolastico. Consigli non solo inopportuni perché lesivi del patrimonio identitario e culturale che si esprime nella lingua materna e delle relazioni affettive tra genitori e figli, ma anche infondati dal punto di vista dell'apprendimento. Sarebbe ora, più in generale, che nel mondo sempre più globale di oggi e di domani si riflettesse sul plurilinguismo come una risorsa da valorizzare dentro e fuori i contesti formativi. A indicare la strada della valorizzazione della diversità linguistica è anche il Consiglio di Europa con la "Guida per lo sviluppo e l'attuazione di curricoli per un'educazione plurilingue e interculturale" (2010). Sono ancora poche, nel nostro sistema di istruzione, le esperienze che vanno in questa direzione. E pochi gli istituti scolastici che offrono agli studenti italiani e stranieri corsi di lingua e cultura araba, cinese, romena.

Ma è anche da qui che può passare un'integrazione diversa dall'assimilazione.

Quanto all'importanza, anche per gli esiti di apprendimento degli studenti stranieri, dei contesti territoriali in cui risiedono e studiano, Invalsi segnala che soprattutto nella scuola secondaria di primo e di secondo grado, accade che dove i punteggi sono mediamente più alti, cioè nelle regioni del Nord, siano maggiori anche le distanze tra studenti italiani e studenti stranieri. Mentre nel Centro Sud, dove i punteggi sono mediamente più bassi, si accorciano anche le distanze tra italiani e stranieri ("effetto pavimento").

Questi ed altri elementi informativi sono di grande interesse anche per sgombrare il campo dall'idea infondata secondo cui dove ci sono più studenti stranieri i risultati in termini di apprendimento sono peggiori. I dati Invalsi confermano che è proprio nelle macroaree del Nord che ci sono i livelli medi di apprendimento più alti.

7. La partecipazione degli stranieri al sistema pubblico di educazione degli adulti

Nel 2011-12 i giovani stranieri (età prevalente dai 20 ai 29 anni) che frequentavano i corsi dei Centri Territoriali per l'educazione permanente (CTP) e i corsi serali per lavoratori degli istituti tecnici e professionali erano più di

160.000¹³. Tra le varie tipologie di attività formative di questo settore scolastico, i giovani stranieri sceglievano allora in grande maggioranza i corsi di integrazione linguistica e sociale per immigrati finalizzati all'apprendimento della lingua italiana e i corsi per il conseguimento dei titoli finali della scuola primaria e della scuola secondaria di primo grado.

Un'altra parte degli iscritti, attorno a 20.000, si divideva tra corsi brevi per l'alfabetizzazione funzionale (corsi di informatica, lingue straniere, cultura generale, educazione artistica ecc.) e corsi per il conseguimento di diplomi e qualifiche professionali. In alcune scuole del Nord erano attivi anche corsi che intrecciavano percorsi flessibili e modulari per l'acquisizione del titolo di scuola media con attività di qualificazione professionale. Il *mix* tra percorsi finalizzati al conseguimento di titoli di studio formali e percorsi di carattere non formale per lo sviluppo linguistico e culturale, la flessibilità e integrabilità dei percorsi, la disseminazione delle sedi formative nel territorio, tutte caratteristiche tipiche dell'educazione permanente, costituivano in quegli anni un'opportunità formativa potenzialmente capace di rispondere almeno a una parte dei numerosi bisogni formativi di una popolazione immigrata ancora giovane, ma con un'età e con impegni lavorativi e di vita adulta incompatibili con l'inserimento nelle scuole destinate ai minori di 18 anni.

La successiva trasformazione dei CTP in CPIA - Centri di istruzione per gli adulti¹⁴, finalizzati più strettamente al conseguimento di titoli formali (licenza di scuola media, diplomi, certificazioni linguistiche), e i tempi molto lunghi di sviluppo del nuovo assetto nella direzione prevista ma ancora lontana dal realizzarsi di un nuovo sistema di apprendimento lungo tutto il corso della vita, hanno reso l'offerta formativa più rigida e meno attrattiva per una popolazione immigrata che ha bisogno non solo di imparare la lingua italiana e di orientarsi nella realtà del Paese ospitante ma anche di essere accompagnata a livelli di istruzione e di qualificazione professionale adeguati a un migliore inserimento sociale e professionale.

Anche oggi, come nel 2011, le scuole per adulti sono frequentate soprattutto da giovani stranieri immigrati, ma gli iscritti tra stranieri e italiani si sono ridotti, secondo gli ultimi dati raccolti ma ancora non sistematizzati dall'Istituto INDIRE¹⁵, a un numero che supera di poco i 100.00. La maggioranza dei frequentanti stranieri, inoltre, si addensa soprattutto nei corsi brevi per l'apprendimento della lingua italiana finalizzati alla conferma dei permessi temporanei di soggiorno¹⁶, al conseguimento del permesso di soggiorno a tempo non definito, all'ottenimento della cittadinanza.

13. Miur-ISMU. *Alunni con cittadinanza non italiana. Tra difficoltà e successi*. Rapporto nazionale 2013-14.

14. Decreto Miur 263/ 2015, *Linee guida CPIA*.

15. Istituto Nazionale di Documentazione e Innovazione Educativa.

16. Con la legge 94/2209 sull'"accordo di integrazione" si sancisce l'obbligo di *test* linguistici per la conferma del permesso di soggiorno.

Un'opportunità importante ma certo non sufficiente a coprire l'intera gamma dei bisogni formativi dei giovani stranieri che non hanno l'età o le condizioni per essere accolti nelle scuole per giovanissimi, tant'è che in tutte le aree territoriali di maggiore presenza dell'immigrazione sono attive anche numerose scuole del volontariato e del privato sociale che, in qualche caso in collaborazione con i CPIA, svolgono corsi di italiano e di educazione civica, di inglese e di informatica, di orientamento al lavoro, di preparazione alla formazione professionale. Tra i problemi più acuti ci sono quelli relativi all'apprendimento della lingua italiana da parte dei giovani stranieri sostanzialmente analfabeti in lingua madre per non essere stati mai scolarizzati, che non sempre trovano nei CPIA corsi specifici e di durata sufficiente.

Le scuole pubbliche per adulti e le opportunità formative offerte da quelle del volontariato non bastano a coprire l'intera gamma dei bisogni formativi della popolazione immigrata, sia quella "stabilizzata" che quella ancora alla ricerca di una regolarizzazione definitiva. Manca, fra l'altro, una formazione professionale dentro e fuori dei luoghi di lavoro, a cura delle Regioni, dei Fondi Interprofessionali per la formazione continua, delle aziende, capace di tenere insieme lo sviluppo delle competenze professionali e di quelle linguistiche. Ci sono, inoltre, i problemi connessi con l'abbandono scolastico di molti giovani di prima e anche di seconda generazione che non accedono al secondo ciclo di istruzione o che ne escono senza aver conseguito diplomi o qualifiche professionali, a cui bisognerebbe assicurare il diritto di recupero. E quelli di chi la scuola l'ha interrotta per emergenze varie o per la decisione di emigrare già nei Paesi di provenienza, oppure ha concluso i percorsi di studio ma è privo della documentazione necessaria per farsi riconoscere i titoli conseguiti. Un insieme di esigenze e di bisogni da cui non si può uscire se non sviluppando un vero e proprio sistema per l'apprendimento permanente capace di da un lato di coniugare percorsi di carattere formale e non formale, dall'altro di attivare dispositivi efficienti di certificazione delle competenze acquisite e dei crediti. Sebbene tutto ciò sia definito e prospettato in una norma che risale al 2012¹⁷, siamo ancora piuttosto indietro in termini di attuazione effettiva. Un deficit che non sta pesando solo sui processi di integrazione dell'immigrazione ma anche sulla qualità civile e sociale del Paese, sulle capacità delle persone di esercitare la cittadinanza attiva, sulle possibilità di mobilità sociale, sull'innovazione e sulla produttività economica. Il diritto all'istruzione lungo il corso della vita significa anche questo.

17. Con la legge 92/2012 *Ulteriori disposizioni in materia di mercato del lavoro*, art. 4, si disciplinano, in linea con le indicazioni europee, i principi basilari dell'apprendimento lungo tutto il corso della vita, includendovi ogni attività formale e non formale tesa, nelle varie fasi della vita, ad acquisire competenze in una prospettiva personale, civile, sociale, occupazionale. Si sancisce il diritto delle persone al riconoscimento di tali competenze. Si disegna la governance nazionale e territoriale del sistema.

Il diritto di voto degli stranieri: una lettura - controcorrente - della Costituzione

di *Alessandra Algostino**

Sommario. 1. Premessa: la storia regressiva dei diritti dei migranti. – 2. «Sono elettori tutti i cittadini» (art. 48, co. 1, Cost.): le interpretazioni della dottrina. – 3. Il riconoscimento del diritto di voto a «tutti gli uomini, il cui comune interesse e legame permanente con la comunità è sufficientemente provato». – 4. Osservazioni conclusive: il diritto di voto agli stranieri e la Costituzione controcorrente.

1. Premessa: la storia regressiva dei diritti dei migranti

Il tema dei diritti politici dello straniero, dopo alcuni anni di attenzione da parte della dottrina, di progetti di legge, di sperimentazioni a livello locale¹, appare oggi meno frequentato; tuttavia non è un argomento anacronistico in quanto superato dal cammino dei diritti, bensì accantonato in presenza di una regressione e una contrazione progressiva dei diritti dello straniero (anche) in altri ambiti. Si avverte quasi come un senso di disagio nel trattare della questione, perché altre violazioni premono: il discorso del riconoscimento dei diritti politici ha ceduto il passo all'urgenza di reagire a fronte di violazioni di diritti come l'asilo, il divieto di tortura o trattamenti inumani e degradanti, o *tout court* il diritto alla vita. La discussione sui requisiti e sulle modalità con

* Docente di Diritto costituzionale all'Università di Torino; fra i suoi scritti: *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Napoli, 2005; *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento No Tav*, Napoli, 2011; *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto*, Torino, 2018. Si occupa di democrazia, partecipazione, diritti, migranti, rapporto fra economia e diritto.

1. Nel presente contributo non ci si sofferma sui disegni e proposte di legge presentati, né sui tentativi di introdurre forme di partecipazione politica al livello locale, rinviando a quanto precisato altrove (Algostino A., *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, «Costituzionalismo.it», 1, 2010, p. 16 ss.) e soprattutto alla copiosa dottrina intervenuta sul punto (*ex multis*, cfr. Corsi C., «Sovranità popolare, cittadinanza e diritti politici», in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, I, Giappichelli, Torino, 2012, p. 154 ss.).

le quali garantire il diritto di voto agli stranieri stabilmente residenti è stata sovrastata dall'esame dei pesanti profili di illegittimità costituzionale dei decreti sicurezza², o di atti come il Memorandum d'intesa fra Italia e Libia del 2017³, o, ancora, di politiche come quella di chiusura dei porti; nei comuni, si osa non più attraverso la previsione di forme di inclusione politica, ma semplicemente iscrivendo i richiedenti asilo all'anagrafe, disattendendo i voleri del decreto sicurezza (ora legge n. 132 del 2018)⁴.

La negazione del diritto dello straniero ad essere in senso pieno membro della comunità politica, sociale ed economica del Paese di residenza, ancora nei primi anni del XXI secolo era emblematicamente rappresentata dalla sua esclusione dal riconoscimento del diritto di voto. Oggi, assistiamo al dilagare di un razzismo, non di rado a livello istituzionale, che sposta i confini, espellendo lo straniero dai diritti all'assistenza sociale⁵ o dal diritto all'abitazione, così come restringendo la sua possibilità di esercitare il diritto di riunione o la libertà di religione; per giungere sino alle politiche di esternalizzazione delle frontiere, che privano lo straniero del diritto di asilo, quando non del diritto alla vita. La precarietà dello *status* giuridico dello straniero non cessa nemmeno con l'acquisizione della cittadinanza: il decreto sicurezza (legge n. 132 del 2018) prevede ipotesi specifiche di revoca della cittadinanza per coloro che sono segnati dal peccato originale di non essere cittadini *iure sanguinis*, con la creazione dell'ossimoro – palesemente incostituzionale – della cittadinanza diseguale, ergendosi a emblema di un approccio escludente alla

2. Ora l. n. 132 del 2018 e l. n. 77 del 2019.

3. «Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana», sottoscritto dal Governo di Riconciliazione Nazionale dello Stato di Libia e il Governo della Repubblica italiana il 2 febbraio 2017 (per considerazioni in merito, sia consentito rinviare a Algostino A., *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, «Costituzionalismo.it», 1, 2017, p. 139 ss.).

4. In argomento, si segnalano anche le pronunce dei giudici che riconoscono direttamente il diritto di iscrizione all'anagrafe, attraverso un'interpretazione riduttiva dell'art. 13 del d.l. n. 113 del 2018, e quelle che sollevano questione di legittimità costituzionale (per una rassegna, cfr. Asgi, *L'iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo tra pronunce che riconoscono il diritto e rinvii alla Corte costituzionale*, www.asgi.it, 19.8.2019, in continuo aggiornamento).

5. Si pensi alla legislazione discriminatoria quanto all'accesso alle prestazioni sociali adottata in specie da numerose leggi regionali, e non sempre (per tutte, cfr. sent. n. 50 del 2019) ricondotte ad eguaglianza dall'intervento della Corte costituzionale (in tema, cfr. Corsi C., *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, «Federalismi.it», 3, 2014; *Id.*, *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, «Forum di Quaderni Costituzionali», 27.1.2019; Corvaja F., *Straniero e prestazioni di assistenza sociale: la Corte costituzionale fa un passo indietro ed uno di lato*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2019, p. 244 ss.).

cittadinanza così come contrario al riconoscimento della partecipazione alla comunità politica.

Qual è in questo contesto il senso di riprendere l'argomento "diritti politici"?

A parte la considerazione che la presenza di *gross violations* non esime dal valutare anche le violazioni "minori", l'espulsione che si realizza dalla piena appartenenza alla comunità politica con la negazione del diritto di voto può essere letta come sintomo di una frammentazione dello *status* "persona umana", con la sua dote di diritti, nonché di un egoistico arroccamento intorno allo *ius sanguinis*, con la relativa declinazione dei diritti in termini di privilegi per gli autoctoni e il correlato rischio di disumanizzazione, che emerge in tutta la sua drammaticità nel trattamento riservato ai naufraghi.

Lo straniero è l'estraneo, il nemico, al quale imputare la mancata garanzia dei diritti ("lo straniero che ruba il lavoro") e sul quale scaricare l'insicurezza sociale e la precarietà della vita dovute a disegualianze crescenti prodotte dal neoliberalismo. Criminalizzazione ed esclusione dalla partecipazione *pleno iure* alla comunità politica, così come una cittadinanza chiusa nello *ius sanguinis*, rispondono allo stesso scopo: mantenere la distanza fra cittadino e straniero. Si genera in tal modo una classica "guerra fra poveri" e si contiene così il conflitto alla base della piramide sociale, evitando che vi possa essere una identificazione fra tutti coloro che sono schiacciati dagli effetti del finanzia-capitalismo⁶ e allontanando la possibilità di rivolte verso l'apice della piramide.

L'esclusione dai diritti politici – si può aggiungere – è sintomo di uno stato di soggezione, di invisibilità, sociale e politica, come la storia dell'allargamento del suffragio dimostra.

La voce della Costituzione, tuttavia, è un'altra e, nella consapevolezza che i diritti nascono attraverso rivendicazioni e conflitti, e non astratte interpretazioni delle norme, può costituire un solido fondamento per una estensione del riconoscimento dei diritti politici, invertendo la rotta di una storia regressiva nella tutela dei diritti.

2. «Sono elettori tutti i cittadini» (art. 48, co. 1, Cost.): le interpretazioni della dottrina

«Sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età» (art. 48, co. 1, Cost.): il voto è riservato ai cittadini, estendibile, o *tout court* da riconoscere, agli stranieri (stabilmente residenti)?

La dottrina oggi maggioritaria si attesta su una posizione intermedia, ovvero argomenta la possibilità, attraverso il ricorso ad una legge ordinaria, di estendere il diritto di voto agli stranieri residenti stabilmente da un certo

6. Gallino L., *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011.

numero di anni; non mancano peraltro anche Autori che sostengono la necessità di intervenire con legge costituzionale, così come chi ritiene esistente un divieto insuperabile, con la riserva del diritto di voto ai soli cittadini.

Secondo la prima tesi, la norma costituzionale si limiterebbe a garantire il diritto di voto in capo ai cittadini, statuendo in positivo e lasciando aperta la possibilità che il legislatore riconosca il diritto ad altri soggetti. Lo straniero potrà quindi godere di un diritto legislativo: il contenuto del diritto potrà in ipotesi essere identico rispetto a quello del cittadino, ma non possiederà la forza di una posizione giuridica soggettiva costituzionalmente garantita⁷.

Fra chi considera inesistente una preclusione di principio all'attribuzione dei diritti politici agli stranieri, si può annoverare Hans Kelsen, il quale afferma espressamente che «i diritti politici non devono essere necessariamente riservati ai soli cittadini» e che «l'ordinamento giuridico nazionale può concedere i diritti politici a non-cittadini»⁸, muovendo dalla considerazione che la cittadinanza non è necessaria per l'esistenza dello Stato⁹. Nulla dice il giurista austriaco sulla forma con la quale l'«ordinamento giuridico nazionale» può estendere la titolarità, ma è chiaro nel sottolineare come «i cosiddetti diritti politici sono fra quei diritti che l'ordinamento giuridico riserva di solito ai cittadini»¹⁰, negando tuttavia l'esclusività del legame: nulla impedisce che «in una democrazia radicale» si affermi – contrariamente a quel che accade «di solito» – «la tendenza ad allargare il più possibile la cerchia di coloro che possiedono diritti politici», per cui, «in particolari circostanze», tali diritti possono venir accordati «anche agli stranieri, qualora, ad esempio, abbiano la loro residenza permanente nel territorio dello Stato»¹¹.

Nella dottrina italiana¹², fra chi sostiene che «quello che è escluso [...]

7. Muovendo da tali considerazioni, si può ipotizzare che il legislatore, pur non ritenendolo necessario, preferisca seguire le vie del procedimento aggravato (in tema, cfr. Luciani M., *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, «Politica del diritto», 1992, p. 586; Cuniberti M., *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1997, p. 429). Una tale soluzione potrebbe, ad esempio, presentare il vantaggio, da un lato, di una maggior garanzia per lo straniero, e, dall'altro, di permettere, attraverso una più ponderata ed estesa valutazione (con maggior soddisfazione magari anche dei sostenitori delle ragioni contrarie all'estensione), un superamento più consapevole anche degli argomenti sostanziali contro l'estensione della titolarità; una tale scelta, tuttavia, potrebbe anche indicare la forza sostanziale delle ragioni della riserva ai cittadini dei diritti politici, che si imporrebbero anche senza il sostegno dell'argomento formale.

8. Vedi Kelsen H., *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etaslibri, Milano, 1994, p. 241.

9. Per Kelsen essenziale per la vita dello Stato è semplicemente la presenza di individui (Kelsen H., *Teoria generale...*, *op. cit.*, p. 246).

10. Kelsen H., *Teoria generale...*, *op. cit.*, p. 240.

11. Kelsen H., *Teoria generale...*, *op. cit.*, p. 246.

12. Oltre gli Autori citati *infra*, si ricordano, fra gli altri, Cuniberti M., *La cittadinanza...*, *op. cit.*, pp. 429-430; Bonetti P., *Ammissione all'elettorato e acquisto della cittadi-*

è che lo straniero possa *pretendere*, già sulla base della Costituzione vigente, l'attribuzione dei diritti politici in quanto diritti fondamentali, non che questi gli siano comunque, sulla base di una scelta legislativa discrezionale, conferiti¹³, si può citare Massimo Luciani. Da un lato, l'Autore rileva la presenza di una riserva dei diritti politici ai cittadini, ma ritiene di doverne inferire un'esclusione solo "parziale" (gli stranieri non possono godere «dei diritti politici *come diritti fondamentali* (inviolabili)»¹⁴; dall'altro, argomenta, muovendo dalla giurisprudenza costituzionale, la superabilità del dato testuale.

Definisce «la soluzione più equilibrata del problema» riconoscere i diritti politici «come diritti fondamentali per i soli cittadini», escludendo «la copertura costituzionale dell'estensione di tali diritti ai non-cittadini», Enrico Grosso, ritenendo non vietato dalla Costituzione «il riconoscimento ai non-cittadini, o a certe categorie di essi, dei diritti politici sotto l'aspetto di meri diritti legislativi, la cui opportunità – entro l'ambito del sempre possibile controllo di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale – resta soggetta alla valutazione discrezionale del parlamento»¹⁵.

L'argomentazione poggia su una lettura del dato letterale come fondante «un ambito di *garanzia costituzionale* delle libertà politiche per i cittadini italiani [...]» e sulla configurazione per i non cittadini di una sfera di «*liceità costituzionale*»¹⁶, sulla base della premessa che «la titolarità soggettiva dei diritti politici sia da ricollegare, più che al dato giuridico-formale del possesso

nanza: due vie dell'integrazione politica degli stranieri. Profili costituzionali e prospettive legislative, «Federalismi.it», 11, 2003, spec. p. 8 ss.; Bettinelli E., *Cittadini extracomunitari, voto amministrativo e Costituzione inclusiva*, www.astrid-online.it, nonché in Caretti P. (a cura di), *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 15. Seminario 2004*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 33 ss.; Caravita di Toritto B., *I diritti politici dei "non cittadini". Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici, paper* non definitivo della relazione al Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, "Lo statuto costituzionale del non cittadino", Cagliari, 16-17 ottobre 2009, p. 14; Fiumicelli D., *L'integrazione degli stranieri extracomunitari può ancora passare dalla "partecipazione politica"? Spunti di carattere comparato e brevi considerazioni sulle proposte più recenti e sulle prassi locali*, «Rivista Gruppo di Pisa», 1.2.2014; Lollo A., *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2016, spec. p. 219 ss.; con una posizione originale, argomentata a partire dall'art. 10, co. 2, Cost., cfr. Pace A., *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte generale*, Cedam, Padova, 1990, pp. 144-145.

13. Luciani M., *La Costituzione italiana...*, op. cit., p. 586.

14. Luciani M., *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, «Rivista critica del diritto privato», 1992, pp. 225-226; e, ugualmente, in *Id.*, *La Costituzione italiana...*, op. cit., p. 585.

15. Grosso E., "Straniero (status costituzionale dello)", in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV ed., XV, Utet, Torino, 2000, p. 175; similmente *Id.*, "Straniero (status dello)", in Cassese S. (dir. da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5793-5794.

16. Grosso E., "Straniero (status costituzionale dello)", op. cit., p. 175.

della cittadinanza, a quello storico-sostanziale di appartenenza ad una determinata comunità politica»¹⁷.

Afferma che «fermo restando che non vi è una garanzia costituzionale», i diritti elettorali possono essere estesi a chi non è cittadino dal legislatore, altresì Cecilia Corsi, motivando a partire dal concetto di sovranità popolare, che «ha scardinato la costruzione unitaria della sovranità dello stato-persona», ed è da leggersi in relazione con il principio democratico, e da una nozione di popolo che chiama in causa la questione dei c.d. diritti di residenza¹⁸.

Le tesi in esame interpretano il dato costituzionale alla luce del mutamento della composizione sociale e non di rado accolgono una prospettiva gradualistica. Uno degli elementi di gradualità che si riscontra maggiormente consiste nella scissione fra elezioni politiche ed elezioni amministrative¹⁹, privilegiando, in un primo momento, il riconoscimento del diritto di voto alle sole elezioni locali. Invero, peraltro, se taluni argomentano la distinzione fra elezioni politiche e amministrative nell'ottica della progressività; altri la motivano in relazione alla differente natura delle due competizioni elettorali, qualificando le sole elezioni politiche come esercizio della sovranità riservata al popolo²⁰.

L'opzione gradualista, con l'estensione del diritto di voto agli stranieri, attraverso una fonte di primo grado e limitatamente al livello locale, ad uno sguardo comparato, appare la più diffusa²¹.

17. Grosso E., *La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 53; per lo sviluppo dell'argomentazione cfr. *Id.*, «Straniero (status costituzionale dello)», *op. cit.*, p. 175.

Nel senso di un ripensamento della nozione di cittadinanza, da una nozione formale ad una sostanziale, si veda anche Ciancio A., *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, «Quaderni costituzionali», 1, 2002, spec. pp. 56-62.

18. Corsi C., «Sovranità popolare...», *op. cit.*, spec. pp. 134 ss., nonché *Id.*, «Straniero (diritto costituzionale)», in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VI, Giuffrè, Milano, 2013, p. 874 ss.

19. Bascherini G., *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007, p. 409, propone di «agganciare il riconoscimento progressivo dei differenti livelli di elettorato al tempo di residenza» come «ragionevole graduazione dei diritti politici».

20. Per un approfondimento e indicazioni bibliografiche, si permetta di rinviare a Algostino A., *I diritti politici dello straniero*, Jovene, Napoli, 2006, pp. 181 ss., segnalando in specie gli interventi di Cuniberti M., *Alcune osservazioni su stranieri, voto e cittadinanza*, «Forum di Quaderni Costituzionali», 18.6.2004; Coletta G., «Verso l'estensione del diritto di voto ai non cittadini», in D'Aloia A. (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, spec. p. 367 ss.

21. In argomento, cfr. Fiumicelli D., *L'integrazione degli stranieri...*, *op. cit.*; limitandosi a un esempio, si cita quanto previsto nella Costituzione portoghese, art. 15, co. 4: «a lei pode atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral activa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais» (l'esempio consente di precisare come non di rado compaia la clausola di reciprocità, che rinvia alla sfera dei rapporti fra Stati, segnando la distanza rispetto all'orizzonte dei diritti umani universali).

Venendo a coloro che, invece, ritengono necessario in ogni caso il previo intervento di una legge di revisione costituzionale²², possono citarsi Fulco Lanchester, secondo il quale «la Costituzione impedisce la partecipazione attiva e passiva al procedimento elettorale di non cittadini, ma nulla vieta che – attraverso revisione costituzionale – si attribuisca anche a non cittadini il diritto di suffragio sulla base della residenza nel Paese»²³; Tommaso Edoardo Frosini, che ragiona, a fronte dell'intervento della legislazione ordinaria per estendere la capacità elettorale, di un «pericoloso strappo alla Costituzione»²⁴; e Tommaso Francesco Giupponi, che insiste sull'ambito comunque locale del voto²⁵. Nel ragionamento seguito in tali ipotesi, argomentazioni di carattere formale (ovvero il dato letterale dell'art. 48 Cost.) si coniugano con motivazioni sostanziali, pur se non intoccabili, inerenti al legame cittadinanza-diritti politici.

Quanto alla tesi dell'indissolubilità della connessione fra *status civitatis* ed esercizio dei diritti di *activae civitatis*, parole nette sono espresse, riprendendo il parallelismo con Kelsen, dal suo antagonista *par excellence*, Carl Schmitt²⁶. Estendere i diritti politici ai non cittadini revocherebbe in dubbio il concetto di cittadinanza, incidendo sull'individuazione di un elemento costitutivo dello Stato, nonché sull'esercizio della sovranità popolare: i diritti del singolo nello Stato in quanto cittadino (i diritti politici democratici) «non valgono naturalmente per gli stranieri», perché «altrimenti cesserebbe l'unità e la comunità politica e cadrebbe il presupposto essenziale dell'esistenza politica, la possibilità di distinzione fra amico e nemico»²⁷.

22. Agli Autori citati *infra*, adde, in precedenza, in questo senso, D'Orazio G., *Lo straniero nella Costituzione italiana (asilo - condizione giuridica - estradizione)*, Cedam, Padova, 1992, p. 307, nonché pp. 268-269, il quale argomenta l'esclusione degli stranieri dalla titolarità del diritto di voto, e la sua superabilità solo attraverso una revisione costituzionale, con il riferimento al dato letterale, come supportato da ragioni di carattere sostanziale (quali il riferimento alla comunità "nazionale" o alla sovranità dello Stato come valori costituzionali), insistendo sull'inidoneità della legge ordinaria.

23. Lanchester F., "Voto (diritto di): a) Diritto pubblico", in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, 1993, pp. 1123-1124 (la soluzione proposta viene ricondotta ad un'«analisi testuale», che trova fondamento e conferma nei «risultati di teoria generale» e nell'«indagine comparatistica», configurandosi quale tesi «razionale»).

24. Frosini T.E., *Gli stranieri tra diritto di voto e cittadinanza*, «Forum di Quaderni Costituzionali», 17.5.2004.

25. Giupponi T. F., *Stranieri extracomunitari e diritti politici. Problemi costituzionali dell'estensione del diritto di voto in ambito locale*, «Forum di Quaderni Costituzionali», 2007 (l'Autore non contempla l'intervento della riforma costituzionale solo in relazione alle elezioni circoscrizionali, in quanto unicamente organi di decentramento e consultivi).

26. Recentemente muove da Schmitt per negare l'espansione del diritto di voto, Colasante P., *L'attribuzione del diritto di voto ai non cittadini: prospettive di riforma e fonte competente*, «Rivista AIC», 2, 2016.

27. Schmitt C., *Verfassungslehre*, 1928, trad. it. *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 227.

Con riguardo specifico alla Costituzione italiana, si può annoverare, fra coloro che escludono l'estensione dei diritti politici in ragione della loro stretta connessione con la cittadinanza, Costantino Mortati, che ragiona, trattando dei diritti dello straniero, «di assoluta esclusione di quei diritti per loro stessa natura inerenti alla qualità di cittadino ed, in modo tipico, di tutti i diritti politici (*activae civitatis*)»²⁸. Il pensiero di Mortati trova quindi sviluppo e specificazione in tesi successive, quali, ad esempio, quelle di Paolo Biscaretti di Ruffia²⁹ e di Manlio Mazzotti di Celso³⁰.

3. Il riconoscimento del diritto di voto a «tutti gli uomini, il cui comune interesse e legame permanente con la comunità è sufficientemente provato»³¹

Negletta fra i costituzionalisti³², ma oggetto di una certa fortuna fra i politologi³³ è, infine, la tesi che legge come *costituzionalmente doverosa* l'estensione del diritto di voto agli stranieri stabilmente residenti: l'interpretazione sistematica e teleologica della Costituzione *impone* di riconoscere gli stranieri stabilmente residenti titolari del diritto di voto.

Prima di argomentare sul punto, peraltro, una precisazione è opportuna: perché insistere sul riconoscimento del diritto di voto allo straniero e non

28. Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976, p. 1154.

29. Biscaretti di Ruffia P., *Cittadinanza italiana, partiti politici e loro cariche dirigenti*, «Diritto e società», 1979, pp. 706-707, 712-713.

30. Mazzotti Di Celso M., «Sulla soggettività e tutela dello straniero nell'ordinamento italiano», in *Studi in memoria di Gaetano Serino*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 316-317.

31. Dichiarazione dei diritti della Virginia, 12 giugno 1776, art. 6; non si può non ricordare altresì, se pur mai entrata in vigore, la Costituzione francese del 24 giugno 1793, art. 4: «Ogni uomo nato e domiciliato in Francia, in età di ventun anni compiuti, che, domiciliato in Francia da un anno, vi vive del suo lavoro, o acquista una proprietà, o sposa una francese, o adotta un fanciullo, o mantiene un vecchio; ogni straniero, infine, che il corpo legislativo giudicherà di aver ben meritato dell'umanità, è ammesso all'esercizio dei diritti di cittadino francese».

32. Si vedano, per una interpretazione delle norme costituzionali nel senso dell'estensione agli stranieri dei diritti politici, Piraino A., *Appunto sulla condizione giuridica degli "stranieri" nell'ordinamento italiano*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1984, p. 998 ss., il quale fonda la sua tesi sull'interpretazione di due specifiche norme costituzionali, caratterizzate da una «portata di carattere generale», gli articoli 10 e 11, mentre marginale nella sua costruzione è il riferimento alla residenza stabile; Cerrone F., *Identità civica e diritti degli stranieri*, «Politica del diritto», 1995, p. 451, il quale considera come la negazione dei diritti politici «rischia di convertirsi in una inammissibile compressione della sfera personale del cittadino straniero e dunque in una violazione dell'art. 2 della Costituzione, che riconosce ad ognuno i diritti inviolabili dell'uomo» (egli, peraltro, da un lato, sembra limitare *ex nunc* il riconoscimento della titolarità, dall'altro, la circoscrive al diritto di voto a livello locale).

33. Cfr. *infra*.

sull'estensione della cittadinanza (con conseguente riconoscimento dei diritti politici in qualità di cittadino)?

La scelta si fonda in particolare su tre considerazioni. La prima dà rilievo ad una osservazione storico-sociale: il significato escludente che la cittadinanza, dopo aver raggiunto la vetta più alta del suo significato includente con la cittadinanza sociale del costituzionalismo emancipante, è venuta assumendo. Essa ormai traccia il confine nel godimento dei diritti "fra noi e gli altri", revocando in dubbio l'esistenza di diritti della persona umana, ovvero universali, con il rischio correlato di declassare il diritto a privilegio. La cittadinanza è stata storicamente lo strumento che ha consentito di superare le barriere di censo, istruzione e sesso, veicolando una trasformazione in senso egualitario ed includente della comunità politica, sino a sovrapporsi al concetto di sovranità popolare. Oggi, invece, a fronte di processi migratori sempre più consistenti e stanziali, diviene strumento di discriminazione di una classe di moderni meteci³⁴, dando luogo ad una «democrazia *iure sanguinis* o gentilizia»³⁵.

La volontà di valorizzare l'universalità strutturalmente insita nei diritti della persona umana³⁶, costituisce il secondo argomento a favore dell'opzione per il riconoscimento dei diritti politici. Si intende, cioè, promuovere una lettura sostanziale e nel segno dell'effettività, sia quanto ai presupposti per la titolarità e l'esercizio dei diritti sia quanto alla loro garanzia.

In tal modo, in coerenza con le argomentazioni, di cui si dirà a breve, che possono trarsi dal testo costituzionale, si agisce nel senso del riconoscimento di diritti alla persona umana, senza artificiali, e discriminatorie, frammentazioni in *status* giuridici, in una prospettiva che tiene insieme un approccio

34. Cfr. Ferrajoli L. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Teoria della democrazia*, vol. 2, Laterza, Roma-Bari, 2007: «fino a tempi recenti, i cittadini si identificavano di fatto con i residenti sul territorio governato dai loro rappresentanti. La cittadinanza costituiva perciò, senza problemi, la base della democrazia politica quale espressione dei diritti politici di tutti all'autogoverno: ho diritto di voto nel paese di cui sono cittadino perché questo e non altri è il paese in cui vivo [...] Ma questo nesso tra cittadinanza e diritti politici viene meno nel momento in cui, a seguito di emigrazioni e immigrazioni, la cittadinanza si dissocia dalla residenza [...]» (p. 171), nonché *ivi*, le riflessioni di cui alle pp. 352, 492 ss., 588 ss.; Onida V., *Relazione introduttiva* (testo non definitivo) al Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti "Lo Statuto costituzionale del non cittadino", Cagliari, 16-17 ottobre 2009, spec. p. 3 ss.

35. ... e tale democrazia «non è, in fondo, meno discriminante di una democrazia censitaria o basata su una discriminazione di genere» (Onida V., *Relazione introduttiva, op. cit.*, p. 17).

36. ... nonché l'indivisibilità dei diritti (sul punto, in specie in relazione alla Carta europea dei diritti fondamentali, cfr. La Torre M., *Diritto e politica. Indagine preliminare allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, «Ragion pratica», 18, 2002, p. 273, che, rilevato il principio di indivisibilità, osserva come «risulterà sempre più difficile accettare che un soggetto titolare di diritti civili e sociali [...] non goda anche dei diritti politici [...]»).

sostanziale (la valutazione del dato concreto della residenza sul territorio) e l'obiettivo di una tutela effettiva dei diritti.

Si tratta di leggere in senso evolutivo, discostandosi dall'interpretazione prevalente³⁷, formulazioni come quella del «diritto di partecipare al governo del proprio Paese» riconosciuto nella Dichiarazione universale del 1948 ad «ogni individuo» (art. 21)³⁸, implementando così il principio democratico e tenendo presente, come insegna la Corte europea dei diritti dell'uomo, che i diritti «are practical and effective» (*Artico c. Italia*, sent. 13 maggio 1980, par. 33).

La terza considerazione è, per così dire, di stampo positivista e attiene al sistema delle fonti. Essa può così sintetizzarsi: le modalità di acquisto della cittadinanza sono stabilite con legge ordinaria (pur se, anche in tal caso, dal quadro costituzionale potrebbero inferirsi delle indicazioni atte a limitare la discrezionalità del legislatore), mentre il diritto di voto gode di una garanzia a livello costituzionale e, in quanto diritto fondamentale ed estrinsecazione del principio democratico, di una tutela anche nei confronti della revisione costituzionale.

Come anticipato, fra coloro che ancorano la titolarità dei diritti politici alla partecipazione alla società e insistono sulla corrispondenza fra residenza stabile ed esercizio dei diritti di partecipazione, sviluppando le implicazioni che discendono dal principio democratico, si incontrano filosofi della politica e politologi. Michael Walzer, ad esempio, propone di riconoscere il diritto di partecipare ai «processi di autodeterminazione attraverso i quali uno stato democratico organizza la propria vita interna» a «tutti gli uomini e a tutte le donne che vivono sul suo territorio, lavorano nell'economia locale e sono soggetti alla legge locale»³⁹.

37. La dottrina maggioritaria interpreta il riferimento al «proprio Paese», come «stato di cui si è cittadini» (fra gli altri, cfr. Villani U., *I diritti degli stranieri negli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, «Studi senesi», 1, 1987, pp. 115-116; Capotorti F., «Incidenza della condizione di straniero sui diritti dell'uomo internazionalmente protetti», in *Studi in onore di G. Sperduti*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 451 ss.).

38. ... ma anche di promuovere interpretazioni non letterali laddove, come nel Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, il riferimento testualmente è ad «ogni cittadino» come titolare del diritto «a) di partecipare alla direzione degli affari pubblici [...]; b) di votare e di essere eletto [...]]» (art. 25).

39. Walzer M., *Spheres of justice: a defense of pluralism and equality*, New York, 1983, trad. it. *Sfere di giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1987, p. 69. Simile è anche la posizione di Carens J.H., *Membership and Morality: Admission to Citizenship in Liberal Democratic States*, in Brubaker W.R. (a cura di), *Immigration and the Politics of Citizenship in Europe and North America*, University Press of America, 1989, p. 31 ss.; si veda anche Zincone G., *Da sudditi a cittadini. Le vie dello stato e le vie della società civile*, il Mulino, Bologna, 1992, p. 235, che ritiene che «un sistema politico in cui larghe fasce di popolazione che risiedono, lavorano ed operano nel territorio non abbiano diritto al voto», «non può definirsi democratico nel senso moderno del termine»; Collinson S., *Europe and International Migration*, London, 1993, trad. it. *Le migrazioni internazionali e l'Europa*, il Mulino, Bologna, 1994, p. 203; Manin B., *La démocratie n'est pas un système apaisé*,

Si insiste, in altri termini, sulla “cittadinanza di residenza” o *urbanité*⁴⁰, sul «sentirsi membri della stessa città perché ci si vive insieme», donde l'interrogativo retorico: «perché chi abita, lavora, vive e contribuisce al mantenimento della comunità locale (eventualmente arricchendola con un suo peculiare apporto culturale) non dovrebbe avere il diritto/dovere di contribuire anche alla formazione delle decisioni del governo locale – dunque di votare, eleggere ed essere eletto?»⁴¹.

La sfera di “diritti di residenza”, legati al concreto vivere quotidiano, rende obsoleto, e scardina, il concetto di cittadinanza in senso formale⁴², favorendo la costruzione dello *status* universale di persona umana e agendo così in controtendenza rispetto ai processi di frammentazione degli *status*, che vedono quale tragico epilogo la disumanizzazione dei migranti che muoiono a causa

Entretien avec Bernard Manin, «Mouvements», 18, novembre/décembre 2001, p. 19: «il me semble que le vote va avec la résidence et le travail», «c'est la participation, la contribution à tous les éléments de la vie sociale, à la production de richesse [...] qui définit la contrepartie de l'implication politique»; Urbinati N., *Ai confini della democrazia. Opportunità e rischi dell'universalismo democratico*, Donzelli, Roma, 2007, spec. p. 129 ss., che sottolinea la centralità dell'integrazione politica degli immigranti; Bovero M., “Democrazia al crepuscolo?”, in Bovero M., Pazè V. (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 11, che si domanda retoricamente «che ne è», di fronte alla questione degli immigrati, «della condizione di *inclusività* posta dalla prima regola della tavola di Bobbio?».

40. Sulla “cittadinanza di residenza” cfr. Wihtol De Wenden C., *Parzialmente francese. La prospettiva di una cittadinanza senza appartenenza nazionale*, «il Mulino», 1992, p. 137.

41. Rusconi G.E., *Se cessiamo di essere una nazione*, il Mulino, Bologna, 1993, pp. 176-177; sul tema cfr. anche, nello stesso senso, *Id.*, *Immigrazione in Europa. Impatto culturale e problemi di cittadinanza*, «il Mulino», 1992, spec. p. 116 ss., con la precisazione che l'Autore si riferisce alla necessità di innovare le forme (e i titolari) della partecipazione politica nell'ambito locale.

42. Sulla valorizzazione della residenza e sul suo crescente peso come “condizione” del godimento di diritti, cfr., fra gli altri, Ciancio A., *I diritti politici...*, *op. cit.*; Zincone G., *Cittadinanza: trasformazioni in corso*, «Filosofia politica», 1, 2000, p. 71 ss.; sottolinea la necessità per la cittadinanza, come istituto «in grado di garantire a tutti coloro che risiedono in modo stabile in un territorio la pienezza dei diritti civili, sociali e politici», di «tornare alle origini per vincolarsi alla condizione di residenza», De Lucas J., *Globalizzazione e immigrazione. L'immigrazione come «res politica»: diritti, cittadinanza, sovranità*, «Teoria politica», 2-3, 2003, p. 35 (ulteriori riflessioni dell'Autore, con riferimento specifico anche al diritto di voto degli stranieri, sono in *Id.*, *Una democrazia plural y inclusiva*, *paper* al Seminario internazionale “Giustizia e libertà. E terze vie?”, Torino, 20 novembre 2009); ragiona di un «graduale affermarsi del criterio sostanziale (socio-economico) della residenza» e, in specie, considera come l'eventuale attribuzione dei diritti politici agli stranieri (per la quale l'Autrice ritiene necessaria la revisione costituzionale) accreditata «il principio della c.d. *appartenenza reale* della persona ad una comunità statale in forza del legame duraturo che questa stabilisce con il territorio», Nicotra Guerrera I., *Territorio e circolazione della persone nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1995, spec. pp. 42-43.

di una cinica, per non dire *tout court* criminale, politica di chiusura delle frontiere.

Ma veniamo alla Costituzione⁴³: in che senso essa *riconosce* il diritto di voto agli stranieri?

Il discorso interroga, *in primis*, la natura del diritto politico, le implicazioni del principio democratico, il contenuto della sovranità popolare e il concetto di popolo. Quanto alla natura del diritto politico, si può accantonare la concettualizzazione dello stesso come «diritto ad una pubblica funzione»⁴⁴ propria della teoria dei diritti pubblici soggettivi e assumere la qualificazione del diritto politico come diritto di partecipazione. I diritti politici possono essere definiti come i diritti che assicurano a ciascuna persona umana la partecipazione al governo della comunità in cui vive, in coerenza con il principio democratico.

Principio democratico e sovranità popolare inducono a privilegiare fra le due concezioni che affiorano in Assemblea Costituente, i diritti politici come strumento della democrazia (impostazione congruente con la loro costruzione in termini di diritti della persona umana) e come attributo della nazionalità (concezione tradotta nella riserva ai cittadini)⁴⁵, la prima.

La Corte costituzionale, invero, riconduce il diritto di voto fra i diritti inviolabili *ex art. 2 Cost.*⁴⁶, ma al contempo assume l'affermazione che il diritto politico è un «diritto dell'uomo, in quanto cittadino». Il giudice costituzionale sembra riferirsi, da un lato, al tradizionale legame diritti politici-cittadinanza, e, dall'altro, all'idea – che traspare dalla giurisprudenza sullo *status* dello straniero – della «diversità dei rapporti esistenti tra lo Stato e il cittadino e lo Stato e lo straniero»⁴⁷. Cittadino e straniero sono entrambi persone umane e, in quanto tali, titolari dei «diritti inviolabili dell'uomo» *ex art. 2 Cost.*, ma vi è una «basilare differenza»: «il primo ha con lo Stato un rapporto di solito

43. Per riferimenti comparati, cfr. Fiumicelli D., *L'integrazione degli stranieri...*, *op. cit.*

44. Romano S., «La teoria dei diritti pubblici subbiettivi», in Orlando V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Società Editrice Libreria, Milano, 1900, p. 191; per una ricostruzione del concetto di diritto politico, a partire dalla teoria dei diritti pubblici soggettivi, si rinvia, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, a Algostino A., *I diritti politici dello straniero*, *op. cit.*, p. 21 ss.

45. Un'analisi puntuale delle discussioni in Assemblea Costituente mostra indicazioni non univoche: dagli interventi sul tema del voto degli italiani all'estero e da quelli sui diritti degli italiani non appartenenti alla Repubblica si può dedurre un forte riferimento alla nazionalità (e una conseguente chiusura nei confronti degli stranieri non «nazionali»), pur rilevando la presenza di spunti in senso contrario; mentre in altri interventi emerge il legame fra democrazia e diritti politici (per un approfondimento, si rinvia a Algostino A., *I diritti politici dello straniero*, *op. cit.*, p. 35 ss.).

46. Cfr., ad esempio in relazione al diritto di elettorato passivo, Corte cost., sentt. n. 235 del 1988, n. 571 del 1989 e n. 141 del 1996.

47. Corte cost., sent. n. 244 del 1974 («Giurisprudenza costituzionale», 1974, p. 2363).

originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo»⁴⁸.

Questa «basilare differenza», peraltro, non sussiste fra cittadini e stranieri residenti stabilmente nel territorio italiano, per cui la differenza si traduce in una discriminazione, che si manifesta come irragionevole.

Non osta alla costruzione del diritto di voto come diritto riconosciuto sulla base di un'appartenenza sostanziale alla comunità politica, la lettera dell'art. 48 della Costituzione. Da un lato, infatti, occorre soppesare adeguatamente la sua *ratio*, che traspare nell'insistenza sul «tutti»: garantire il suffragio universale, senza esclusioni; suffragio universale che, *ça va sans dire*, costituisce contenuto (minimo) di concretizzazione del principio democratico. Dall'altro lato, si può ricordare che il dato testuale, come si inferisce anche dalle pronunce della Corte costituzionale, non ha rappresentato in altre ipotesi un ostacolo: basti qui richiamare la giurisprudenza sull'«uguaglianza degli stranieri» ex art. 3 Cost., o l'interpretazione della dottrina prevalente sull'intitolazione delle libertà di riunione e di associazione (libertà non direttamente appartenenti al campo dei diritti politici, ma sicuramente attigue ad essi)⁴⁹.

Restano, peraltro, alcuni elementi, nelle norme in tema di diritti politici, che militano nel senso della cittadinanza-nazionalità: dall'art. 51, co. 2, Cost., si può dedurre, con il ricorso all'argomento *a contrario*, che la parificazione ai cittadini solo degli «italiani non appartenenti alla Repubblica» per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, costituisce una prova dell'esclusione degli stranieri⁵⁰ (come a dire, dove si è reputato di estendere la sfera dei diritti politici anche a non cittadini è stata prevista una specifica eccezione, *ergo* se non lo è, non vi è una volontà in tal senso)⁵¹; dall'articolo 48, co. 3, Cost., che mira ad assicurare l'«effettività» dell'«esercizio del diritto di voto dei cittadini residenti all'estero», risulta un *favor* per l'appartenenza formale e *ius sanguinis*⁵².

Spezza invece una lancia, se pur nel senso della possibilità, non ancora doverosità dell'estensione sulla base dell'appartenenza sostanziale, la previsione

48. Corte cost., sent. n. 104 del 1969 («Giurisprudenza costituzionale», 1969, pp. 1590-1591).

49. In una bibliografia amplissima, anche per ulteriori riferimenti, si veda Giorgis A., Grosso E., Losana M. (a cura di), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, FrancoAngeli, Milano, 2017.

50. In questo senso, ad esempio, D'Orazio G., *Lo straniero...*, *op. cit.*, p. 311.

51. Con la possibilità di considerare altresì come, da un lato, il riferimento all'«italianità» segua un approccio nazionalista, ispirato allo *ius sanguinis*; dall'altro, come si tratti pur, sempre, comunque, di un superamento rispetto alla condizione di possesso della cittadinanza.

52. Fra chi sostiene che «l'aver riconosciuto il diritto di voto agli italiani all'estero è una conferma che: a) il diritto di voto è prerogativa esclusiva del cittadino; b) che la cittadinanza non è da ritenersi un fatto residenziale ma nazionale [...]», Frosini T. E., *Gli stranieri tra diritto...*, *op. cit.*; in senso diverso, cfr. Cuniberti M., *Alcune osservazioni...*, *op. cit.*

della cittadinanza europea, con il riconoscimento ai cittadini comunitari del diritto di voto alle elezioni comunali e per il Parlamento europeo in relazione alla residenza⁵³. Si incrina il legame cittadinanza-Stato nazionale e l'esclusività del rapporto cittadinanza-diritto politico: la cittadinanza comunitaria è – come è noto – derivata o accessoria, ma la sua introduzione frantuma l'immagine della cittadinanza come un “dentro o fuori” monolitico, aprendo la strada alla sua configurazione su più livelli, in primo luogo in riferimento alla residenza⁵⁴, anche nell'ambito dei diritti politici. Peraltro, al momento, pare difficile ipotizzare, in presenza di una politica comunitaria sempre più improntata nel segno della fortezza Europa, che si incentivino in seno all'Unione europea scelte nel senso di una maggior integrazione politica degli stranieri extracomunitari stabilmente residenti⁵⁵, risolvendosi quindi la rottura della monoliticità della cittadinanza in una semplice riproduzione, solo su un territorio più vasto, della logica escludente dei confini e dello *ius sanguinis*.

Sempre a livello europeo, nell'ambito del Consiglio d'Europa, apre potenzialmente al riconoscimento del diritto di voto agli stranieri (se pur limitatamente alle elezioni locali), la Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, firmata a Strasburgo il 5 febbraio 1992⁵⁶: l'a-

53. Cfr. Carta europea dei diritti fondamentali, artt. 39-40; TFUE, art. 22.

54. Bascherini G., *Immigrazione e diritti fondamentali...*, op. cit., pp. 159-160, rileva come «gli sviluppi in ambito UE contribuiscono ad una frammentazione del modello unitario di cittadinanza nelle sue diverse componenti: identità collettiva, appartenenza e partecipazione politica, diritti sociali», ma sottolinea altresì come «questa frammentazione della cittadinanza si accompagna ad una riconferma del problematico legame tra nazionalità e partecipazione politica: mentre infatti per i cittadini europei la cittadinanza “politica” si sgancia dalla nazionalità, per i cittadini dei Paesi terzi tende invece a rafforzarsi in chiave escludente il vincolo tra appartenenza nazionale e partecipazione politica»; sul tema della «disaggregazione della cittadinanza», cfr., fra gli altri, Benhabib S., *Another Cosmopolitanism*, 2006, trad. it. *Cittadini globali. Cosmopolitismo e democrazia*, il Mulino, Bologna, 2008, spec. pp. 59-60.

55. Vi sono, invero, alcune risoluzioni e comunicazioni favorevoli all'estensione del diritto di voto alle elezioni municipali ai cittadini di Paesi terzi residenti da lungo tempo in uno Stato membro, ma restano al livello di una mera dichiarazione (per un esempio, si vedano Commissione europea, *Comunicazione su immigrazione, integrazione e occupazione* (COM (2003) 336, Bruxelles, 3.6.2003); Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 22 aprile 2009 su una politica d'immigrazione comune per l'Europa: principi, azioni e strumenti* (2008/2331(INI)).

56. Sulla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, cfr., tra gli altri, Ungari P., *Sul voto amministrativo agli stranieri in Europa*, «I diritti dell'uomo», 1991, p. 45 s.; Melica L., *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 35 ss.; Colletta G., “Verso l'estensione del diritto di voto ai non cittadini”, in D'Aloia A. (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, spec. p. 362; Zincone G., Ardovino S., *I diritti elettorali dei migranti nello spazio politico e giuridico europeo*, «Le istituzioni del federalismo», 5, 2004, pp. 742-743. La Convenzione è stata recepita in Italia con legge n. 203 del 1994, che ha escluso dalla ratifica proprio il

desione alla Convenzione, tuttavia, è stata scarsa e fra gli aderenti la maggior parte degli Stati si è limitata a ratificare i primi due capitoli, più generici, con un *opting out* sul terzo, che prevede il voto alle elezioni locali⁵⁷.

Tornando all'articolo 48 della Costituzione, la cittadinanza può essere vista come il parametro che costituisce o, meglio, ha costituito, il criterio per identificare le persone umane che vivono in una determinata comunità⁵⁸. Quando tuttavia si realizza uno scarto fra coloro che partecipano alla vita della comunità e coloro che godono del diritto di voto⁵⁹, il criterio si rivela, in un orizzonte democratico, inadeguato; del resto, proprio la storia del suffragio è una storia di progressive estensioni⁶⁰.

La titolarità da parte degli stranieri del diritto di voto deve, cioè, essere riconosciuta quale (necessaria) implicazione della proclamazione, nell'art. 1 Cost., del principio democratico. Tale principio, che fornisce «il supremo criterio interpretativo di tutte le altre disposizioni», assumendo il «rango di supernorma»⁶¹, impone di considerare irrilevante (o di superare) la lettera dell'articolo 48 Costituzione, per scongiurare un *vulnus* al carattere democratico dello Stato⁶² e la nascita di una nuova classe di “sudditi” e di “esclusi”⁶³.

Capitolo C della Convenzione riguardante il «diritto di voto alle elezioni locali» (artt. 6-7); quanto, invece, agli Stati che hanno sottoscritto tale Capitolo essi per lo più già prevedevano forme di partecipazione alle elezioni locali degli stranieri.

57. La prima parte richiama i principi generali in materia di diritti fondamentali civili e politici; la seconda parte incentiva l'istituzione di organismi consultivi; la terza parte prevede l'impegno a riconoscere il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni locali ad ogni residente straniero, dopo cinque anni di residenza regolare e abituale sul territorio nazionale (art. 6, co. 2, Parte C, della Convenzione di Strasburgo).

58. Vedi Grosso E., *La titolarità del diritto...*, *op. cit.*: «la causa di legittimazione della titolarità dei diritti politici non si ritrova in un dato formale (la cittadinanza-*nationalité*), ma nel dato sostanziale che è ad esso presupposto (l'individuazione di una comunità politica, cioè di un popolo, cioè di una cittadinanza-*citoyenneté*)» (p. 29).

59. Si ricorda che nel presente contributo, l'oggetto è in specifico il diritto di voto, non, genericamente, i diritti politici, il cui riconoscimento anche in capo agli stranieri (si pensi, ad esempio, al diritto di associarsi in partiti) non è (più) in discussione (il che, per inciso, vale a spezzare la monoliticità della riserva della categoria “diritti politici” al cittadino).

60. Per tutti, si ricorda Bobbio N., “Democrazia”, in Bobbio N., Matteucci N. (a cura di), *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1976, p. 301.

61. Mortati C., “Art. 1”, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1957, p. 2; *infra*, l'Autore si riferisce alla «stretta connessione che lega la qualifica di democrazia al gruppo delle norme successive alla prima, ciascuna delle quali assume, [...] la funzione di svolgerla e di integrarla» (p. 7).

62. Sul punto, cfr. Onida V., *Relazione introduttiva...*, *op. cit.*, p. 17: «c'è una contraddizione insita nel definire “democratica” una Repubblica che nega i diritti politici a una quota consistente e crescente degli individui che in essa vivono, spesso intenzionati a restarvi».

63. Cfr., ad esempio, Balibar É., *Razzismo, nazione e classe*, «criticaMarxista», 1993, p. 80; Dal Lago A., *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Fel-

Sempre restando all'articolo 1, l'argomentazione prospettata è suffragata dal riferimento alla sovranità popolare. Quest'ultima, seguendo la tesi crisafulliana, si manifesta non solo attraverso i diritti politici (sia che siano intesi in senso stretto come diritti elettorali sia in senso ampio come comprendenti anche la partecipazione attraverso i partiti politici), ma anche con l'esercizio di diritti come le libertà di riunione e di associazione⁶⁴.

L'esercizio dei diritti fondamentali, in altri termini, può configurarsi, per dirlo con le parole di Ferrajoli, come esercizio di sovranità popolare frammentata: «i diritti fondamentali danno forme e contenuti alla volontà popolare» e costituiscono «*frammenti di sovranità popolare*»⁶⁵.

Ne consegue che anche i non cittadini, esercitando i diritti, partecipano della sovranità, e che, pertanto, il popolo, titolare della sovranità, non coincide con il corpo elettorale⁶⁶, né con l'insieme di coloro che posseggono il titolo di cittadino⁶⁷.

Il carattere fondante la forma di Stato del lavoro (art. 1, Cost.), lo stretto legame fra l'art. 1 e l'art. 3, co. 2, Cost.⁶⁸, il riferimento all'«effettiva partecipazione di *tutti i lavoratori* all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, co. 2, Cost.) e alla «*pari dignità sociale*» (art. 3, co. 1, Cost.), così come l'insistenza sull'effettività, *alias* sul dato sostanziale, costituiscono, quindi, ulteriori elementi che fondano la necessità di un superamento delle barriere formali della cittadinanza. L'uguaglianza sostanziale esprime «l'idea della storicità del processo democratico e della progressiva estensione della democrazia»⁶⁹, nel suo anelito a ricongiungere aspetto formale e aspetto so-

trinelli, Milano, 2002, spec. p. 223; Ferrajoli L., *Principia iuris...*, *op. cit.*, che ragiona di «un nuovo proletariato», discriminato socialmente, economicamente e giuridicamente (p. 353).

64. Crisafulli V., *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, «Rassegna Giuliana di Diritto e Giurisprudenza», 1954, in particolare p. 40 ss.; nello stesso senso, cfr. Martines T., «Art. 56-58», in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Le Camere*, Tomo I, Bologna-Roma, 1984, p. 72.

65. Ferrajoli L., *Principia iuris...*, *op. cit.*, pp. 10-11.

66. Così Mortati C., «Art. 1», *op. cit.*, pp. 27-28; mentre, in senso critico sulla coincidenza fra corpo elettorale e popolo, cfr. Crisafulli V., *La sovranità popolare...*, *op. cit.*, spec. p. 26 ss.

67. Approfondite argomentazioni sul punto sono in Corsi C., *Sovranità popolare...*, *op. cit.*, p. 134 ss.

68. Sull'«essenziale collegamento tra il co. 2 dell'art. 3 e l'art. 1», ovvero sul nesso fra lavoro, partecipazione, uguaglianza, *ex multis*, cfr. Dogliani M., Giorgi C., *Costituzione italiana: art. 3*, Carocci, Roma, 2017, p. 101; Luciani M., *Radici e conseguenze della scelta repubblicana di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, «ADL - Argomenti di diritto del lavoro», 3, 2010, p. 634 s.; Basso L., «Per uno sviluppo democratico nell'ordinamento costituzionale italiano», in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente, v. IV: Aspetti del sistema costituzionale*, Firenze, 1969, p. 17.

69. Cfr. Caravita B., *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984, p. 113.

stanziale⁷⁰, in tutte le tre accezioni alle quali si riferisce l'art. 3, co. 2, Cost.: politica, economica e sociale.

Nel senso della doverosità del riconoscimento del diritto di voto allo straniero, può quindi citarsi anche l'art. 2 Costituzione, in quanto fondante una «comunità di diritti e doveri», «più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto», la quale – come ha affermato la Corte costituzionale – «accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, *ricevono diritti e restituiscono doveri*, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei *corrispettivi doveri di solidarietà*, prescinde del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza»⁷¹. Che lo straniero sia assoggetto ai doveri è indubbio⁷²; del resto alcuni di essi sono anche letteralmente intitolati a «tutti», come il dovere tributario (art. 53, co. 1, Cost.)⁷³. Certo in quest'ultimo caso si tratta del profilo economico della solidarietà, ma qual è il senso di distinguere fra le varie accezioni della solidarietà? In tal modo, fra l'altro, si viola esplicitamente il principio «*no taxation without representation*»⁷⁴ che «rappresentò, più di un secolo fa, un forte argomento nella lotta per la conquista del suffragio universale»⁷⁵.

Perplessità, semmai, sorgono in relazione all'attribuzione allo straniero dei diritti elettorali sulla base della considerazione della titolarità del dovere di «concorrere alle spese pubbliche», in quanto si potrebbe aprire la strada all'affermazione di corrispondenze fra doveri e diritti potenzialmente contrastanti con il principio democratico e di eguaglianza, come nell'ipotesi, ad esempio,

70. Vedi Pinelli C., *Società multiculturale e Stato costituzionale*, www.associazione-nedeicostituzionalisti.it, 2009, nonché «Diritti fondamentali.it», 1, 2012, laddove ritiene il riconoscimento del diritto di elettorato attivo e passivo «agli stranieri residenti nel Paese da un ragionevole periodo di tempo», non solo non «incompatibile con le premesse delle democrazie pluralistiche, ma corrisponde[nte] alle istanze di inclusività di cui si alimentano», nella prospettiva di una «piena effettività al principio di eguaglianza», pur non considerandolo «a portata di mano», ma «raggiungibile nel medio periodo» (*op. cit.*, p. 15).

71. Corte cost., sent. n. 172 del 1999 («Giurisprudenza costituzionale», 1999, p. 1703, corsivo mio, nda).

72. Per argomentazioni relative agli artt. 52 e 54, si rinvia a Algostino A., *I diritti politici dello straniero*, *op. cit.*, p. 234 ss.; sull'assoggettamento del non cittadino ai doveri, cfr. Grosso E., «I doveri costituzionali», in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Lo status costituzionale del non cittadino*, Jovene, Napoli, 2010, p. 229 ss.

73. Sin dalle discussioni in sede di Assemblea Costituente viene espressamente specificato che «quel “tutti” riguarda anche gli stranieri» (intervento di Ruini, Assemblea costituente, seduta del 23 maggio 1947, in *La Costituzione*, *op. cit.*, vol. III, p. 1928).

74. Fra chi recentemente richiama il principio in questione, cfr., ad esempio, Panebianco A., «*Representation without Taxation*»: *l'idea di cittadinanza in Italia*, «il Mulino», 1991, p. 54 ss.

75. Grosso E., «Straniero (*status* costituzionale dello)», *op. cit.*, p. 178; cfr. anche Cunierti M., *La cittadinanza...*, *op. cit.*, p. 448.

della graduazione del diritto di voto in relazione a parametri censitari connessi all'assolvimento delle imposte sul reddito⁷⁶.

4. Osservazioni conclusive: il diritto di voto agli stranieri e la Costituzione controcorrente

Se si legge la Costituzione, nella prospettiva dei diritti umani e di una democrazia sostanziale, se si valorizza la sua tensione all'effettività e l'attuazione *magis ut valeat* delle sue norme, si può concludere nel senso che già *rebus sic stantibus* gli stranieri *devono* essere riconosciuti titolari del diritto di voto. Certo, nell'era dei decreti sicurezza che revocano la cittadinanza solo per coloro che in precedenza erano stranieri o criminalizzano chi salva i naufraghi, suona particolarmente utopica l'idea che lo straniero sia costituzionalmente riconosciuto titolare del diritto di voto, veicolando l'idea che esiste un solo *status* giuridico, quello della persona umana. Il giurista, tuttavia, non deve asserragliarsi nelle trincee dell'esegeta delle norme, o, peggio, crogiolarsi nel ruolo di servo del potere, ma deve provare a «scalare il cielo»⁷⁷: il diritto, oltre che stabilizzare le regole che disciplinano la vita di una società, ovvero tradurre e proiettare nel futuro i rapporti di forza⁷⁸, può avere anche una funzione di anticipazione normativa rispetto al “comune sentire”⁷⁹, ovvero una funzione promozionale⁸⁰.

76. *Ad adiuvandum*, a favore dell'estensione della titolarità del diritto di voto, si possono menzionare anche l'art. 6 Cost., nella volontà di rendere effettiva, dal punto di vista della rappresentanza, la tutela di minoranze interpretate in maniera evolutiva; l'art. 10, co. 3, Cost., appoggiandosi alla *ratio* del diritto di asilo, per riconoscere in capo all'asilato, superando indicazioni giurisprudenziali contrarie (Corte cost., sent. n. 11 del 1968), i diritti politici e, quindi, chiamare in causa il principio di eguaglianza e l'irragionevolezza dell'esclusione degli “altri” stranieri; gli articoli 10, 11 e 117, co. 1, Cost., quali “copertura” di norme internazionali che in ipotesi garantiscano il diritto di voto agli stranieri o si riferiscano ad una categoria ampia di diritti cosmopolitici comprensivi anche dei diritti politici.

77. Azzariti G., *I costituzionalisti al tempo di Babele*, «Costituzionalismo.it», 2, 2010.

78. Come altrove sostenuto (Algostino A., *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto*, Giappichelli, Torino, 2018).

79. «Vale la pena di tentare», con la speranza – la storia lo ha già dimostrato – che anche se «la tutela di determinati interessi generali appare[isse] ai giuristi impossibile allo stato della legislazione», esplodano poi «linee interpretative clamorosamente nuove che nessuno» sarà «capace di frenare» (Palombarini G., *Dalla guerra all'immigrazione: quale politica del diritto di sinistra?*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 1999, p. 20).

80. Cfr. in proposito, fra gli altri, Barile P., “I diritti umani come diritti costituzionali”, in Caprioli S., Treggiari F. (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Stabilimento tipografico «Pliniana», Perugia, 1992: «accanto alla giuridicità, all'effettività e alla giustiziaabilità esiste il diritto in funzione promozionale»; «il diritto segue di regola quelli che sono i mutamenti, i bisogni della società, ma è vero anche che talvolta può precederli» (p. 82); Spadaro A., “La transizione costituzionale. Ambiguità e polivalenza di un'importante no-

Esiste un solido terreno sul quale poggiare la scala verso il cielo, ed è la Costituzione: ai confini esterni che uccidono e ai confini interni che escludono, si può opporre una Costituzione che della persona umana fa il suo fulcro⁸¹ e che, proprio muovendo dalla consapevolezza dell'imperfezione della democrazia⁸² e dal rischio di astrattezza dei diritti, stabilisce un progetto per costruire la democrazia e rendere effettivi i diritti, insistendo sulla necessità di colmare il divario fra la realtà e le proclamazioni⁸³.

La Costituzione, *tutta*, oggi è *controcorrente*: inattuata dalle istituzioni e dalle forze politiche si trasforma sempre più in un progetto contro le istituzioni e l'indirizzo politico di maggioranza, è invocata da cittadini e movimenti sociali quale fondamento per scelte politiche *altre* rispetto a quelle esistenti. Essa trova in coloro che lottano per la casa e la dignità del lavoro, nei movimenti per la difesa dell'ambiente e del territorio, una nuova vita, mostrandosi ancora capace di sorreggere vecchie e nuove rivendicazioni di partecipazione, diritti, giustizia, come il diritto di voto per tutti coloro che partecipano alla vita della società.

zione di teoria generale”, in *Id.* (a cura di), *Le “trasformazioni” costituzionali nell’età della transizione*, Giappichelli, Torino, 2000, laddove sottolinea «l’importanza primigenia che ha, o potrebbe avere, il diritto – e segnatamente il diritto costituzionale – nel processo di formazione dei fatti», ricordando Heller, «quando affermava che, accanto a una forza “normativa” della “normalità”, esiste una forza “normalizzante” della “normatività”», e che «la funzione del diritto non è solo meramente *descrittiva*, ma anche eminentemente e squisitamente *prescrittiva*» (p. 80); per altre citazioni, si veda Bucci G., “Eguaglianza, immigrazione e libertà di circolazione nell’era della mondializzazione dell’economia”, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, I, Giappichelli, Torino, 2005. Per tutti, sulla metamorfosi del diritto, da strumento essenzialmente di controllo sociale ad una «funzione promozionale», vedi Bobbio N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, spec. pp. 13-42.

81. Il principio personalista può essere definito come «il principio», con una «incomprimibile attitudine a pervadere l’intero campo costituzionale» e con la sua «eccedenza assiologica», che si rovescia su tutto l’ordinamento (Ruggeri A., *Il principio personalista e le sue proiezioni*, «Federalismi.it», 17, 2013).

82. Sulla «smisurata ambizione» della democrazia, e, insieme, sulla sua imperfezione, il suo essere «un intrico di conquiste», ma anche di cadute e «drammatiche smentite», si veda Mastropaolo A., *La democrazia è una causa persa? Paradossi di una invenzione imperfetta*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011.

83. Si vedano, per tutti, gli interventi in Assemblea Costituente di Togliatti e Basso (AC, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, *Resoconto sommario, Seduta di mercoledì 11 settembre 1946*, p. 30); Laconi (AC, *Seduta di mercoledì 5 marzo 1947*, pp. 1781-1872, e *Seduta pomeridiana di lunedì 24 marzo 1947*, p. 2421); Mattei (AC, *Seduta pomeridiana di martedì 18 marzo 1947*, p. 2270).

La cittadinanza ai tempi del sovranismo tra regressione della cultura giuridica e riforme legislative “progressiste”

di Antonello Ciervo*

Sommario: 1. (Quasi) trent’anni dopo: andata e ritorno per il concetto di cittadinanza. – 2. Sul perdurare dei vecchi paradigmi nella recente giurisprudenza costituzionale e nelle proposte legislative di riforma della legge sulla cittadinanza. – 3. Il possibile scardinamento della dicotomia “iure sanguinis/iure soli”: l’emersione del c.d. “ius culturae”. – 4. In conclusione: qualche modesta proposta di riforma.

1. (Quasi) trent’anni dopo: andata e ritorno per il concetto di cittadinanza

Se si volge lo sguardo all’indietro e si prova a tessere le fila del dibattito giuridico che, sin dagli anni Novanta del secolo scorso, si è dipanato nel nostro Paese in materia di cittadinanza, colpisce il fatto che una serie di questioni che sembravano all’ordine del giorno nell’agenda legislativa siano state ormai messe completamente da parte nella discussione odierna.

La legge n. 91/1992, nel momento in cui entrava in vigore, appariva già inadeguata a far fronte alle nuove questioni migratorie che si agitavano ai confini dell’Europa all’indomani del crollo del blocco sovietico e questo perché era ancora tutta imperniata sulla dicotomia novecentesca “*ius sanguinis/ius soli*”¹, permeata da una concezione “totalitaria” della cittadinan-

* Assegnista di ricerca in Diritto pubblico presso l’Università degli Studi di Chieti-Pescara “G. D’Annunzio”. Avvocato, Socio ASGI.

1. Sul punto si veda Bascherini G., *Brevi considerazioni storico-comparative su cittadinanza, “ius sanguinis” e “ius soli” nella vicenda italiana*, «Diritti umani e diritto internazionale», 2019, pp. 53-54: «Approssimativamente, può dirsi che il sangue rinvierebbe a una tradizione più ‘monarchico/liberale’ ed escludente, mentre il suolo a una tradizione più ‘repubblicano/democratica’ e inclusiva. [...] La stessa attribuzione al sangue e al suolo di una matrice culturale più ‘liberale’ o più ‘democratica’ si spiega anche alla luce di quel passaggio della cittadinanza dalle costituzioni ai codici civili che si compie agli albori del-

za². Se, da un lato, l'evocazione, neanche troppo nascosta nella legge, dei concetti di "sangue e suolo" stridevano con i temi all'ordine del giorno nel dibattito di fine secolo (primo fra tutti il completamento del processo di integrazione europea), dall'altro, la globalizzazione neo-liberale stava ridisegnando gli equilibri geo-politici del Vecchio continente, aprendo la porta alla politica dei "grandi spazi"³ e, sul piano dogmatico, disancorando l'idea stessa di cittadinanza dal perimetro nazionale in cui le vicende novecentesche l'avevano rinchiusa⁴.

lo Stato liberale, nelle prime tendenzialmente prevalendo il criterio territoriale e nei secondi invece quello del sangue». Tradizionalmente, nel solco della dicotomia qui criticata, cfr. Quadri R., voce "Cittadinanza", in *Novissimo Digesto italiano*, III, UTET, Torino, 1957, p. 306, che osserva in maniera perentoria – ma da contestualizzare al dibattito in corso in quegli anni – come «Storicamente il termine "cittadinanza" tende ad esprimere lo status caratteristico di coloro che costituiscono il nucleo individuatore di ogni comunità politica». Per un inquadramento opposto, si veda Cerrone F., "La cittadinanza e i diritti", in Riddola P., Nania R. (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, seconda edizione, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 277 ss. che declina la cittadinanza come dispositivo di assoggettamento nei confronti del potere costituito.

2. Il riferimento nel testo a Costa P., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 4. L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 213 ss., ma si veda in particolare pp. 347 ss. dove emerge con chiarezza come le idee di "sangue e suolo", che ancora oggi risiedono nella legislazione vigente, rinvino in maniera inquietante al dibattito scientifico inauguratosi in epoca fascista. Sui limiti della normativa italiana e sulla discontinuità rispetto al Ventennio fascista che ha voluto rimarcare il Costituente con l'art. 22 Cost. (non valorizzato né dalla dottrina, né tanto meno dalla giurisprudenza costituzionale), sia consentito il rinvio a Ciervo, A., "Per motivi politici": la revoca della cittadinanza italiana e l'attualità dell'art. 22 della Costituzione, «Critica del diritto», 2, 2018, p. 11 ss.; propone il mantenimento – ma in termini dinamici e aperti – della dicotomia "ius sanguinis/ius soli", Rinaldi E., *Ius soli: qualche precisazione di metodo in materia di diritti di cittadinanza e di diritti della cittadinanza*, «Diritto pubblico», 2018, pp. 587 ss.

3. Il riferimento è qui a Galli C., *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, il Mulino, Bologna, 2001; ma si veda anche il coevo lavoro di Bolaffi A., Marramao G., *Frammento e sistema. Il conflitto-mondo da Sarajevo a Manhattan*, Donzelli, Roma, 2001.

4. Paradigmatico di questo atteggiamento dottrinale, era la tesi sostenuta in quegli anni – e poi anche successivamente ripresa in altri lavori – da Luciani M., *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, «Rivista critica del diritto privato», 1992, p. 208, nel senso di un'apertura al diritto di voto per gli stranieri lungo soggiornanti, regolarmente residenti sul territorio; si veda anche, più di recente, sulla questione della rottura del legame tra democrazia e Stato nazionale e sulle prospettive di ampliamento degli spazi democratici a livello locale, Caravita B., *I diritti politici dei "non cittadini". Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, in Aa.Vv., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale. Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Jovene, Napoli, 2010, pp. 133 ss. Più in generale si veda il saggio di Habermas J., "Una Costituzione per l'Europa? Commento a Dieter Grimm [1995]", ora in *Id.*, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, seconda edizione, Feltrinelli, Milano, 2013, pp. 167 ss., in particolare p. 171: «La cittadinanza democratica [citizenship] fonda una solidarietà tra estranei relativamente astratta e comunque giuridicamente mediata. Si tratta di una forma d'integrazione sociale formatasi a partire dallo stato-nazione, e che si realizza come un contesto di comunicazione coinvolgente in sé la socializzazione politica. [...] Ciò che lega una "nazione di cittadini" – a differenza di una "nazione di popolo" [Volknation] – non è una qualche forma di sostrato primordiale, bensì semplicemente il contesto inter-soggettivamente condiviso di un'intesa possibile».

Se dunque un quarto di secolo fa il dibattito dottrinale e politico-filosofico sembrava saldamente ancorato lungo un asse teorico di chiara ispirazione kantiana, volto cioè al superamento del concetto di cittadinanza nazionale – come testimonia anche la “nascita” in quegli anni della c.d. “cittadinanza europea”⁵ –, oggi quella discussione che aveva trovato una vasta eco all’interno dell’opinione pubblica, non solo italiana, appare ormai superata. Si è verificata, infatti, una rapida inversione di tendenza che ha coinciso con il manifestarsi dei primi effetti della crisi economica globale di inizio secolo – in maniera forse anche più acuta della stagione di insicurezza apertasi dopo gli attacchi terroristici dell’11 settembre – e quella dottrina che vedeva nel paradigma dello Stato costituzionale una comunità aperta di interpreti del diritto, che andava tutto sommato a coincidere con la costruzione *in fieri* dell’Unione europea, appare oggi in crisi, avendo perso tutta la sua attrattiva forza teorica⁶.

Questi facili entusiasmi per la nascita di una nuova era globale, in breve, si sono dimostrati del tutto effimeri e la cittadinanza, legata indissolubilmente al mito della sovranità statale, non soltanto non può considerarsi un concetto da “modernariato giuridico”, ma è stata nuovamente assunta a paradigma della regolazione sociale, con il conseguente ritorno virulento di chiusure nazionaliste e con l’affermarsi di una cultura sovranista regressiva, dal punto di vista giuridico⁷. Il risultato è che tutti i tentativi intrapresi nel corso degli ultimi anni di modificare la legge del 1992 non hanno mai avuto esito positivo – in ragione del quadro generale sin qui tratteggiato, oltre che per una serie di ragioni politiche contingenti su cui mi pare opportuno sorvolare in questa sede –, e anche quando delle riforme sono state varate dal Parlamento, hanno modificato elementi di dettaglio e tutto sommato marginali della normativa vigente, senza mai affrontare il cuore della questione, quello cioè dell’amplia-

5. Sul concetto di “cittadinanza europea”, si vedano per tutti Cartabia M., voce “Cittadinanza europea”, in *Enciclopedia giuridica. Aggiornamento*, IV, Istituto dell’Enciclopedia Giuridica, Roma, 1995, pp. 4 ss., nonché più di recente Pinelli C., voce “Cittadinanza europea”, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, I, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 183 ss.; criticamente sul punto Azzariti G., *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2016, p. 122 che parla di «inconsistenza della nozione, esplicitamente eteroimposta ed esclusivamente formale».

6. Ha preso atto della fase di stallo del processo di integrazione europea, Habermas J., *Questa Europa è in crisi*, Laterza, Roma-Bari, 2012; per quanto concerne invece il dibattito giuridico, il modello teorico in crisi è senz’altro quello elaborato da Häberle P., *Lo Stato costituzionale*, Istituto dell’Enciclopedia Treccani, Roma, 2005. Al riguardo, parlare oggi di pluralismo ad “integrazione inclusiva” nell’ordine costituzionale europeo, come pure faceva meno di un decennio fa, seguendo l’insegnamento dottrinale citato, Ridola P., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 72 ss., appare purtroppo un segno della rapida involuzione del processo di integrazione europea e del venir meno della spinta teorica propulsiva del modello häberliano.

7. Da ultimo, si vedano le acute e condivisibili riflessioni di Levitsky S., Zibblatt D., *Come muoiono le democrazie*, Laterza, Roma-Bari, 2019.

mento (oltre che della semplificazione) delle procedure di accesso alla cittadinanza *iure soli*.

Del resto, proprio di recente, questi canali di accesso sono stati ulteriormente ristretti, in chiave palesemente incostituzionale, con l'entrata in vigore della legge n. 132/2018, a dimostrazione del fatto che, come detto, il concetto di cittadinanza risulta ancora oggi fortemente ancorato a quei pericolosi e inquietanti dispositivi di potere novecenteschi che prendono il nome di sovranità, nazione, sangue e suolo.

2. Sul perdurare dei vecchi paradigmi nella recente giurisprudenza costituzionale e nelle proposte legislative di riforma della legge sulla cittadinanza

L'incapacità di andare oltre la dicotomia "*ius sanguinis/ius soli*" ed il *favor* che da sempre il legislatore ha riconosciuto alla prima tipologia di accesso alla cittadinanza, trova un'ulteriore conferma nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: in due decisioni di questi ultimi anni – le sentenze nn. 258/2017 e 149/2019 –, infatti, la Consulta ha soltanto all'apparenza manifestato un atteggiamento di apertura rispetto ai processi di integrazione sociale che dovrebbero agevolare l'accesso degli stranieri alla cittadinanza italiana. In queste decisioni, infatti, tutta una serie di principi riconosciuti dalla Corte e che erano stati proclamati in alcuni suoi importanti precedenti – penso specificamente alle sentenze nn. 172/1999⁸ e 119/2015⁹ – sono state rimesse in discussione *de facto*.

8. In questo caso, la Corte affrontava la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Torino con riferimento all'art. 16, primo co. della legge n. 91/1992 che prevede l'assoggettamento degli apolidi residenti alla leva obbligatoria. Nel dichiarare non fondata la questione, il Giudice delle leggi aveva modo di affermare, al punto 2.3. del "Considerato in Diritto", come la scelta del legislatore fosse ragionevole, in quanto gli apolidi godono nel nostro ordinamento di un'ampia tutela giuridica, pur non potendo partecipare attivamente alla politica nazionale, poiché fanno comunque parte di una comunità di diritti «[...] la partecipazione alla quale ben può giustificare la sottoposizione a doveri funzionali alla sua difesa. Tale comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza» (*ivi*). Per valutazioni opposte sulla sentenza in commento, si vedano Grosso E., *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, «Giurisprudenza costituzionale», 1999, pp. 1705 ss. e Moschella G., *Sul mantenimento dell'obbligo del servizio militare di leva per gli apolidi: una interpretazione discutibile della Corte*, *ivi*, pp. 1728 ss.

9. Con questa sentenza, invece, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 3, primo co. del decreto legislativo n. 77/2002, con riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., osser-

Entrando nel merito, si consideri la sentenza n. 258/2017 con cui, come è noto, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 10 della legge n. 91/1992, nella parte in cui non prevedeva che fosse esonerato dal giuramento lo straniero incapace, in ragione di grave e accertata condizione di disabilità: la decisione, che si distingue dalle altre in materia per l'utilizzo del principio di uguaglianza sostanziale, in verità conferma l'irrigidimento della dicotomia "*ius sanguinis* / *ius soli*", impiegando il principio di cui al capoverso dell'art. 3 Cost. soltanto a fronte dell'adempimento da parte dello straniero di tutti i requisiti previsti dalla legge, nei casi di richiesta di cittadinanza per residenza continuata nel tempo. La Corte osserva, al riguardo, con riferimento al diritto all'istruzione del disabile, come sussista un compito promozionale della Repubblica volto all'inserimento sociale di tale categoria di persone, a parità di condizioni con tutti gli altri membri della comunità statale e che, nel caso dell'acquisto della cittadinanza italiana, opera immediatamente «[...] ove siano soddisfatte le altre condizioni previste dalla legge che regola l'acquisizione della cittadinanza [...] La necessità [del giuramento] e la mancata acquisizione della cittadinanza che, in sua assenza, ne consegue, può determinare una forma di emarginazione sociale che irragionevolmente esclude il portatore di gravi disabilità dal godimento della cittadinanza, intesa quale condizione generale di appartenenza alla comunità nazionale»¹⁰.

Appare quanto meno criticabile, a mio avviso, che il riconoscimento di una condizione di eguaglianza sostanziale in capo allo straniero affetto da disabilità (e che aspira a diventare cittadino) non rilevi a monte del processo di integrazione sociale – in quanto anch'egli appartenente ad una comunità di individui che hanno diritti e doveri, per parafrasare le parole della sentenza n. 172/1999, che non necessariamente deve coincidere con quella dei cittadini

vando come l'istituto del servizio civile abbia ormai subito una rilevante trasformazione – non soltanto legislativa, ma anche sociale e culturale –, così come del resto la stessa idea di "difesa della Patria" perché: «Dall'originaria matrice di prestazione sostitutiva del servizio militare di leva [...] esso si qualifica ora come istituto a carattere volontario, al quale si accede per pubblico concorso. L'ammissione al servizio civile consente oggi di realizzare i doveri inderogabili di solidarietà e di rendersi utili alla propria comunità, il che corrisponde, allo stesso tempo, ad un diritto di chi ad essa appartiene. [...] Il dovere di difesa della Patria non si risolve soltanto in attività finalizzate a contrastare o prevenire un'aggressione esterna, ma può comprendere anche attività di impegno sociale non armato. [...] L'esclusione dei cittadini stranieri, che risiedono regolarmente in Italia, dalle attività alle quali tali doveri si riconnettono appare di per sé irragionevole» (così al punto 4. 1. del "*Considerato in Diritto*"). In dottrina, si veda per tutti Penasa S., *Verso una "cittadinanza costituzionale?"*. *L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, «Rivista AIC», 3/2015, 18.9.2015; con riferimento al precedente della Corte in materia di accesso degli stranieri al servizio civile, cfr. Bascherini G., *Il servizio civile tra Stato e Regioni, i doveri di solidarietà, la cittadinanza*, «Giurisprudenza costituzionale», 2014, pp. 534 ss.

10. Così al punto 9 del "*Considerato in Diritto*".

–, ma soltanto a valle dell’adempimento di tutte le condizioni previste dalla legge per diventare finalmente italiano *iure soli*. In sintesi, finché i requisiti da adempiere dipendono dallo straniero che aspira alla cittadinanza, il loro perseguimento è un onere e un dovere per lo stesso e a nulla rileva il fatto che sia disabile e non possa, quindi, in condizione di effettiva parità, anche con gli altri stranieri presenti sul territorio, maturare tali requisiti.

Viceversa, una volta che lo straniero disabile abbia adempiuto a tali obblighi, allora l’ultimo ostacolo per il raggiungimento della cittadinanza – il prestare giuramento – non potendo essere imputabile allo stesso, non può che essere considerato un ostacolo di natura sociale al perseguimento della sua effettiva uguaglianza rispetto a tutti gli altri cittadini, nel cui novero può ormai essere incluso¹¹.

Mentre in questa decisione la difficile condizione dello straniero disabile, che ha più difficoltà dello straniero non disabile a maturare i requisiti per la richiesta di cittadinanza *iure soli*, sembra prendere il sopravvento rispetto alla disabilità *tout court*, la recente sentenza n. 149/2019 invece dimostra ancora una volta il perdurare del *favor* nei confronti di chi, pur essendo non-cittadino, ha però la possibilità di acquisire la cittadinanza *iure sanguinis*. Come è noto, infatti, la legge n. 379/2000 – che abrogò l’art. 18 della legge n. 91/1992 – nasceva dall’esigenza di riconoscere la cittadinanza in linea diretta a coloro che, pur essendo nati nei territori appartenuti originariamente all’Impero austro-ungarico, poi acquisiti dall’Italia all’indomani del Trattato di Rapallo, erano emigrati all’estero prima del 16 luglio 1920: tale “privilegio”, inoltre, veniva

11. Sulla sentenza in commento, si veda in dottrina, Randazzo A., *Disabilità e acquisto della cittadinanza. Prime notazioni a margine della sent. n. 258 del 2017 della Corte costituzionale*, «Rivista AIC», 1-2/2019, 12.4.2019, in particolare p. 18, dove si osserva come «In definitiva, allora, la decisione qui commentata, che non risulta senza effetto anche sul “tipo di democrazia” che si vuole realizzare, è tangibile testimonianza di “un diritto capace di ‘empatia’ verso la varietà delle situazioni concrete”; essa, pertanto, appare destinata ad entrare nel novero di quelle [...] che offrono un prezioso servizio alla categoria di soggetti deboli che sono coloro che sono affetti da una qualche forma di disabilità, alzando sempre di più l’attenzione e, con questa, l’asticella della tutela nei loro confronti». Si veda anche Addis P., *Disabilità e giuramento per l’acquisizione della cittadinanza (osservazioni a Corte cost., sent. n. 258/2017)*, in www.giurcost.org, 23.7.2018, p. 446, il quale osserva, riprendendo le parole di Paolo Grossi, come in questo ambito la Corte sembra davvero «[...] rivestire le funzioni di “autentico polmone respiratorio per l’intero ordinamento giuridico nella sua costante attenzione verso il continente parzialmente sommerso dei valori”, attenta a recepire quanto emerge dalla società e – coerentemente con tali fattori – a dar tutela a chi, per le più svariate cause, venga a essere “indebolito” e si veda limitato, nel godimento dei propri diritti, da barriere costituzionalmente non più ammissibili». Si tratta di analisi che sintetizzano i due diversi approcci dottrinali a questa importante decisione, tutta incentrata sulla valorizzazione degli argomenti impiegati a tutela della disabilità, ma che non tengono nella giusta attenzione quanto il Giudice delle leggi ha lasciato nel “non detto”, con riferimento alla difficoltà per il disabile straniero di adempiere agli obblighi normativi per chiedere la cittadinanza *iure soli*.

riconosciuto anche ai loro discendenti, consentendo a questi ultimi di potersi trasferire in Italia e chiedere immediatamente la cittadinanza *iure sanguinis*, non rilevando in questo caso l'obbligo di residenza triennale¹².

A causa anche dell'incapacità della Commissione interministeriale nominata *ad hoc* di concludere i propri lavori nei termini previsti dalla legge, rimase in sospeso il problema di quale *status* giuridico riconoscere a quanti (non ancora) cittadini italiani, avessero ottenuto un permesso di soggiorno per attesa cittadinanza che però non era, al contrario di quanto espressamente previsto nel Testo Unico Immigrazione, convertibile per motivi di lavoro alla scadenza, qualora l'*iter* amministrativo di concessione della cittadinanza non si fosse ancora concluso¹³. Nel caso *de quo*, la Corte si è trovata a dover colmare questa lacuna, sciogliendo un dubbio sulla legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 379/2000, sollevata proprio da uno dei discendenti di questi *ex*-italiani che, ritornato nel nostro Paese per chiedere la cittadinanza *iure sanguinis* e vistosi rilasciare un permesso di soggiorno provvisorio pur in assenza di un posto di lavoro stabile, si era ritrovato poi alla scadenza dello stesso nell'impossibilità di convertirlo, in quanto l'*iter* di riconoscimento dello *status* non si era ancora concluso.

A fronte, quindi, di questa lacuna – confidando il legislatore nel rispetto dei due anni di tempo per la conclusione dell'istruttoria della domanda di cittadinanza previsti dalla legge n. 91/1992 da parte delle Prefetture competenti –, la norma in questione appariva del tutto irragionevole, non riconoscendo la possibilità di convertire un permesso di soggiorno nel caso «[...] non già di uno straniero che intende entrare in Italia al fine di svolgervi attività di lavoro, ma di un soggetto cui la legge espressamente riconosce la cittadinanza italiana, e [che, precisa la Corte,] si trova sul territorio [...] in attesa che si concluda il procedimento di verifica dei prescritti requisiti»¹⁴.

La possibilità di convertire questo permesso di soggiorno in un altro per motivi di lavoro, del resto, era in contrasto con una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, volta a preservare la tassatività delle ipotesi di conversione dei permessi di soggiorno rilasciati agli stranieri extra-comunitari

12. Per una ricostruzione storica della vicenda, risalente all'entrata in vigore del Trattato di Rapallo del 1920, si vedano, nella dottrina del tempo, Degni F., *Della cittadinanza. Appendice: istruzioni ministeriali sulla naturalizzazione per decreto reale, sulla cittadinanza in Tripolitania e su modifiche ai registri di cittadinanza e note relative al Trattato di pace di San Germano*, UTET, Torino, 1921, pp. 179 ss. e Buzzati C.G., *Sull'acquisto della cittadinanza per annessione territoriale*, «Rivista di diritto civile», 1918, pp. 472 ss.

13. La questione non è stata molto approfondita dalla dottrina: sul carattere speciale della legge n. 379/2000, quanto ai destinatari e alla durata del permesso di soggiorno, si veda criticamente sempre Grosso E., *Come elevare per legge il numero degli elettori*, «Quaderni costituzionali», 2001, pp. 360 ss.

14. Così al punto 3 del «*Considerato in Diritto*».

ai sensi del Testo Unico Immigrazione, al fine di non eludere il sistema delle quote di ingresso per ragioni lavorative¹⁵.

La Corte, nel ribadire la peculiare *ratio* della legge n. 379/2000, improntata ad un chiaro *favor* per la concessione della cittadinanza ai discendenti degli italiani all'estero, dichiarava inammissibile la questione, in quanto a suo avviso il giudice *a quo* «[...] avrebbe dovuto verificare la esperibilità di una interpretazione volta a regolare ragionevolmente – in modo conforme a Costituzione – la situazione di quanti, in Italia per vedersi riconoscere la cittadinanza, si sono trovati ad attendere per lungo tempo la definizione del relativo procedimento, dovendo in particolare provvedere alle proprie necessità di vita attraverso l'indispensabile svolgimento di un'attività di lavoro»¹⁶.

In questo modo la Corte, attenendosi a quello che possiamo considerare un vero e proprio “diritto vivente”, che nel frattempo si era venuto a consolidare nella giurisprudenza amministrativa, da un lato evita di scardinare il *numerus clausus* delle tipologie di conversione dei permessi di soggiorno, così come stabilito nel Testo Unico Immigrazione, dall'altro, tuttavia, non può fare a meno di riconoscere che il permesso provvisorio per attesa cittadinanza *iure sanguinis* possa tranquillamente essere slegato, quale presupposto per il suo rilascio, dallo svolgimento di una regolare attività lavorativa, trattandosi di un titolo di soggiorno rilasciato a stranieri extra-comunitari che l'ordinamento

15. Al riguardo, si consideri la sentenza del Consiglio di Stato n. 476/2018 che, a sua volta, rinvia alla precedente decisione n. 4738/2017, oltre che al Parere n. 1048/2015 della I sezione consultiva. In questa importante decisione, il Supremo Collegio amministrativo osservava come «[...] secondo i principi generali dell'attività amministrativa, non è dato all'Amministrazione l'esercizio di un potere che non sia espressamente disciplinato, nei presupposti e negli effetti, dalla legge. [...] Corollario del principio illustrato è l'estraneità all'ordinamento amministrativo [...] della regola, vigente in altri settori dell'ordinamento generale, secondo cui tutto ciò che non costituisce oggetto di una espressa norma di divieto deve considerarsi consentito. Il potere di rilascio dei titoli che legittimano lo straniero a soggiornare nel territorio dello Stato, ovvero di mutarne l'originaria ragione giustificativa, non si sottrae, in linea generale, al suindicato generale ed inderogabile principio: è infatti evidente che, allo stesso modo in cui la tipicità causale dei permessi di soggiorno, le cui diverse tipologie appartengono ad un *numerus clausus* normativamente definito in ragione della finalità per la quale possono essere rilasciati dall'Amministrazione, esige il controllo di quest'ultima sulla sussistenza dei relativi presupposti legittimanti, così, ugualmente, il potere di autorizzare la conversione del permesso di soggiorno rilasciato per una determinata causa in altra tipologia finalistica presuppone una espressa regolamentazione delle ipotesi in cui essa è ammissibile e delle relative condizioni».

16. Così al punto 4 del “*Considerato in Diritto*”. Si tratta di un'interpretazione che, tuttavia, il giudice *a quo* avrebbe dovuto elaborare senza trasformare «[...] l'imprevisto ritaro della procedura di verifica (anche considerando i termini generalmente previsti per la conclusione dei procedimenti per l'acquisto e la concessione della cittadinanza) in una lesione di diritti costituzionali essenziali, quale il diritto al lavoro. Lesione che assume connotati peculiari considerando, altresì, che essa avviene ai danni di un soggetto cui la legge, oltretutto, riconosce la cittadinanza, in caso di esito positivo della verifica, a decorrere dal giorno successivo in cui è stata resa la dichiarazione richiesta» (*ivi*).

considera già italiani, per il semplice fatto di discendere da cittadini emigrati dal nostro Paese quasi un secolo prima.

Non è necessario, a mio avviso, tenere conto dell'art. 3 capoverso della Costituzione per sostenere che, in questo caso, se di "ostacoli" si può parlare nell'accesso alla cittadinanza, si tratta in realtà di complicazioni meramente burocratiche: come avremo modo di vedere subito, il problema della durata della procedura amministrativa per richiesta di cittadinanza è una delle maggiori criticità della normativa vigente, rispetto alla quale il legislatore non ha mai sentito la necessità di prendere posizione, provando a modificarne la durata complessiva.

Tuttavia, al di là di questo rilievo fattuale pur importante, quello che colpisce della sentenza in commento è l'atteggiamento della Corte rispetto a questa particolare categoria di "stranieri" che, soltanto in ragione di una mera *factio iuris*, vengono considerati al contempo "non ancora cittadini" ovvero "di fatto già cittadini". Ciò dimostra quanto si è evidenziato in precedenza, ossia il permanere del *favor* del legislatore rispetto alla cittadinanza *iure sanguinis* e la facilità con cui ne predispose il riconoscimento giuridico rispetto a quella *iure soli*, un atteggiamento questo che appare ancora più significativo se solo si presta attenzione alle uniche due modifiche della legge n. 91/1992 approvate nel corso di questi anni dal Parlamento.

Come è noto, infatti, l'unica misura di timido sostegno all'acquisizione *iure soli* della cittadinanza si è avuta con l'art. 33 del decreto legge n. 69/2013, poi convertito nella legge n. 98/2013, il quale si è limitato ad introdurre alcune misure di semplificazione per avviare la procedura di richiesta della cittadinanza italiana a favore dei neo-maggiorenni nati e vissuti nel nostro Paese. In breve, la norma ha previsto che il Comune di residenza del neo-maggiorenne straniero abbia l'onere di informarlo, almeno sei mesi prima del compimento del diciottesimo anno, della possibilità di richiedere la cittadinanza nell'anno solare successivo; se il Comune non adempie a questo onere, l'anno di tempo previsto dalla legge resta, per così dire, sospeso fino a quando l'Ufficiale di stato civile competente non abbia notificato la comunicazione all'interessato.

Si tratta di un modesto intervento legislativo, volto a non far decadere il neo-maggiorenne straniero dal diritto di chiedere la cittadinanza *iure soli* e che, alla prova dei fatti, è stata l'unica significativa riforma in materia nell'ultimo decennio, nonostante i numerosi d.d.l. presentati per aggiornare la legge n. 91/1992 alla nostra nuova realtà sociale, dove si contano ormai oltre mezzo milione di minorenni nati in Italia da genitori stranieri (quasi il 60% dei circa 900.000 minori stranieri residenti nel Paese e, ad ogni buon conto, il 7% dell'intera popolazione scolastica)¹⁷.

17. Al riguardo, per una rassegna del dibattito parlamentare e delle proposte di legge presentate per riformare la legge n. 91/1992, si vedano Schillaci A., "La riforma della legge sulla cittadinanza", in Angelini F., Benvenuti M., Schillaci A. (a cura di), *Le nuo-*

Un'altra piccola riforma – in realtà molto importante, se non addirittura epocale, anche se il legislatore non sembra esserne stato del tutto consapevole –, è quella che concerne la modifica della giurisdizione ai fini dell'impugnativa del diniego di cittadinanza: l'art. 3 del decreto legge n. 13/2017, convertito nella legge n. 46/2017, infatti, nell'istituire le sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'UE, attribuisce alle nuove sezioni anche la competenza per tutte le controversie in materia di accertamento della cittadinanza italiana, oltre che per le cause ed i procedimenti connessi, che passano così dalla giurisdizione amministrativa alla cognizione – seppur con procedura sommaria, ai sensi degli artt. 702 *bis* ss. c.p.c. – del giudice ordinario¹⁸. Questo mutamento di giurisdizione appare di estrema importanza ai fini dell'ampliamento delle tutele sostanziali e processuali nei confronti dello straniero: infatti, se da un lato potrebbe consentire di superare quel “diritto vivente” che considera la concessione della cittadinanza un provvedimento improntato ad amplissima discrezionalità amministrativa, visto che talvolta anche soltanto un mero indizio di pericolosità sociale, non suffragato da alcun rilievo istruttorio, legittima il Ministero dell'interno a formalizzare un diniego¹⁹, dall'altro lato il passaggio

ve frontiere del diritto dell'immigrazione, Jovene, Napoli, 2012, pp. 333 ss., ma soprattutto Locchi M.C., *Lo ius soli nel dibattito pubblico italiano*, «Quaderni costituzionali», 2014, pp. 487 ss. Osserva efficacemente la studiosa come tutto il dibattito parlamentare in materia abbia ruotato, nel corso di questi anni, su due direttrici opposte, ossia: «Da un lato, viene ribadita la necessità della centralità dello *ius sanguinis* come espressione di una concezione “ereditaria” di cittadinanza, in quanto comune appartenenza culturale che si tramanda da genitore a figlio; dall'altro si propugna l'idea della dimensione effettiva e non territoriale dell'appartenenza, nella misura in cui l'accesso alla cittadinanza è possibile per gli stranieri solo dopo aver dimostrato di esserne (moralmente, economicamente, culturalmente) “degni”» (*ivi*, p. 486). A controprova della correttezza delle osservazioni qui riportate, si consideri come un'altra piccola riforma (regressiva) in materia si sia avuta con la legge n. 125/2008 che, nel modificare l'art. 5 della legge n. 91/1992, al fine di contrastare i c.d. “matrimoni di comodo”, ha stabilito che il coniuge straniero o apolide di cittadino italiano possa acquisire la cittadinanza dopo aver risieduto legalmente per almeno due anni nel territorio italiano, ovvero tre anni se residente all'estero. I termini vengono ridotti della metà in presenza di figli nati o adottati dal coniuge: appare evidente, quindi, come il legislatore presuma che ogni matrimonio celebrato tra un cittadino italiano ed uno straniero extra-comunitario debba essere considerato sempre “di comodo”, a meno che la coppia non dimostri effettivamente di avere un rapporto familiare ed affettivo stabile.

18. Si veda, per una prima analisi della novella legislativa, De Santis A.D., *Le novità in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti. Un'analisi critica*, «Rivista di diritto processuale civile», 2017, pp. 1218 ss. e Del Rosso F.G., *L'istituzione delle sezioni specializzate in materia di immigrazione e il nuovo rito per il riconoscimento della protezione internazionale*, «Il Giusto processo civile», 2017, pp. 939 ss.

19. La propria giurisdizione è dichiarata dai giudici amministrativi nei casi in cui il diniego della cittadinanza sia motivato da ragioni inerenti la sicurezza nazionale, ai sensi dell'art. 6, co. 1 lett. c) della legge n. 92/1991, mentre nell'ipotesi di cui all'art. 6, co. 1 lett. a) e b), sussiste la giurisdizione del giudice ordinario (si vedano, per tutti, TAR Lazio, se-

dalla giurisdizione amministrativa a quella civile potrà consentire allo straniero diniegato di aprire una fase giurisdizionale di merito, seppur sommaria, e comunque non di legittimità del provvedimento di mancato riconoscimento della cittadinanza²⁰.

Infine, non si può non ricordare l'ultima significativa modifica della legge n. 91/1992 che segna una grave regressione culturale e giuridica del nostro ordinamento: con l'entrata in vigore del decreto legge n. 113/2018, poi convertito nella legge n. 132/2018, infatti, è stata introdotta una nuova ipotesi di revoca della cittadinanza, applicabile soltanto agli stranieri che l'abbiano acquistata ai sensi degli artt. 4, co. 2 (in quanto nati in Italia, al compimento della maggiore età), 5 (per matrimonio con cittadino italiano) e 9 (nelle ipotesi tassativamente previste di concessione per c.d. "naturalizzazione") della legge n. 91/1992 e che risultano condannati in via definitiva per i reati di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), n. 4 c.p., nonché per i reati di cui agli artt. 270 *ter* e 270 *quinquies*.2 c.p.

La novella si arricchisce poi di una serie di disposizioni di contorno che dilatano enormemente i tempi del procedimento amministrativo per il riconoscimento della cittadinanza che passano da due a quattro anni, mentre si fissa il termine massimo di sei mesi per il rilascio da parte degli Uffici comunali competenti dei certificati necessari alla presentazione della domanda (quando normalmente tali tipologie di certificati vengono rilasciati all'istante a sportello, contestualmente all'inoltro della richiesta). La legge n. 132/2018 stabilisce poi che l'accoglimento dell'istanza di cittadinanza *iure soli* sia subordinata al possesso da parte dell'interessato di un'adeguata conoscenza della lingua italiana, non inferiore al livello B1 del Quadro Comune Europeo di riferimento per le lingue, requisito questo che dovrà essere provato sia dagli stranieri che non abbiano sottoscritto l'accordo di integrazione di cui

de di Roma, n. 3962/2015, TAR Friuli Venezia Giulia, n. 376/2014, TAR Emilia Romagna, n. 99/2013). Questo orientamento, che funzionalizza la giurisdizione al *petitum* sostanziale del diniego, è stato confermato dalle Sezioni Unite in pronunce ormai risalenti (cfr. SS. UU. nn. 7441/1993 e 1000/1995), oltre che dallo stesso Consiglio di Stato (cfr. il Parere n. 7/1999 dell'Adunanza Generale).

20. Sul punto, per un inquadramento della questione anche dal punto di vista diacronico, si veda Nocelli M., *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, «Federalismi.it», 5/2018, 14.3.2018, in particolare pp. 6 ss., il quale puntualizza come la giurisdizione amministrativa sia stata tradizionalmente riconosciuta con riferimento all'acquisto della cittadinanza per concessione, in quanto, permane in capo alla P. A. competente il potere di esercitare valutazioni ampiamente discrezionali. Discorso diverso, invece, deve essere fatto con riferimento al riconoscimento della cittadinanza per ragioni di matrimonio, trattandosi di un diritto soggettivo pieno dello straniero, sebbene la giurisprudenza in materia sia stata spesso ondivaga. Si veda, sempre sul punto, anche Lombardi P., *Giudice amministrativo e cittadinanza: quale contributo per un concetto giuridicamente sostenibile?*, «Federalismi.it», 2018, pp. 11 ss.

all'art. 4 *bis* del Testo Unico Immigrazione, sia dagli stranieri non titolari di permesso di soggiorno UE per lungo soggiornanti²¹.

3. Il possibile scardinamento della dicotomia “*iure sanguinis/iure soli*”: l'emersione del c.d. “*ius culturae*”

Se l'entrata in vigore della legge n. 132/2018, con i suoi effetti regressivi, ha in qualche modo monopolizzato il dibattito pubblico e dottrinale odierno, questo radicale passo indietro della nostra legislazione in materia appare ancora più grave se solo si pensa che poco più di un anno fa, e comunque a pochi mesi dall'entrata in vigore della legge citata, il Parlamento era stato chiamato a votare un'importante riforma per ampliare le ipotesi di acquisto della cittadinanza *iure soli*. Il riferimento è qui al disegno di legge n. 2092 che, nel corso della XVII legislatura, era stato presentato e discusso per adeguare il nostro ordinamento alla mutata realtà sociale del Paese, ponendosi così in linea con le tendenze legislative in atto negli altri Stati membri dell'UE²². Come è noto, quel disegno di legge prevedeva una sorta di doppio canale preferenziale per la richiesta della cittadinanza *iure soli*, quello classico di cui si prevedevano

21. Per un approfondimento sulla novella legislativa, si veda Algostino A., *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto-legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza*, «Costituzionalismo.it», 2018, pp. 167 ss. e Bacis D., *Esistono cittadini “di seconda classe”? Spunti di riflessione in chiave comparata a margine del d.l. n. 113/2018*, «DPCE on line», 2019, pp. 935 ss.; volendo si veda anche Ciervo A., “Le modifiche in materia di cittadinanza”, in Curi F. (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132*, Pacini giuridica, Pisa, 2019, pp. 183 ss. Con riferimento alla certificazione della conoscenza della lingua italiana quale pre-condizione per l'inoltro della domanda di cittadinanza, si rinvia a Milani G., *Cittadini jure linguae. Test linguistici e cittadinanza in Europa*, Giuffrè, Milano, 2017; sempre dello stesso Autore si veda, da ultimo, proprio con riferimento all'entrata in vigore della legge n. 132/2018, *Id.*, *Ius linguae e status civitatis: verso un nuovo paradigma della cittadinanza italiana?*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2019, pp. 95 ss. Per una riflessione più generale in materia, cfr. Biondi Dal Monte F., “La lingua come strumento di integrazione scolastica delle nuove minoranze tra prospettive internazionali e diritto interno”, in *Ead.*, Casamassima V., Rossi E., *Lingua, istruzione e integrazione delle nuove minoranze*, Pisa University Press, Pisa, 2017, pp. 29 ss.

22. Per approfondimenti sul punto, si vedano in dottrina, Savino M. (a cura di), *Oltre lo ius soli: la cittadinanza italiana in prospettiva comparata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; Grosso E., *Cittadinanza e territorio: lo ius soli nel diritto comparato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015; Paterniti F., *I figli dell'immigrazione nel percorso di transizione da “secondo generazioni” dell'immigrazione a “nuove generazioni” della cittadinanza*, «Rivista AIC», 3/2019, 3.7.2019; Milani G., *Cittadinanza e integrazione. L'influenza del diritto comparato sulla disciplina italiana e sulle proposte di riforma*, «Federalismi.it», 4/2018, 14.2.2018, in particolare pp. 9 ss.

delle facilitazioni²³ ed uno nuovo che è stato definito, da un punto di vista dogmatico, come cittadinanza *iure culturae*.

In particolare, la prima ipotesi di cittadinanza di nuovo tipo stabiliva che il minore straniero nato in Italia, ovvero entrato regolarmente sul territorio prima del compimento del 12° anno di età e che avesse frequentato per almeno cinque anni uno o più cicli di istruzione, ovvero un ciclo di formazione professionale triennale o quadriennale, avesse diritto a presentare la domanda. Tuttavia, era comunque necessario che lo straniero esprimesse (anche a mezzo dell'esercente la potestà genitoriale, incluso l'eventuale tutore) la volontà di acquisire la cittadinanza entro il compimento della maggiore età all'Ufficiale dello stato civile del Comune di residenza. La seconda ipotesi di "*ius culturae*", invece, prevedeva che il minore straniero fosse entrato in Italia prima dei 18 anni e avesse risieduto regolarmente e continuativamente nel nostro Paese per almeno sei anni, avesse regolarmente frequentato un ciclo scolastico con il conseguimento del titolo conclusivo presso gli istituti del sistema nazionale, ovvero un percorso di istruzione e formazione professionale triennale o quadriennale, con il relativo conseguimento della qualifica professionale.

Il disegno di legge, come appare evidente anche a prima lettura, non era privo di criticità: il fatto che lo straniero interessato ad ottenere la cittadinanza, ovvero uno dei genitori o l'esercente la potestà genitoriale, dovesse adempiere all'onere della manifestazione di volontà, appare del tutto irragionevole: nell'ordinamento francese, infatti, a cui pure gli estensori del d.d.l. si erano ispirati, lo straniero che ha maturato i requisiti per ottenere la cittadinanza viene automaticamente contattato dall'Ufficiale di stato civile del Comune di residenza, ovvero dall'istituto scolastico di appartenenza, al solo fine di confermare la sua volontà di diventare cittadino²⁴.

In sintesi, al contrario di quanto avviene in Francia, nel nostro Paese, se il d.d.l. fosse stato approvato, la cittadinanza non sarebbe stata comunque riconosciuta automaticamente allo straniero e questo perché l'Ufficiale di stato civile (ma non gli istituti scolastici, al contrario di quanto avviene sempre nell'ordinamento transalpino) sarebbe stato tenuto, al compimento della mag-

23. Il d.d.l. collegava il principio dello *ius soli* al requisito della legalità del soggiorno per almeno un anno da parte di uno dei genitori dello straniero minorenni, prescindendo anche dalla residenza anagrafica dello stesso; si stabiliva poi che chi nasce in Italia da un genitore, a sua volta nato nel nostro Paese, vedeva applicarsi il principio dello *ius soli* senza alcun requisito aggiuntivo; inoltre, con riferimento all'acquisizione della cittadinanza per matrimonio, il d.d.l. prevedeva il ritorno alla normativa anteriore alle modifiche introdotte dalla legge n. 94/2009, ossia stabilendo nuovamente il termine di sei mesi di residenza dopo il matrimonio per poter richiedere la cittadinanza.

24. Sulla legislazione francese si veda, in particolare, Comanducci F., "Francia", in Savino M. (a cura di), *Oltre lo ius soli*, op. cit., pp. 67 ss.; Redi C., "Tradizione statutale e politiche linguistiche nel sistema educativo francese", in Biondi Dal Monte F., Casamassima V., Rossi E., *Lingua, istruzione e integrazione*, op. cit., pp. 173 ss.

giore età dell'interessato, soltanto ad informarlo della possibilità di presentare domanda²⁵.

Nell'attuale legislatura il d.d.l. n. 2092 è stato ripresentato alla Camera dei Deputati²⁶ con un testo sostanzialmente identico al precedente, fatta eccezione per il nuovo art. 6, intitolato “*Motivi preclusivi dell’acquisto della cittadinanza*”: pur non introducendo nuove ipotesi di revoca o di perdita, il disegno di legge fissa una serie di preclusioni all’acquisto della stessa, nei casi in cui lo straniero sia stato condannato per un delitto contro la personalità interna o internazionale dello Stato, ovvero per un delitto contro i diritti politici del cittadino (art. 6, lett. a), nel caso di condanna per un qualsiasi delitto non colposo, con pena superiore a due anni di reclusione (lett. b), ovvero in caso di condanna per un crimine di guerra, di genocidio o contro l’umanità (lett. c). Al fine di contemperare queste preclusioni, tuttavia, al secondo co. dell’art. 6 si prevede una sorta di clausola di salvaguardia se il reato è stato commesso dallo straniero quando era minorenni, ovvero se la pena a cui è stato condannato non sia superiore ai tre anni di reclusione, mentre il successivo terzo co. stabilisce che comunque la riabilitazione del reo, ovvero l’estinzione del reato, fa cessare gli effetti preclusivi della condanna.

La disposizione appare pleonastica – se non addirittura regressiva, rispetto alla legislazione vigente – e comunque viziata dalle stesse logiche securitarie che caratterizzano la più recente normativa in materia: ferma restando la discrezionalità del legislatore nel precludere l’acquisto della cittadinanza a chi abbia commesso gravi reati contro l’umanità, crimini di guerra o di genocidio, comunque stranieri con simili condanne alle spalle difficilmente potrebbero essere presenti sul territorio italiano, in quanto dovrebbero essere estradati presso i Tribunali internazionali competenti per essere sottoposti a processo ed eventualmente, in caso di condanna, scontare una lunga pena detentiva. Tale circostanza è di per sé sufficiente a non far acquisire quanto meno il requisito della residenza continuata e legale sul territorio italiano, precondizione questa per qualsiasi richiesta di cittadinanza *iure soli*. La condanna per

25. Per una diversa impostazione al tema, si vedano le proposte di Savino M., “*Quale cittadinanza per l’Italia*”, in *Id.*, *Oltre lo ius soli, op. cit.*, pp. 28-31, dove si formulano tre proposte di riforma della legislazione vigente, in particolare: «a) *Ius soli*: la disciplina della cittadinanza non dovrebbe esporre chi nasca in Italia (da immigrati che vi risiedono in modo stabile e regolare) alla condizione di “straniero in patria” fino alla maggiore età e, subito dopo, al rischio di rimpatrio in un paese di origine nel quale non abbia mai vissuto. [...] b) *Naturalizzazione*: la cittadinanza andrebbe intesa non più come premio per l’avenuta assimilazione, ma come incentivo al completamento del processo di integrazione avviato. [...] c) *Ius sanguinis*: la trasmissione per discendenza dovrebbe essere automatica per una sola generazione e, per le successive, dipendere dalla effettività del legame con l’Italia».

26. Si tratta dell’A.C. n. 105, il cui testo e la cui documentazione in allegato è reperibile al seguente URL: www.camera.it/leg18/29?tipoAttivita=attivita&tipoVisAtt=&shadow_deputato=305757&lettera=&idLegislatura=18&tipoPersona=

un reato politico, inoltre, rende lo straniero concretamente un pericolo per la pubblica sicurezza e quand'anche il reato fosse estinto perché la pena detentiva è stata scontata, scatterebbe in ogni caso l'espulsione amministrativa dal territorio italiano, se non addirittura quella ministeriale per ragioni di sicurezza e ordine pubblico.

Infine, la condanna per un qualsiasi delitto non colposo, con pena superiore a due anni di reclusione, sarebbe di per sé sufficiente a rigettare la domanda di cittadinanza, in ragione dell'ampia discrezionalità amministrativa di cui gode il Ministero dell'interno nel valutare tutte le circostanze fattuali e giuridiche ostative all'ottenimento della stessa. Si tratta, in breve, di un articolo "nuovo" rispetto al testo originario del d.d.l. che, tuttavia, accettando le logiche securitarie oggi egemoni nel dibattito pubblico in materia di immigrazione, introduce norme inefficaci dal punto di vista giuridico, improntate ad una logica populista che vuole, ancora una volta, che la cittadinanza venga meritata e non concessa *a priori* a chiunque ne abbia i requisiti per ottenerla²⁷.

In conclusione, quindi, anche questo d.d.l. non sembra minimamente considerare i principi costituzionali vigenti in materia: si tratta di un ulteriore segnale del fatto che, per quanto riguarda l'ampliamento dei canali di acquisto della cittadinanza italiana, anche quella parte della cultura politica e giuridica che viene considerata più progressista, comunque continua ad accettare acriticamente ideologie securitarie che si pongono al di fuori del perimetro costituzionale, in particolare dell'art. 22 Cost.²⁸.

4. In conclusione: qualche modesta proposta di riforma

Alla luce della sintetica analisi svolta nel corso di queste pagine, si può sostenere che siano ormai emerse, nelle più recenti modifiche legislative in materia, una serie di criticità sistemiche che potrebbero essere superate agevolmente se soltanto si registrasse una effettiva volontà politica, da parte delle forze parlamentari, di riformare la legge n. 92/1991.

Innanzitutto, sarebbe quanto mai opportuno rivedere la legge n. 132/2018 ed abrogare interamente la novella con riferimento alla revoca della cittadinanza *iure soli*, in quanto palesemente discriminatoria e comunque in contrasto con l'art. 22 Cost., oltre alla disposizione che consente agli Uffici comunali

27. Cfr. da ultimo su questi temi Ferrajoli L., *L'alleanza perversa tra sovranismi e liberismo*, «Costituzionalismo.it», 1/2019, 23.4.2019; ma si veda anche Falcinelli D., "Dal diritto penale "emozionale" al diritto penale "etico". Il garantismo costituzionale contro l'illusione di giustizia del populismo penale", in Anastasia S., Falcinelli D., Anselmi M., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Cedam, Padova, 2015, pp. 21 ss.

28. Sul punto, sia consentito rinviare, per approfondimenti sulla portata e la rilevanza dell'art. 22 Cost., a Ciervo A., "Per motivi politici", *op cit.*

di rilasciare i documenti necessari allo straniero per formalizzare la domanda di cittadinanza fino a sei mesi dalla loro richiesta a sportello.

Inoltre, si dovrebbero ridurre i tempi dell'istruttoria delle richieste di cittadinanza, un'istruttoria che non può durare quattro anni – così come stabilito dalla legge n. 132/2018 –, ma che neppure può essere, come nel precedente regime, di due anni: sarebbe logico e ragionevole, invece, anche in termini sistematici, che la durata di una simile istruttoria fosse pari a quella prevista per il rilascio di qualsiasi altro provvedimento amministrativo, ossia di 60 ovvero di 90 giorni, eventualmente prorogabili per un medesimo lasso temporale, al termine dei quali, se la Pubblica Amministrazione competente non dovesse chiudere l'*iter* con un provvedimento di rigetto, il mancato rispetto della durata massima del procedimento dovrebbe essere qualificato dal legislatore come silenzio-assenso. La legge n. 132/2018, infatti, introducendo il limite di quattro anni per la chiusura dell'*iter* delle richieste di cittadinanza, ha reso questo procedimento amministrativo il più lungo tra quelli previsti dal nostro ordinamento e, tra l'altro, la novella ha efficacia retroattiva, applicandosi quindi anche alle domande già presentate al momento della sua entrata in vigore. La durata del procedimento di valutazione della domanda di cittadinanza oggi, quindi, appare del tutto irragionevole, visto che quattro anni per concludere un'istruttoria – in cui il responsabile del procedimento deve semplicemente verificare la sussistenza formale dei requisiti previsti dalla legge in capo all'istante –, appaiono abnormi e in palese contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost.

Per quanto concerne, invece, l'introduzione del c.d. diritto alla cittadinanza *iure culturae*, come evidenziato in precedenza, si tratta di prevedere questo canale di raggiungimento della cittadinanza in maniera piena ed incondizionata: ciò vuol dire che, una volta accertato il requisito della conclusione positiva di un ciclo scolastico e/o professionale da parte del minore, la cittadinanza dovrebbe essergli riconosciuta automaticamente, fermo restando il diritto dello straniero di rifiutarla per motivi personali. Al riguardo, nessun ostacolo dovrebbe essere previsto nella legge, nel senso di vincolare la richiesta di cittadinanza ad una manifestazione di volontà espressa dall'esercente la potestà genitoriale ovvero dal tutore del minore: quest'ultimo, una volta diventato maggiorenne, non dovrebbe essere tenuto ad attivarsi per richiedere la cittadinanza, semmai dovrà essere la Pubblica Amministrazione, sia essa la scuola di appartenenza ovvero il Comune di residenza, ad informarlo del suo diritto a diventare cittadino, eventualmente stabilendo un termine ampio (anche di due o tre anni) quale periodo di riflessione da concedere prima di prendere in maniera definitiva questa importante decisione.

Si tratta, a mio avviso, di tre riforme "minime" che potrebbero essere varate a legislazione vigente, senza che sia necessario rivedere l'intero assetto normativo della materia, limitandosi quindi il legislatore ad integrare la legge n. 91/1992 nelle sue parti essenziali. In questo modo, inoltre, si conferirebbe agli istituti scolastici un ruolo attivo, non soltanto, come già spesso avviene

in molte realtà, di integrazione sociale, ma quale interlocutore istituzionale, diverso dal Ministero dell'interno e dalle sue articolazioni amministrative territoriali, che agevoli effettivamente l'effettiva uguaglianza degli stranieri nell'accesso alla cittadinanza.

Per quanto il fenomeno migratorio nel nostro Paese risulti ormai strutturale, resta tuttavia il dato di fatto che tale presenza non si è mai organizzata in termini politici e vertenziali: certo, non mancano nella storia più recente forme di proteste e presa di parola da parte degli stranieri regolarmente (o irregolarmente) presenti sul territorio, tuttavia è soltanto negli ultimi anni che la voce degli stranieri si è fatta sentire con richieste ben precise di maggiore integrazione sociale e questo è avvenuto grazie soprattutto all'associazionismo delle "secondo generazioni"²⁹.

Si tratta, in sintesi, di fare un salto di qualità anche dal punto di vista culturale e aprire nuovi e più semplici canali di accesso alla cittadinanza italiana, da un lato, oltre che affrontare finalmente il tema dell'accesso dei diritti politici a favore degli stranieri extra-comunitari lungo-soggiornanti regolarmente presenti sul territorio; dall'altro, in questa ottica, appare quanto mai opportuno provare a riaprire il dibattito pubblico sul tema, per giungere quanto meno al riconoscimento dell'elettorato attivo e passivo nelle elezioni comunali e regionali agli apolidi e ai cittadini di Stati non appartenenti all'UE, regolarmente soggiornanti in Italia da almeno cinque anni, secondo le medesime norme e condizioni previste per i cittadini degli Stati membri dell'Unione³⁰.

Per fare questo, non è necessario modificare la Costituzione³¹, appare in-

29. Sul punto si veda Colucci M., *Il mondo dell'immigrazione in Italia si mobilita: un breve percorso dagli anni Ottanta a oggi*, «Parolechiave», 2, 2018, pp. 135 ss.; ma si veda, già alla fine degli anni Novanta, Della Porta D., *Immigrazione e protesta*, «Quaderni di sociologia», 1999, pp. 14 ss.; sull'importante ruolo svolto negli ultimi anni dalle associazioni delle "secondo generazioni", si veda Paparella E., "Accesso alla cittadinanza e seconde generazioni dell'immigrazione", in Angelini F., Benvenuti M., Schillaci A. (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione*, op. cit., pp. 355 ss.

30. Al riguardo, in dottrina, si è parlato di affiancare allo *ius soli* anche lo *ius loci*: cfr. Azzariti G., *Contro il revisionismo costituzionale*, op. cit., p. 132, nota 36, in cui si spiega che «L'espressione *ius loci* è a volte utilizzata dalla letteratura giuridica in modo improprio, come espressione alternativa a quella di *ius soli* [...]. La formula dello *ius loci* ha però un suo denotato più profondo: si ricollega, nella tradizione romana, al territorio inteso nella sua complessità fenomenologica. [...] Nel diritto, in modo traslato, la formula *ius loci* suggerisce una presa in considerazione dei territori come luoghi complessi di formazione delle società entro cui operano i soggetti non scissi dal contesto politico, sociale e culturale». Per un approccio diverso, ma che sembra spoliticizzare la questione del riconoscimento dell'elettorato attivo e passivo degli stranieri anche a livello locale, cfr. Di Cesare D., *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2017, in particolare pp. 202 ss.

31. Sul punto si veda Corsi C., voce "Straniero (dir. cost.)", in *Enciclopedia del diritto. Annali*, VI, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 882 ss. la quale ritiene che un riconoscimento pieno dei diritti politici degli stranieri passi innanzitutto attraverso il superamento del concetto

vece sufficiente valorizzare le disposizioni già presenti nella Carta, provando a darne un'interpretazione aperta ed evolutiva alla luce del mutato quadro sociale e, al contempo, introdurre norme ordinarie in questo senso³², a partire dall'abrogazione della riserva che il nostro Paese ha posto alla ratifica della lettera C della prima parte della Convenzione sulla partecipazione europea degli stranieri alla vita pubblica locale, ratificata e resa esecutiva con la legge n. 203/1994, che prevede il voto amministrativo attivo e passivo per gli stranieri extra-comunitari regolarmente soggiornanti da almeno cinque anni sul territorio degli Stati firmatari. Si tratta, a ben vedere, di "piccole" riforme legislative che presuppongono però, soprattutto in questo particolare momento storico, una forte dose di coraggio politico, oltre che una ferma e consolidata cultura civile e democratica che, a quanto pare, sembra essere una merce sempre più rara nel "mercato elettorale" e nell'odierno dibattito pubblico su questi temi.

di cittadinanza, evitando però di costringere il ragionamento giuridico su questo tema fra due estremi, ossia «[...] o optare per una tutela della comunità statale attraverso una lettura restrittiva delle Carte dei diritti [...], oppure tendere verso una dissoluzione della comunità statale attraverso lo scardinamento del concetto di cittadinanza» (*ivi*, p. 883).

32. Cfr. per tutti, in questo senso, Algostino A., *I diritti politici dello straniero*, Jovene, Napoli, 2006, in particolare l'intero capitolo IV, pp. 156 ss., in cui l'Autrice propone un'interpretazione aperta ed evolutiva, finalizzata al riconoscimento dei diritti politici degli stranieri stabilmente residenti sul territorio, alla luce degli artt. 1, 2, 3, 6, 10-11, 17-18, 48-54 Cost.

Le nuove, arretrate, frontiere della tutela giurisdizionale dello straniero non UE

di *Luca Minniti**

Sommario: 1. Il diritto alla tutela giurisdizionale dello straniero. – 2. Gli ostacoli giuridici e materiali all'esercizio del diritto. – 3. Quale giudice: le difficoltà determinate dalle questioni di giurisdizione e competenza, – 3.1. La giurisdizione in materia di cittadinanza, – 3.2. La competenza per territorio e funzionale, – 3.2.1. La competenza per territorio in materia di iscrizione anagrafica, – 3.2.2. La competenza in materia di trasferimenti Dublino III. – 4. Quale processo, – 4.1. L'udienza camerale, – 4.2. L'eliminazione del doppio grado di merito, – 4.3. La sospensiva nelle more del ricorso per Cassazione, – 4.4. Le procedure accelerate, – 4.5. Il diritto alla prova ed il dovere di cooperazione gravante sul giudice. – 5. Conclusioni. La cultura della giurisdizione di fronte allo straniero.

1. Il diritto alla tutela giurisdizionale dello straniero

La Corte costituzionale ha consacrato il diritto alla tutela giurisdizionale come inviolabile, sia nell'ordinamento interno, sia nel rapporto tra questo ed il diritto dell'Unione, nonché nella interazione con il diritto internazionale, pattizio e consuetudinario, verso il quale è necessariamente aperto. Scrive la Corte costituzionale che: «fin dalla sentenza n. 98 del 1965 in materia comunitaria, questa Corte affermò che il diritto alla tutela giurisdizionale “è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2, come si arguisce anche dalla considerazione che se ne è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo” (punto 2. del Considerato in diritto). In una meno remota occasione, questa Corte non ha esitato ad ascrivere il diritto alla tutela giurisdizionale “tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio” (sentenze n. 18 del 1982, nonché n. 82 del 1996).

* Magistrato della sezione specializzata immigrazione ed asilo del Tribunale di Firenze.

D'altra parte, in una prospettiva di effettività della tutela dei diritti inviolabili, questa Corte ha anche osservato che “al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi ad un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale”: pertanto, “l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti [...] è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili e caratterizzanti lo stato democratico di diritto” (sentenza n. 26 del 1999, nonché n. 120 del 2014, n. 386 del 2004 e n. 29 del 2003). Il diritto al giudice ed a una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti inviolabili è sicuramente tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo»¹.

Nella nostra Costituzione gli artt. 2, 3 e 10 Cost. costituiscono il nucleo essenziale dal quale promana la sfera di più ampia tutela dei diritti dello straniero, nucleo essenziale che vediamo tradotto in diritti di matrice euro-costituzionale, nella Carta europea dei diritti fondamentali, ma anche nei diritti derivanti dalla CEDU, che costituisce una potente fonte del diritto alla tutela giurisdizionale. Ordinamenti questi (quello interno, quello UE e quello CEDU) che proprio sul piano della tutela dei diritti fondamentali giustificano la loro relazione.

Nell'ordinamento dell'Unione europea, il diritto alla tutela giurisdizionale ha trovato una fonte rilevante di garanzia, prima, attraverso la categoria dei principi generali basati sulle tradizioni costituzionali degli altri Paesi UE e, poi, attraverso la codificazione operata con l'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali. Una norma, questa, corrispondente agli articoli 6 e 13 della CEDU.

Nell'interpretazione di tale articolo si devono, come noto, seguire queste regole generali: a) il significato dei diritti sanciti nella Carta europea dei diritti fondamentali corrisponde, quanto a soglia minima di tutela, ai diritti della CEDU (art. 52.3), b) laddove la Carta europea dei diritti fondamentali riconosca diritti fondamentali tratti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con tali tradizioni (art. 52.4) e, c), che sulla base dell'art. 53, la Carta europea dei diritti fondamentali non può determinare una riduzione del livello di protezione garantita dai diversi sistemi di tutela dei diritti fondamentali nel loro rispettivo ambito di applicazione².

Il principio dello *standard* più favorevole di tutela trova il solo limite della presenza nell'ordinamento UE di una norma di armonizzazione, ma incon-

1. Corte cost., sent. n. 238 del 22 ottobre 2014, par. 3.4.

2. Favilli C., “Armonizzazione delle legislazioni nazionali e *standard* di tutela dei diritti fondamentali: il caso del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva in materia di asilo”, in Aa.Vv., *Temi e questioni di Diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Cacucci, Bari, 2019, pp. 695-715.

tra il limite interno ed il contro-limite costituzionale dell'effettività³ (ai sensi dell'art. 24 Cost.).

Ciò viene in significativa evidenza nel campo del diritto di asilo, interessato da un *corpus* di norme UE che devono essere integrate a livello nazionale, in applicazione del principio dell'autonomia procedurale che, già enunciato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, è ora codificato all'art. 19, par. 1, 2 capoverso, del TUE. Come noto, gli Stati membri godono di un ampio margine di discrezionalità nell'individuare gli strumenti giurisdizionali più appropriati, nel rispetto degli obblighi derivanti dalle norme UE e dei principi di equivalenza e di effettività⁴.

In base al principio di equivalenza, gli Stati non possono adottare norme procedurali meno favorevoli rispetto a quelle vigenti per situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno: il mezzo di ricorso giurisdizionale applicabile al diritto di matrice UE deve essere individuato in base ai rimedi già in vigore e tesi a tutelare diritti analoghi fondati sul diritto interno; ed in caso di procedure *ad hoc*, queste non devono risultare meno favorevoli di quelle già previste nel diritto interno per situazioni analoghe.

Un'analisi delle criticità del diritto alla tutela giurisdizionale degli stranieri deve perciò sempre tener conto del diverso rango dei diritti oggetto della domanda di tutela e della limitata possibilità di modularne in misura differenziata la protezione.

Nell'impossibilità di trattare le forme di tutela di tutte le situazioni giuridiche di cui gli stranieri sono potenzialmente titolari, molte delle quali oggetto di altri contributi in questo stesso numero, ci si concentrerà sui tratti essenziali della garanzia di tutela giurisdizionale riservata agli stranieri e sulle sue principali criticità, vecchie e nuove.

2. Gli ostacoli giuridici e materiali all'esercizio del diritto

Come è stato sottolineato, il diritto alla tutela giurisdizionale, nel diritto degli stranieri, assume un ruolo essenziale perché il suo esito diventa la porta di accesso allo *status* di persona titolare di altri diritti nello Stato ospitante:

3. CGUE, sentenza del 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, punti 62-63; sentenza del 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. and M.B.*, punti 45-46. Torres Pérez A., *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in «European Constitutional Law Review», 10, 2014, pp. 308-331; CGUE, parere 2/13 sull'adesione dell'UE alla CEDU del 18 dicembre 2014.

4. Sentenze Corte di giustizia dell'Unione europea 27 marzo 2014, C-322/13, *Ulrike Elfriede Grauel Rüffer*; 24 novembre 1998, C-22274/96, *Bickel e Franz*; 20 marzo 1997, C-323/95, *Hayes*, in Racc. p. I-1711; 19 marzo 2002, C-224/00, *Commissione c. Repubblica italiana*, in Racc. p. I-2965; 23 gennaio 1997, C-29/95, *Pastors e Trans-Cap*, in Racc. p. I-285.

può quindi risultarne condizionata la stessa presenza, regolare od irregolare, sul territorio nazionale e dunque la visibilità giuridica della persona straniera come titolare di diritti⁵.

Talvolta, gli ostacoli all'esercizio dei diritti, si mostrano come impedimenti materiali, fisici, prima ancora che giuridici. Il diritto di asilo ne offre un esempio emblematico. Il tema tocca in primo luogo le condotte di illecito respingimento nelle zone di transito⁶ e si identifica nella difficoltà di ottenere tutela verso i comportamenti di respingimento alla frontiera, in particolare laddove un provvedimento formale non vi è. Si è posto in luce la possibilità di impiegare il provvedimento cautelare atipico di cui all'art. 700 c.p.c. evidenziandosi che si tratta invero di uno strumento sicuramente adattabile al caso in esame e tale da consentire di ottenere l'inibitoria immediata, con decreto inaudita altera parte e salvo conferma nel contraddittorio tra le parti. Ma va riconosciuto che, per la tempistica del respingimento illecito, difficilmente lo straniero è messo in grado di sottoporre il proprio caso ad un difensore che dovrà approntare un ricorso ed ottenere un decreto in tempo utile ad evitare il pregiudizio e quindi, normalmente, nel giro di poche ore. La possibilità concreta che il respingimento abbia esecuzione prima dell'intervento giurisdizionale è dunque molto elevata e richiede una riflessione più approfondita in merito alla lacuna di tutela che può verificarsi nel caso in esame. Allo straniero rimarrebbe la sola tutela risarcitoria per equivalente monetario che, però, potrebbe dare ristoro economico, a distanza di tempo, ad un bene giuridico difficilmente valutabile sul piano patrimoniale⁷.

Inoltre, si sono presentate prassi amministrative che hanno ostacolato il diritto di coltivare la domanda di asilo per mezzo, in primo luogo, di effetti impropri che hanno caratterizzato, talvolta, l'attività di registrazione delle domande di asilo riservata alla questura. Attività amministrativa nella quale il c.d. "foglio notizie" compilato dalla questura e le informazioni in esso raccolte è stato utilizzato come fonte probatoria per l'adozione del decreto espulsivo sul presupposto della insussistenza dei requisiti per accedere alla protezione internazionale⁸. Altri provvedimenti giudiziari hanno dovuto invece sindacare

5. Favilli C., *op. cit.*, pp. 695-715.

6. Ad esempio quando lo straniero, rientrando in Italia, fermato nella zona di transito internazionale dove, a seguito di verifiche sulle banche dati nazionali, gli è stata notificata una decisione di rigetto della richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno, per tale ragione viene ritenuto carente dei requisiti necessari per l'ingresso nel territorio nazionale e respinto; Cfr. Ammirati A., Massimi A., "*Zone di transito internazionali degli aeroporti: zone grigie del diritto*", «Questione giustizia», 9.12.2019, www.questionegiustizia.it/articolo/zone-di-transito-internazionali-degli-aeroporti-zone-grigie-del-diritto_09-12-2019.php.

7. Un importante precedente in materia di risarcimento del danno per violazione del diritto di asilo si rinviene in Tribunale di Roma, sentenza n. 22917/2019 in «Giustizia Insieme», on line 5 febbraio 2020, con commento di Russo R.

8. Cfr. Corte di cassazione con l'ordinanza 11309/2019 con la quale si è accertata la violazione degli artt. 7, d.lgs. 25/2008 (diritto del richiedente di rimanere sul territorio du-

il potere del questore di valutare l'ammissibilità della domanda di protezione e le sue conseguenze in punto di tutela giurisdizionale, giacché sono state riscontrate prassi, in ossequio alle quali, le questure hanno esercitato il potere di dichiarare l'inammissibilità delle prime domande reiterate presentate nella fase di esecuzione di un provvedimento di allontanamento dal territorio nazionale⁹.

Ma anche nell'ambito del procedimento ordinario di riconoscimento della protezione internazionale si sono riscontrati casi gravi di violazione del diritto a presentare la domanda. Diversi Tribunali, il che dimostra la diffusione territoriale di prassi illegittime, sono stati chiamati ad intervenire per garantire ai richiedenti il diritto a presentare la domanda di asilo e ad ottenere tempestivamente che la presentazione della domanda producesse gli effetti del diritto all'accoglienza e, più in generale, del diritto allo *status* di richiedente asilo¹⁰. In tale settore, il provvedimento emesso ai sensi dell'art. 700 c.p.c., in via urgente, anticipato da un decreto adottato inaudita altera parte, ha dispiegato pieno effetto, anche se il giudice è stato investito quando era già trascorso un ampio periodo di inadempimento dell'amministrazione e, quindi, quando il danno si era già in parte, *pro tempore*, prodotto.

Il medesimo strumento non è invece ancora stato attivato contro le condotte di ostacolo all'accesso alla procedura di asilo, perpetrate dalle autorità nazionali attraverso il trattenimento degli stranieri sulle navi, a seguito di operazioni di soccorso in mare; ostacolo rafforzato dal divieto di sbarco, a vario titolo applicato. Pur venendo in rilievo la difficoltà di identificazione del richiedente, quella di rilasciare ed ottenere la procura alle liti e la difficoltà di accesso al patrocinio a spese dello Stato, è teoricamente possibile l'impiego del ricorso cautelare, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., analogamente alle domande (cautelari) già proposte (ed accolte) da parte di stranieri già approdati sulla terraferma¹¹.

La tutela verso respingimenti illegittimi che hanno determinato la lesione del diritto a presentare la domanda di protezione internazionale è di recente stata accordata dal Tribunale di Roma¹² all'esito di un procedimento di merito

rante l'esame della domanda), 3 (attributivo della competenza all'esame della domanda parte solo delle CT) e 26 (che limita i poteri della questura alla ricezione della domanda di protezione).

9. Savio G., *Accesso alla procedura di asilo e poteri "di fatto" delle questure*, «Questione giustizia», 29.5.2019, www.questionegiustizia.it/articolo/accesso-alla-procedura-di-asilo-e-poteri-di-fatto-delle-questure_29-05-2019.php.

10. Cfr. Meschini A., *Ancora ostacoli, rimossi con provvedimento ex art. 700 cpc all'esercizio del diritto di asilo*, «Questione giustizia», 14.11.2028, in www.questionegiustizia.it/articolo/ancora-ostacoli-rimossi-con-provvedimento-ex-art-700-cpc-all-esercizio-del-diritto-di-asilo_14-11-2018.php e Pipponzi M., *Note all'ordinanza del Tribunale di Trieste del 22 giugno 2018*, «Questione giustizia», 5.9.2018, in http://questionegiustizia.it/articolo/note-all-ordinanza-del-tribunale-di-trieste-del-22-giugno-2018_05-09-2018.php.

11. Vedi nota 10.

12. Cfr. Tribunale di Roma Sentenza n. 2917/2019, 2019 in «Giustizia Insieme», on line 5 febbraio 2020, con commento di Russo R.

per inibitoria e di risarcimento del danno, dopo che in via cautelare era stato negato il provvedimento d'urgenza. Nella decisione, il Tribunale ha riscontrato la violazione illecita, da parte delle autorità italiane che avevano riportato in Libia gli stranieri soccorsi in acque internazionali, del diritto a presentare domanda di asilo fondando sull'art. 10, co. 3, Cost., sull'art. 19 Carta europea dei diritti fondamentali, sull'art. 33 della Convenzione di Ginevra, sull'art. 3 CEDU e sull'art. 4, Protocollo 4, addizionale alla CEDU, come interpretato nella sentenza *Hirsi Jamaa c. Italia* della Corte di Strasburgo. E, sulla base dell'accertamento della illiceità di tale condotta, il Tribunale ha condannato lo Stato italiano al risarcimento del danno, accogliendo anche la domanda diretta ad imporre all'amministrazione di accettare la domanda di protezione internazionale anche se presentata da straniero non (più) presente sul territorio nazionale; sul presupposto che tale condizione di estraneità al territorio nazionale, normalmente ritenuta di ostacolo all'esercizio del diritto di asilo, fosse l'effetto della condotta illecita dello Stato nei confronti del quale il diritto osteggiato è, invece, stato riaffermato.

In caso di illecito respingimento collettivo il Tribunale ha dunque non solo riconosciuto il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, ma ha anche garantito il diritto di (ri)accedere al territorio nazionale per presentare e coltivare la domanda di asilo al richiedente impossibilitato per effetto della condotta di illecito respingimento. Rimettendo alle autorità amministrative le modalità per consentire l'esercizio del diritto a presentare la domanda e dello *status* di richiedente asilo, di cui il diritto a permanere nel territorio dello Stato è presupposto indefettibile. La pronuncia evoca il tema più generale del momento del sorgere del diritto a presentare domanda di asilo, identificato dall'art. 6, co. 1, del d.lgs. 25/2008 e del rapporto tra tale diritto e il diritto di ingresso nel territorio nazionale.

3. Quale giudice¹³: le difficoltà determinate dalle questioni di giurisdizione¹⁴ e competenza

Un ulteriore profilo di complicazione che può rendere, nei fatti, meno tempestiva e più complessa la tutela dei diritti degli stranieri è la diversità di competenza, tra giudice amministrativo, Giudice di pace o Tribunale ordinario.

In questa sede, come da premessa, si potrà solo considerare le questioni ancora in qualche misura aperte e che possono determinare un ritardo od un deficit di tutela.

13. Vedi Tria L., *Relazione, Seminario giuridico organizzato dal Consiglio Italiano per i Rifugiati, Quadro normativo e giurisprudenziale della protezione dei richiedenti asilo*, Roma, 21.11.2017, www.cir-onlus.org/wp-content/uploads/2017/11/Relazione-Tria-21.11.pdf.

14. Per un'ampia disamina dei profili problematici del riparto si veda Noccelli M., *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, «Federalismi.it», 14.3.2018.

Un ambito particolarmente delicato perché strettamente connesso all'esercizio del diritto di asilo è quello della competenza giurisdizionale in materia di diritto all'accoglienza, riservata al Tribunale amministrativo regionale, chiamato a pronunciarsi sia in caso di esclusione dalle misure di accoglienza (art. 15 d.lgs. 142/2015) sia in caso di revoca (art. 23 d.lgs. 142/2015). Non solo in caso di provvedimento espresso finalizzato a negare l'accesso all'accoglienza sulla base della valutazione dei mezzi di sussistenza disponibili, ma anche in caso di silenzio¹⁵.

Proprio la rilevanza della condotta del tutto silente della P.A. e l'impatto di tale comportamento sui diritti fondamentali del richiedente asilo, induce a ritenere auspicabile un intervento interpretativo a favore della cognizione del giudice ordinario; in particolare, si potrebbe prospettare l'attrazione di tutte le controversie in materia di accesso all'accoglienza davanti alle Sezioni specializzate in materia di immigrazione dei rispettivi Tribunali distrettuali.

Nell'esperienza dei giudici della protezione si evidenzia come il regime dell'accoglienza incida sul percorso di riconoscimento della protezione in modo assai significativo privandolo dell'accompagnamento nel corso dell'intero – e purtroppo assai lungo – procedimento amministrativo e giudiziario.

In generale però un riesame sistematico della materia finalizzato alla *unificazione del giudice* degli stranieri migranti non potrà che passare attraverso una rivisitazione legislativa¹⁶ anche se alcune questioni possono sin d'ora essere risolte in via interpretativa.

Tra queste le più significative ancora aperte appaiono quelle relative alla giurisdizione in materia di cittadinanza, alla competenza in materia di riparto di competenza ai sensi del c.d. "Regolamento Dublino" ed alla competenza in materia di diritto alla iscrizione anagrafica.

3.1. *La giurisdizione in materia di cittadinanza*

Con il d.l. 17 febbraio 2017, n. 13 (convertito, dalla legge 13 aprile 2017, n. 46) il legislatore ha attribuito alle Sezioni specializzate in materia di immigrazione la relativa competenza (art. 3, co. 3, del suddetto d.l. n. 13 del 2017), recependo le critiche alla durata dei giudizi in materia di accertamento dello stato di apolidia e dello stato di cittadinanza italiana.

L'ambito della nuova attribuzione è, però, ancora controverso in giurisprudenza e dottrina.

15. Cfr. Tar Veneto, sentenze 273/2019, 358/2019 e 359/2019.

16. In grado di accorpate nelle Sezioni specializzate, tutte le controversie in materia di immigrazione e quindi anche quelle relative a ingresso, soggiorno, trattenimento, accompagnamento e allontanamento degli stranieri e a diritto di asilo in genere, dando prevalenza al rilievo di diritti fondamentali rispetto al carattere discrezionale dell'atto della P.A.

Da una parte si è evidenziato che, in considerazione del fatto che «i tempi processuali sono particolarmente lunghi proprio per i giudizi che, finora, sono stati trattati dal giudice amministrativo in materia di cittadinanza o apolidia, (ad esempio per naturalizzazione), non sembra vi siano motivi per limitare la competenza in materia delle suddette Sezioni specializzate, tanto più in assenza di criteri di riparto dettati dal legislatore, che, invece, ha manifestato l'intenzione di semplificare l'attuale situazione processuale, in considerazione della necessità di garantire tutela a diritti fondamentali di primario rilievo». In questo senso si esprime l'opinione che, valorizzando il superamento del criterio di riparto tra le giurisdizioni fondato sul tipo di situazione soggettiva lesa (diritti soggettivi/interessi legittimi) e l'affermazione concorrente del criterio di riparto per materia, a prescindere dal tipo di situazione soggettiva lesa, ritiene trasferita al giudice ordinario tutta la cognizione in materia di diritto di cittadinanza. Potrebbe ritenersi auspicabile, proprio allo scopo di facilitare l'accesso alla tutela giurisdizionale anche in materia di cittadinanza, il prevalere dell'orientamento giurisprudenziale dell'unicità della giurisdizione in materia di cittadinanza secondo il tracciato già percorso in materia di protezione internazionale ed umanitaria dalla Corte di cassazione¹⁷.

Allo stato, tra i giudici del merito sono emerse due differenti soluzioni in materia di giurisdizione relativa al diritto di cittadinanza. Alcuni provvedimenti orientati nel riconoscere alla disciplina istitutiva delle Sezioni specializzate efficacia attrattiva, al giudice ordinario, dell'intera cognizione della cittadinanza e dell'apolidia, altre invece optanti per il riparto fondato sul mantenimento in capo alla giustizia amministrativa della cognizione delle controversie relative al diritto di cittadinanza soggetto a valutazione discrezionale amministrativa¹⁸. In dottrina si è infine valorizzato che il Ministero dell'interno nella Direttiva del 7 marzo 2012, che ha trasferito ai Prefetti la competenza all'adozione dei provvedimenti di riconoscimento o di diniego fondati sulle ipotesi della lett. a) e della lett. b) del co. 1 dell'art. 6 della l. n. 92 del 1991, sul presupposto che tali atti siano «privi di valutazione discrezionale e tanto più di valenza "politica", da emanarsi una volta accertate la sussistenza o meno dei requisiti prescritti e l'assenza o meno di determinati pregiudizi penali»¹⁹.

17. Vedi: Cass., SU 26 maggio 1997, n. 4674; Cass., SU 17 dicembre 1999, n. 907; Cass., 23 dicembre 2010, n. 26056; Cass., 9 dicembre 2011, n. 26480.

18. Per la prima tesi estensiva della giurisdizione del g.o. Tribunale di Brescia ord. 17.7.2018, Tribunale di Torino ord. 9.5.2018, Tribunale di Torino ord. 6.10.2018; Tribunale di Firenze ord. 8.12.2018, ord. 12.6.2019, ord. 23.9.2019 inedite. Per la tesi della devoluzione al g.a. delle controversie dove la cittadinanza è conseguenza di valutazione discrezionale (c.d. naturalizzazione) Tribunale di Firenze ord. 17.9.2019, Tribunale di Milano ord. 24.4.2018, Tribunale di Brescia ord. 7.1.2019 in www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it/rassegne/rassegna-di-giurisprudenza-italiana/cittadinanza-e-apolidia.

19. Noccelli M., *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, «Federalismi.it», 6, del 14.3.2018, www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=35965&d

3.2. La competenza per territorio e funzionale

La normativa che ha introdotto le Sezioni specializzate ha invece lasciato inalterate sia la competenza del Giudice di pace in materia, sia la competenza del Tribunale per i minorenni prevista dall'art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998 in materia di espulsione dei minorenni, di autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia dei loro familiari.

3.2.1. La competenza per territorio in materia di iscrizione anagrafica

I Tribunali hanno poi offerto soluzioni differenziate, pur negando in netta prevalenza la competenza delle Sezioni specializzate, anche sulle controversie sorte in materia di diritto alla iscrizione anagrafica.

La materia estremamente sensibile, perché sottoposta ad una fortissima pressione politica e mediatica, ha trovato protezione urgente in via cautelare, vuoi con interpretazione conservativa e costituzionalmente orientata, vuoi con rimessione alla Corte costituzionale finalizzata alla caducazione *erga omnes* della modifica legislativa: in ogni caso è stata ritenuta l'estraneità alla materia della competenza funzionale dei Tribunali distrettuali dell'immigrazione²⁰. A sostegno dell'applicazione del criterio ordinario di determinazione della competenza territoriale si è affermato che: 1) l'art. 3 del decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13, convertito con l. 13 aprile 2017, n. 46, prevede un elenco di controversie devolute alla competenza delle Sezioni specializzate tra le quali non può annoverarsi quella per iscrizione anagrafica; 2) il terzo co., nel prevedere che le Sezioni specializzate sono altresì competenti «per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli di cui ai co. 1 e 2», non è applicabile dato che mentre tra iscrizione anagrafica e domanda di asilo secondo la disposizione previgente vi era (nel previgente regime) connessione perché la domanda di protezione costituiva titolo speciale per la richiesta di iscrizione anagrafica, alla medesima conclusione non può giungersi dopo l'introduzione della norma controversa, perché il diritto preteso non trova (più) giustificazione speciale nella domanda di asilo, per espressa previsione normativa contenuta nell'art. 13 del d.l. n. 113/2018, (che ha introdotto il nuovo co. 1 *bis* dell'art. 4 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142), ma solo – in forza della interpretazione costituzionalmente orientata di cui al co. 7 dell'art. 6 TU –, in applicazione della disciplina generale del diritto alla residenza della persona straniera regolarmente soggiornante.

path=document&dfile=14032018001454.pdf&content=Il%2Bdiritto%2Bdell%27immigrazione%2Bdavanti%2Bal%2Bgiudice%2Bamministrativo%2B-%2Bstato%2B-%2Bdottrina%2B-%2B.

20. Ad eccezione dell'ordinanza del Tribunale di Trento 11.6.2019, inedita.

3.2.2. La competenza in materia di trasferimenti Dublino III

Un vivace confronto giurisprudenziale, che ha coinvolto anche la Corte di cassazione, ha toccato poi la questione di competenza in materia di trasferimenti Dublino.

Con una recente ordinanza, dando applicazione costituzionalmente orientata dell'art. 4 co. 3, del d.l. 13/2017, la Corte Suprema ha valorizzato il criterio della vicinanza e della facilità di accesso alla tutela giurisdizionale da parte del richiedente asilo mutando l'indirizzo precedente che aveva ritenuto applicabile il criterio identificativo del luogo dove ha sede l'autorità che ha emesso il provvedimento (art. 4, co. 1, del d.l. 13/2017)²¹.

Di sicuro rilievo appare inoltre il fatto che la Corte di cassazione abbia menzionato gli artt. 24 Cost., 47 Carta europea dei diritti fondamentali e 13 CEDU per far prevalere la soluzione che fosse in grado di garantire il diritto al più agevole accesso al giudice.

4. Quale processo: la complicazione dei riti

4.1. *Il procedimento camerale*

In controtendenza rispetto al più volte proclamato e (talvolta) perseguito indirizzo politico di semplificazione dei riti processuali civili, le riforme in materia di tutela giurisdizionale dei diritti degli stranieri hanno seguito un indirizzo opposto: si è affermata sotto diversi profili una filosofia di tutela giurisdizionale differenziata e sostanzialmente ridotta, attraverso un uso strumentale dell'esigenza di tutela del diritto a tempi ragionevoli, a detrimento della posizione giuridica del titolare del diritto alla celerità del processo.

Se la diversificazione dei riti è stata tradizionalmente ritenuta giustificata dalla necessità di far meglio aderire la tutela alle situazioni giuridiche che presentano peculiarità, nel caso del diritto degli stranieri la specializzazione del rito ha, invece, perseguito un obiettivo opposto.

Com'è noto infatti con il d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito con modificazioni con legge 13 aprile 2017, n. 46, il procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale è stato nuovamente modificato con la reintroduzione di un procedimento in camera di consiglio, regolato dall'art. 35 *bis* d.lgs. 25/2008. Sin dalla prima lettura la scelta non è apparsa rivolta ad agevolare l'attuazione giurisdizionale delle relative situazioni giuridiche sostanziali particolari, ma ad una riduzione delle garanzie processuali a presidio della tutela effettiva del diritto d'asilo.

21. Cass. ord. n. 31127/2019, che innova rispetto a Cass. ord. 18755, 18756, 18757/2019.

Si consideri anche che, in base alla gerarchia dei valori costituzionali, l'obbligo di perseguire l'accelerazione adeguata delle controversie può esser ritenuto in grado di prevalere su altri beni giuridici, ma non su quello protetto dall'art. 24 Cost.²². Irragionevolmente giustificato è dunque apparso il sacrificio dell'obiettivo di semplificazione dei riti civili e di riconduzione dei procedimenti camerali previsti dalla legislazione speciale al modello del procedimento sommario di cognizione. Semplificazione sino ad ora ritenuta dal legislatore strumento prioritario di accelerazione della durata dei processi.

All'opposto è stata, infatti, introdotta una nuova forma di tutela giurisdizionale differenziata, che suscita diversi dubbi di legittimità costituzionale.

E ciò appare tanto più irragionevole alla luce del fatto che la riforma ha mantenuto il procedimento sommario di cognizione per le controversie in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri Stati membri dell'UE o dei loro familiari²³; per i giudizi in materia di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'UE o dei loro familiari²⁴; per le controversie in materia di espulsione di cittadini di Stati che non sono membri dell'UE²⁵; per i giudizi in materia di accertamento dello stato di apolidia dall'art. 19 *bis* d.lgs. 150/2011. Successivamente, il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni con legge 1 dicembre 2018, n. 132, ha inserito nel d.lgs. 150/2011 l'art. 19 *ter*, che ha previsto la reintroduzione del rito sommario di cognizione per i giudizi di impugnazione del diniego o della revoca dei nuovi permessi di soggiorno temporanei di cui agli artt. 18, 18 *bis*, 19, co. 2, lett. *d*) e *d-bis*), 20 *bis*, 22, co. 12 *quater*, d.lgs. 286/1998.

Rinviando l'esame delle modifiche in tema di audizione al paragrafo dedicato al tema della prova, non può in questa sede esser omesso il tema del diritto al contraddittorio orale in udienza; in primo luogo distinguendo tra possibilità di avvalersi della videoregistrazione, come surrogato dell'audizione personale diretta, e necessità di udienza che non solo all'audizione è finalizzata.

L'art. 35 *bis* d.lgs. 25/2008, afferma:

- al co. 10, che «è fissata udienza per la comparizione delle parti esclusivamente quando il giudice: a) visionata la videoregistrazione di cui al co. 8 (co. che, a propria volta, rinvia all'art. 14), ritiene necessario disporre l'audizione dell'interessato; b) ritiene indispensabile richiedere chiarimenti alle parti; c) dispone consulenza tecnica ovvero, anche d'ufficio, l'assunzione di mezzi di prova»;

22. Che ha natura di diritto costituzionale inviolabile cfr. da ultimo Corte costituzionale 238/2014.

23. Ai sensi art. 16 d.lgs. 150/2011.

24. Ai sensi dell'art. 17 d.lgs. 150/2011.

25. Dall'art. 18 d.lgs. 150/2011.

- al co. 11, che «l’udienza è altresì disposta quando ricorra almeno una delle seguenti ipotesi: a) la videoregistrazione non è disponibile; b) l’interessato ne abbia fatto motivata richiesta nel ricorso introduttivo e il giudice, sulla base delle motivazioni esposte dal ricorrente, ritenga la trattazione del procedimento in udienza essenziale ai fini della decisione; c) l’impugnazione si fonda su elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa di primo grado».

I limiti alla possibilità di decidere senza udienza (oltre che senza audizione diretta) non sono precisamente determinati e sarà la prassi a circoscriverli quando, e se, l’audizione sarà videoregistrata e messa adeguatamente a disposizione del Tribunale.

Sin d’ora si può però affermare in forza dell’esperienza giudiziaria che, ciò che è stato previsto come eccezione, come si evince dall’utilizzo dell’avverbio «esclusivamente» nel co. 10 dell’art. 35 *bis*, dovrà invece ritenersi essere la regola generale alla luce dell’obbligo di cooperazione istruttoria gravante sul Tribunale. È indubbio però che si sia inciso pesantemente sul principio di pubblicità del giudizio sancito dall’art. 6 CEDU e desumibile dall’art. 101, co. 1, Cost.

È stato correttamente evidenziato che, tenuto conto dell’eliminazione dell’appello e considerata la forma camerale non partecipata assunta di regola dal giudizio di Cassazione «ne deriva un modello processuale nel quale alle parti è tendenzialmente escluso, [...] il diritto di comparire dinanzi al giudice»²⁶, salva diversa valutazione discrezionale del giudice che può ritenere l’udienza essenziale ai fini della decisione.

Una interpretazione garantista, riduttiva della portata restrittiva della norma, è rinvenibile nella sentenza della Suprema Corte che ha dichiarato manifestamente infondata la relativa questione di legittimità costituzionale, ritenendo che «il procedimento camerale, da sempre impiegato anche per la trattazione di controversie su diritti e *status*, sia idoneo a garantire l’adeguato dispiegarsi del contraddittorio con riguardo al riconoscimento della protezione internazionale, neppure potendo riconoscersi rilievo all’eventualità della soppressione dell’udienza di comparizione, sia perché essa è *circoscritta a particolari frangenti* nei quali la celebrazione dell’udienza si risolverebbe in un superfluo adempimento, tenuto conto dell’attività in precedenza svolta, sia perché il contraddittorio è comunque pienamente garantito dal deposito di difese scritte²⁷».

Anche se, com’è stato puntualmente rilevato con riferimento all’analoga riforma del 2016 del giudizio di legittimità, «una cosa è il diritto al contraddittorio (art. 24 Cost.), altra cosa il diritto all’udienza pubblica»²⁸.

26. Cfr. Del Rosso F.G., *Garanzie e principio di effettività del processo nella tutela del richiedente asilo*, «Questione giustizia», 6.3.2019, www.questionegiustizia.it/articolo/garanzie-e-principio-di-effettivita-del-processo-nella-tutela-del-richiedente-asilo_06-03-2019.php.

27. Cass. sent. n. 17717/2018.

28. Del Rosso F.G., *op. cit.*

Sembra tener conto di tale problematica costituzionale il legislatore del 2018 che, nell'assoggettare le controversie in materia di diniego o di revoca dei nuovi permessi di soggiorno temporanei al procedimento sommario di cognizione di cui all'art. 19 *ter* d.lgs. 150/2011, non ha riproposto la peculiare disciplina dettata dal co. 10 e dal co. 11 dell'art. 35 *bis* d.lgs. 25/2008, limitandosi a stabilire nel novellato art. 4 *bis* d.l. 13/2017 che «il collegio decide in camera di consiglio sul merito della controversia quando ritiene che non sia necessaria ulteriore istruzione».

Ne consegue la necessità di ritenere che nel rito sommario di cognizione reintrodotta dal d.l. 113/2018 si dovrà dar seguito alla fissazione dell'udienza di comparizione delle parti in camera di consiglio, ove il collegio non ritenga necessaria ulteriore istruzione, pena la nullità dell'ordinanza conclusiva del procedimento. In definitiva, non può negarsi, anche con il massimo impegno a dare alle recenti modifiche la necessaria interpretazione costituzionalmente orientata, il rischio della creazione di prassi applicative sensibilmente differenti nei diversi uffici giudiziari, come dimostrano gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza di merito con riferimento al regime di fissazione dell'udienza nel rito camerale non partecipato *ex art. 35 bis*, divergenze superate solo all'esito dell'intervento della Corte di cassazione²⁹.

4.2. *L'eliminazione del doppio grado di merito*

In deroga all'art. 739 c.p.c., l'art. 35 *bis*, co. 13, d.lgs. 25/2008 stabilisce che «il decreto non è reclamabile». L'abolizione del secondo giudizio di merito è stata poi estesa, dal d.l. 113/2018, nel novellato art. 19 *ter* d.lgs. 150/2011, all'impugnazione dei dinieghi o delle revoche dei permessi di soggiorno temporanei.

Se è vero che nel nostro sistema processuale il doppio grado non gode di copertura costituzionale è anche vero che, nel predisporre soluzioni processuali differenti per situazioni sostanziali identiche, il legislatore è tenuto a rispettare il principio di eguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

Ed è difficile ritenere razionale un sistema che nella medesima materia del trattamento dello straniero preveda il doppio grado soltanto per alcune controversie (artt. 16, 17, 19 *bis* e 20 d.lgs. 150/2011), escludendolo per le altre senza che siano riscontrabili obiettive ragioni in grado di giustificare una tale differenziazione.

Ma a questa prima incongruenza, interna all'ambito del diritto degli stranieri, si aggiunge quella relativa al confronto della disciplina della protezione internazionale con altri ambiti del diritto della persona.

29. Cass. sent. n. 17717/2018 e ord. n. 28205/2018.

Gli *status* legati al rapporto parentale, la tutela del diritto alla identità, alla riservatezza, alla immagine, alla salute, alla libertà sessuale, in poche parole alla dignità umana, sono tutti beni alla protezione dei quali il riconoscimento del diritto di asilo è ontologicamente finalizzato e sono anche situazioni giuridiche che, nell'ambito del diritto civile, trovano, senza eccezione alcuna, ampia tutela in due gradi di giudizio di merito a cognizione piena.

Incongruo appare dunque che quegli stessi beni, suscettibili di violazione ad opera di condotte di estrema gravità e violenza nel territorio di un altro Stato e per tutelare i quali le persone giungono nel nostro territorio, incontrino un regime giuridico differente e sensibilmente meno garantito per effetto della eliminazione del doppio grado di giudizio di merito.

Sul punto l'ordinanza n. 28119/2018 della Suprema Corte ha ritenuto che, pur dovendosi considerare «il rilievo primario del diritto in contesa [...] deve per altro verso sottolinearsi, ai fini della verifica di compatibilità costituzionale della eliminazione del giudizio di appello, che il ricorso in esame è preceduto da una fase amministrativa, destinata a svolgersi dinanzi ad un personale specializzato, nell'ambito del quale l'istante è posto in condizioni di illustrare pienamente le proprie ragioni attraverso il colloquio destinato a svolgersi dinanzi alle C.T., di guisa che la soppressione dell'appello si giustifica anche per il fatto che il giudice è chiamato ad intervenire in un contesto in cui è stato già acquisito l'elemento istruttorio centrale – per l'appunto il colloquio – per i fini dello scrutinio della fondatezza della domanda di protezione, il che concorre a far ritenere superfluo il giudizio di appello»³⁰. Alla base del ragionamento della Corte di cassazione vi è una diversa valutazione della fase amministrativa, priva della garanzia della difesa tecnica, una sottovalutazione della divergenza con la fase giurisdizionale ed una sopravvalutazione della possibilità di assimilare l'atto istruttorio dell'audizione, svolta dalla Commissione territoriale in condizioni di minorata capacità difensiva ed ancor prima di ridottissima comprensione da parte del richiedente del contesto giuridico al quale la domanda è rivolta.

4.3. *La sospensiva nelle more del ricorso per Cassazione*

Alla eliminazione del secondo grado di merito il legislatore ha fatto seguire anche il venir meno della efficacia sospensiva della pendenza del ricorso per Cassazione.

Sia l'abolizione del secondo grado di merito, sia il venir meno della sospensione automatica non sono apparsi alla CGUE incompatibili con norme

30. In primo grado non risulta affrontata la questione probabilmente per difetto di rilevanza, mentre non risultano giudizi di secondo grado in cui sia stata sollevata la questione.

di diritto dell'Unione. In questo senso, infatti, si è sostanzialmente espressa la Corte di giustizia dell'Unione europea sul rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Milano³¹. Invero, la CGUE ha lasciato aperta la strada della valutazione (da parte del giudice nazionale) nel caso di specie del principio di equivalenza; principio secondo il quale, come si è anticipato, i rimedi giurisdizionali apprestati dagli Stati membri alle domande intese a garantire la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento UE non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano diritti aventi la propria base sul diritto interno.

Si torna, dunque, anche secondo l'indicazione della Corte di giustizia dell'Unione europea, alla necessità di valutare la ragionevolezza del regime discriminatorio in materia di asilo, sia in ordine al secondo grado di merito sia in ordine alla devoluzione della decisione sulla sospensiva del diniego allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento impugnato sulla base di elementi di fondatezza del ricorso per Cassazione e non solamente per il «grave e irreparabile danno» contemplato in linea generale per l'inibitoria delle sentenze di appello dall'art. 373 c.p.c. E ciò a prescindere dalla necessità di adottare prassi giudiziarie di assegnazione dei procedimenti che escludano la possibilità che sia lo stesso collegio che ha adottato il provvedimento di rigetto ad esser investito della sospensiva in base alla prognosi di fondatezza dei motivi di ricorso per Cassazione verso il provvedimento.

Non può infatti dimenticarsi che nell'ambito del diritto di asilo il giudizio sul fatto e quello sul diritto sono fortemente compenetrati in particolare in ordine al controllo di adeguatezza del minimo costituzionale di motivazione in punto di credibilità delle dichiarazioni del richiedente asilo. Come dimostra la problematica giurisprudenza della Corte di cassazione³².

4.4. *Le procedure accelerate*

Una delicatissima sfera di azione legislativa che mette a rischio il diritto alla tutela effettiva è poi quella delle c.d. procedure accelerate; casi nei quali l'esame della domanda di asilo viene svolto in tempi molto ridotti e perlopiù quando il richiedente è appena arrivato in Italia, ossia nei luoghi di frontiera e in condizioni di trattenimento, quando non è ancora entrato in contatto con

31. Tribunale di Milano commentata da Adinolfi A., in *Diritto dell'Ue e soggiorno del richiedente protezione internazionale in attesa dell'esito del ricorso in Cassazione*, «Questione giustizia», 29.6.2018, http://questionegiustizia.it/articolo/diritto-dell-ue-e-soggiorno-del-richiedente-protez_29-06-2018.php; CGUE (C-422/18), 27 settembre 2018, commentata da Capotorti F., *Il ruolo del giudice nazionale dell'asilo tra effettività dei ricorsi e autonomia procedurale degli Stati membri: il punto sulla sospensiva*, «Questione giustizia», 27.11.2018, www.questionegiustizia.it/articolo/il-ruolo-del-giudice-nazionale-dell-asilo-tra-effe_27-11-2018.php.

32. Sul punto vedi par. 4.

gli operatori che nell'accoglienza svolgono quella preziosissima attività di informazione e preparazione all'intervista presso la Commissione territoriale. Il d.l. 113/18 ha infatti introdotto per la prima volta le procedure di frontiera, la nozione di Paesi di origine sicuri³³ e il trattenimento a fini identificativi in frontiera, ampliando le ipotesi di manifesta infondatezza e veicolando la domanda di tutela nell'ambito delle procedure accelerate evidentemente destinate nell'intenzione del legislatore a diventare, nella prassi, il rito ordinario.

Tali nuovi istituti, già nella prima applicazione, mostrano molteplici profili di criticità costituzionale e di compatibilità con il diritto UE e con la CEDU³⁴. La compressione delle garanzie del diritto di difesa è elevata ma rimessa in pratica alla concreta attuazione che l'Amministrazione e la giurisprudenza ne daranno in futuro.

4.5. *Il diritto alla prova ed il dovere di cooperazione istruttoria*

Il tema del diritto alla prova si presenta come particolarmente sensibile nell'ambito del diritto degli stranieri ed in particolare del diritto di asilo, in quanto tale connesso ad eventi materiali avvenuti in luoghi molto distanti e molto differenti da quello dove si svolge il giudizio³⁵.

Le caratteristiche peculiari del giudizio sulla protezione ed i profili umani e professionali ad essa sottesi, determinano la necessità di considerare in modo particolarmente scrupoloso la rilevanza istruttoria dell'audizione del richiedente e l'importanza della comunicazione diretta con il giudice, mediante la sua presenza personale in udienza³⁶.

Ma in questo ambito, il terreno più accidentato per il giudice, come anche per il decisore amministrativo, è quello della valutazione della credibilità del richiedente; perché anche se l'ampia trama del ragionamento probatorio tessuta dal legislatore ed integrata dalle Corti impone di osservare un regime di particolare favore per il richiedente, in ragione della sua vulnerabilità, i criteri

33. Pitea C., «Rivista di Diritto Internazionale», Anno CII, Fasc. 3, 2019 e Venturi F., *L'istituto dei "Paesi di origine sicuri" e il decreto attuativo del 4 ottobre 2019: una "storia sbagliata"*, «Questione giustizia», 18.11.2019.

34. Vedi di Fachile S., Massimi A., Leo L., *Le nuove procedure accelerate: lo svilimento del diritto di asilo*, «Questione giustizia», 3.11.2019.

35. Vedi Minniti L., *Relazione al seminario Scuola Superiore della Magistratura*, Scuola superiore Sant'Anna, Pisa, 5.12.2019.

36. In questa direzione si muove Cassazione sent. n. 27073/2019 con la quale il collegio di legittimità ha affermato che «8.2. Il diritto ad una tutela effettiva, sancito dall'art. 46 par. 1 della Direttiva 2013/32, incide sul dovere di cooperazione del giudice e sulla necessità di disporre l'audizione del ricorrente, che è il momento centrale in cui tale dovere può esprimersi, sui nuovi temi introdotti in ricorso (che siano sufficientemente distinti e significativi), ove sugli stessi il richiedente non sia stato sentito dalla Commissione».

di verifica della credibilità del richiedente sono un banco di prova davvero impegnativo e denso di insidie.

Di particolare rilievo è il fatto, già sopra rilevato, che le prime dichiarazioni sulla propria vicenda siano rese dal richiedente, davanti alla Commissione territoriale, senza ausilio di un difensore e senza la mediazione culturale di una persona che lo abbia in precedenza ascoltato, compreso, in una parola, riconosciuto. Di qui la necessità dell'ausilio della nuova audizione del richiedente, nel contraddittorio con il suo difensore.

In merito alla necessità dell'audizione del richiedente davanti al giudice si sono spesi argomenti giuridici anche raffinati sul piano processuale, ma non sempre adeguati a valutare la posta in gioco.

La stessa CGUE ha rigorosamente delimitato l'esercizio della discrezionalità del giudice nel procedere senza audizione, consapevole che il rischio di erronea valutazione della storia del richiedente, esaminata in sua assenza, è elevatissimo. Al contrario, solo l'audizione, con le domande di chiarimento formulate dal giudice e le risposte direttamente da lui raccolte, possono ridurre l'alea di tale valutazione. L'audizione non è, infatti, solo un diritto connesso all'esercizio del contraddittorio, ma è un vero e proprio strumento probatorio, una prova tipica nel processo di protezione internazionale, spesso la principale, che può essere negata solo in caso di assoluta irrilevanza ai fini del giudizio; a seguito, cioè, di una prognosi di sua inidoneità a condizionare la decisione.

Perciò, oltre che nei casi, non rari, di accoglimento *de plano*, in caso di previsione di rigetto della domanda di protezione, anche solo per valutare i profili di vulnerabilità rilevanti nel giudizio di protezione umanitaria, lo strumento dell'audizione appare necessario.

Né può negarsi il diritto a chiarire tramite audizione le incongruenze del racconto rilevate dal decisore amministrativo che, come spesso avviene, non sottopone al richiedente in audizione le incoerenze o le lacune del racconto, pur utilizzandole talvolta nel motivare il diniego.

E non può neppure esigersi che il ricorso contenga una confutazione certissima del giudizio di non credibilità, considerato il brevissimo tempo concesso e la complessità degli strumenti di cui può avvalersi il difensore italiano nella predisposizione delle ragioni della domanda giudiziale.

Nel merito della questione della valutazione della prova offerta dal richiedente si incontra poi il rischio di un uso scorretto del giudizio di credibilità, trasformato da strumento di valutazione della prova in un giudizio sulla lealtà del richiedente. Rischio evitabile solo se si colloca il giudizio di credibilità delle dichiarazioni del richiedente sul circoscritto piano della valutazione delle fonti di prova. E da ciò consegue che l'accertamento della credibilità del richiedente asilo – come la valutazione di tutte le altre fonti di prova – non può che giovare sempre del dovere di cooperazione istruttoria, perché la coerenza interna del racconto (e la efficacia probatoria degli altri mezzi istruttori) non

può esser valutata senza un esame approfondito della coerenza esterna supportato dall'analisi delle *Country of origin information* nel pieno contraddittorio tra le parti³⁷. Di talché tale dovere di cooperazione non può, come in giurisprudenza si è talvolta sostenuto, esser condizionato dal risultato della valutazione delle stesse dichiarazioni che è finalizzato a riscontrare. Il dovere di cooperazione rappresenta una regola di riparto dei poteri istruttori e costituisce una deroga al principio dispositivo. Non esprime una regola che incide sulla valutazione delle fonti di prova, connotato, questo, che invece va attribuito alla norma che riconosce efficacia probatoria alla dichiarazione del richiedente che presenti determinate caratteristiche. Le due disposizioni normative, quella che impone al giudice la cooperazione istruttoria e quella che prevede la dichiarazione del richiedente come fonte di prova e la sua valutazione come regola di giudizio probatorio, attengono a fasi logicamente e cronologicamente distinte del giudizio di protezione internazionale.

Sul punto è in corso un vivace confronto tra i giudici di merito e di legittimità con elementi di contrasto anche molto netti³⁸.

5. Conclusioni. La cultura della giurisdizione di fronte allo straniero

Quanto sopra esposto mette in rilievo la funzione generale che la tutela giurisdizionale degli stranieri può svolgere nell'ambito della cultura del processo e del diritto civile.

In questo ambito acquista una particolare valenza l'ascolto della persona, la funzione di cooperazione del giudice, l'attenzione alla effettività della misura giurisdizionale accordata.

Tutti profili che messi alla prova, sotto sforzo, nel processo di tutela dei diritti degli stranieri immigrati possono educare il giudice ad una maggiore sensibilità generale ai diritti delle persone.

Anche all'interno della giurisdizione, come in altri ambiti della società contemporanea, gli stranieri possono portare, con le loro essenziali domande di tutela, l'intero ordinamento nazionale ed europeo a migliorare la propria funzione.

37. Ove in ipotesi il giudice ritenga di utilizzare altre *Country of Origin Information* di fonte diversa o più aggiornate, che depongono in senso opposto a quelle offerte dal richiedente egli dovrà sottoporle preventivamente al contraddittorio, perché diversamente si arrecherebbe, in concreto, un irrimediabile *vulnus* al diritto di difesa, sul punto Cassazione ord. I sez. civ. n. 29056/2019.

38. Cass. sez. 6-1, n. 26921/2017, sez. 6-1, n. 8282/2013, sez. 6-1, n. 24064/2013, sez. 6-1, n. 16202/2012, ma in senso difforme Cass. ord. sez. 6-1, n. 4892/2019, Cass. ord. 6-1, n. 33096/2018 e Cass. ord. sez. I n. 16208/2019.

Lo spazio urbano e la mendicITÀ

di *Giacomo Pailli**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La depenalizzazione del reato di mendicITÀ. – 3. Ordinanze e regolamenti. – 4. Principio di legalità. – 5. Mendicanti e stranieri tra schedatura etnica e discriminazione. – 6. Accesso alla giustizia. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

I confini dello scritto che mi accingo a licenziare devono misurarsi con l'articolato tessuto di temi che i curatori di quest'opera hanno distribuito tra i partecipanti. Per tale motivo, in luogo di tracciare un affresco complessivo che finisca per sovrapporsi agli altri contributi, ritengo conveniente dedicare le pagine che seguono ad analizzare con gli strumenti del giurista la prospettiva del rapporto tra l'ente locale e lo straniero: un rapporto di tolleranza e conflitto che si consuma nello spazio urbano.

Tale dimensione è cruciale perché lo spazio urbano è il luogo ove lo straniero vive, esplica la propria personalità ed esercita attività economiche, spesso informali e di strada, e spesso con forme che rientrano nei confini sfumati della categoria "mendicITÀ"¹. Si instaura una dinamica di tolleranza e repressione, inclusione ed esclusione, che mira a governare la presenza fisica dello straniero nel tessuto cittadino e, segnatamente, nei luoghi centrali della città². Il diritto non è qui colto nella sua aspirazione di comando generale ed astratto,

* Assegnista di ricerca all'Università di Firenze. Ringrazio Serena Stacca, Lorenzo Micacchi, Fausto Giunta e Alessandro Simoni per alcuni preziosi suggerimenti. La responsabilità per ogni errore ed omissione rimane mia.

1. Si veda Tosi Cambini S., *La dimensione politica della mendicITÀ*, «Minority Reports. Cultural Disability Studies», vol. V, 2017, pp. 114-123.

2. I "corpi", secondo l'interessante prospettiva di Tosi Cambini S., "Lo spazio del razzismo. Il trattamento dei corpi (degli) altri nel governo della città", in Giuliani G. (a cura di), *Il colore della nazione*, Milano, 2015, p. 157 ss.

uguale per tutti, ma appare quale mezzo per un fine, e viene applicato secondo discrezionalità, ossia in modo arbitrario.

Ciò che rende interessante da un punto di vista tecnico-giuridico tale dimensione, è da un lato la limitata finalità che caratterizza questo rapporto dialettico tra città e stranieri, che consiste essenzialmente nella regolazione da parte delle istituzioni della *quantità* e *qualità* delle presenze ammesse e nel grado di visibilità che si ritiene di consentire in base al termometro politico-sociale del momento: in altre parole la finalità sembra essere il semplice allontanamento degli stranieri dal territorio locale. Dall'altro lato, si assiste all'asserimento a tale finalità di un potere di polizia che, se in taluni casi trova l'avallo formale del TU, in altri assume come base giuridica, assai incerta, la disomogenea e puntiforme massa di prescrizioni che si rinvencono nei regolamenti comunali e nelle ordinanze sindacali contingibili e urgenti. Ciò avviene in particolare, ma non esclusivamente, in relazione alle attività praticate da cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea per i quali, in nome della libera circolazione, l'utilizzo degli strumenti del diritto dell'immigrazione è attenuato.

Ovviamente, si è già compreso, non trattiamo qui dello straniero turista o di chi si trasferisce in città per studiare o lavorare. Non perché tali soggetti non vivano lo spazio urbano e non perché non si instaurino dinamiche di incontro-scontro con la città che meriterebbero di essere analizzate, ma solo perché finiremmo per debordare dall'ambito che ci siamo posti.

Ancora sullo sfondo, e rimarrà tale, si intravede la figura del sindaco che, mettendo alla prova l'architettura di uno Stato ancora fortemente centralizzato, viene visto sempre più come punto di riferimento delle politiche locali, diviene destinatario principale delle petizioni della cittadinanza e, in virtù di ciò, reclama il comando, o almeno il coordinamento, delle politiche cittadine in materia di sicurezza urbana (questa definita in un recente scritto, e non a torto, «bene giuridico onnivoro»)³.

2. La depenalizzazione del reato di mendicizia

Banco di prova di quanto sopra è la vicenda giuridica che circonda la mendicizia⁴: attività che affonda le proprie radici alle origini della storia, con un intrinseco livello di offensività basso o nullo, ma che ha la capacità di muovere le coscienze della cittadinanza contemporaneamente nella direzione della generosità e del fastidio⁵.

3. Ruga Riva C., *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questore ed il Prefetto)*, «Diritto penale contemporaneo», 4, 2017, p. 226.

4. Piasere L., *Antropologia sociale e storica della mendicizia zingara*, «Polis», vol. XIV, 2000 dicembre, p. 409.

5. Per una panoramica storica, si v. Simoni A., *Mendicizia, zingari e cultura giuridica italiana: uno schizzo di tappe problemi*, «Polis», vol. XIV, dicembre 2000, p. 371.

La mendicizia degli adulti è stata depenalizzata, prima per effetto della sentenza del 28 dicembre 1995, n. 519, della Corte costituzionale che ha eliminato il reato di accattonaggio previsto dall'art. 670, co. 1, c.p. e poi dall'art. 18 della legge 25 giugno 1999, n. 205 che ha eliminato l'aggravante prevista dall'art. 670, co. 2, c.p., promossa a reato autonomo dopo la decisione del giudice costituzionale (il reato aggravato puniva la questura effettuata in modo «ripugnante o vessatorio, ovvero simulando deformità o malattie, o adottando altri mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà»)⁶. Ciò, tuttavia, non ha fatto venir meno la richiesta rivolta alle istituzioni di elaborare strumenti per regolare, limitare ed escludere la presenza dei mendicanti dalla sfera pubblica e dai centri cittadini. In altre parole, al venir meno del comando penale non ha fatto seguito alcun mutamento culturale, per cui, in misura crescente, i mendicanti sono indicati nel discorso pubblico come un fastidio, un problema, che le autorità devono affrontare ed eliminare.

L'abrogazione normativa a livello nazionale ha però avuto la conseguenza di spostare il peso dell'attenzione sul problema a livello delle istituzioni locali⁷. Da alcuni anni numerosi sindaci, sotto bandiere di tutti i colori ed orfani di un appoggio legislativo, tentano di sviluppare nuovi strumenti che consentano di allontanare i mendicanti dalla vista della propria cittadinanza⁸. Paradigmatica è la vicenda della città di Firenze, che qui serve da osservatorio per sollevare alcuni interrogativi sulla natura e la tenuta degli strumenti utilizzati dagli enti locali per garantire l'*ordre dans la rue*⁹.

Da ultimo il c.d. “decreto sicurezza” del 2018 ha reintrodotto nel codice penale all'art. 669 *bis* la fattispecie di “esercizio molesto dell'accattonaggio” in base alla quale «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque

6. Sui problemi della mendicizia minorile, v. tra gli altri Simoni A., *La qualificazione giuridica della mendicizia dei minori rom tra diritto e politica*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», XI, 1, 2009, p. 99 (ora anche in *Rom, antiziganismo e cultura giuridica*, CISU, Roma, 2019). La cronaca giudiziaria, penale e civile (in particolare per quanto riguarda l'adottabilità), è per lo più popolata da casi di mendicizia minorile, fattispecie alla quale era dedicato l'art. 671 c.p., oggi sostituito dall'art. 600 *octies* c.p. quale delitto “contro la personalità individuale”; ovvero di casi di sfruttamento della mendicizia altrui, spesso associata ad altri reati violenti o associativi (cfr. anche l'art. 600 c.p.). Sono episodici i casi riportati di applicazione dell'art. 670 c.p. nei confronti della mendicizia adulta priva di (evidenti) costrizioni.

7. Non senza alcune iniziative da parte del Governo centrale, come i decreti sulla “emergenza nomadi”, sui quali v. Simoni A., *I decreti “emergenza nomadi”: il nuovo volto di un vecchio problema*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3-4, 2008, p. 44 ss.

8. Secondo Falcon G., *Il federalismo dei sindaci (e dei prefetti)*, «Le Regioni», 3-4, 2009, p. 449: «si è formata una nuova materia intorno all'idea onnicomprensiva di ‘sicurezza urbana’ che largamente supera gli angusti confini della precedente [‘ordine pubblico e sicurezza’], espandendosi potenzialmente in ogni direzione». Per un'ampia prospettiva storica, v. Galdi A., Pizzetti F., *I sindaci e la sicurezza urbana. Indagini sulle ricadute delle ordinanze sindacali*, Donzelli, Roma, 2012.

9. Si tratta di un fenomeno certo non limitato all'esperienza fiorentina.

esercita l'accattonaggio con modalità vessatorie o simulando deformità o malattie o attraverso il ricorso a mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà è punito con la pena dell'arresto da tre a sei mesi e con l'ammenda da euro 3.000 a euro 6.000. È sempre disposto il sequestro delle cose che sono servite o sono state destinate a commettere l'illecito o che ne costituiscono il provento»¹⁰.

Ciò sposta nuovamente il baricentro della questione mendicanti verso le prerogative dello Stato centrale. Tuttavia, la storia stessa del reato di mendicizia prima delle abrogazioni degli anni Novanta è una storia di applicazione selettiva con apparizione nelle cronache giudiziarie non più che aneddotica: ossia di una norma che esiste nell'ordinamento, ma la cui funzione non è tanto a evitare la condotta proibita, bensì piuttosto di fornire una base per l'esercizio di un potere di fatto da parte degli organi di polizia.

Lo sfondo appena tracciato costituisce l'occasione per accennare tre differenti ambiti di riflessione. Il primo si interroga su quale ruolo e spazio di manovra possa avere l'ente locale nel sanzionare autonomamente condotte che non sono (più) vietate dalla legge o che, al contrario, sono già destinatarie di un precetto penale. Il secondo riguarda gli aspetti discriminatori della normativa locale in materia di mendicizia e della sua prassi applicativa.

Il terzo rappresenta, infine, una breve riflessione sul tema dell'accesso alla giustizia tra ostacoli formali e sostanziali.

3. Ordinanze e regolamenti

Nota per essere stata centro del mondo culturale ed artistico durante il Rinascimento e sede di pensieri progressisti e liberali nel secolo diciannovesimo, all'alba del nuovo millennio la città di Firenze ha profuso un notevole sforzo per ripulire il centro dalla presenza dei mendicanti. Negli anni 2007¹¹ e 2008 l'oggetto specifico dell'attenzione dell'amministrazione cittadina è stato rappresentato da quei mendicanti che ai semafori, con improbabile sinallagma, offrivano di pulire il parabrezza delle auto in cambio di un obolo. Avendo deciso che i pulitori dovevano abbandonare gli incroci, la scelta dello strumento per raggiungere lo scopo è caduta sull'ordinanza c.d. "contingibile e urgente"¹². Il Sindaco ha emanato in rapida successione tre ordinanze, dalla stampa definite "ordinanze lavavetri", aggiustando progressivamente il tiro

10. Norma introdotta dall'art. 21 *quater*, co. 1, d.l. 4.10.2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla l. 1.12.2018, n. 132.

11. Il 1° gennaio 2007 la Romania è diventata membro dell'Unione europea.

12. Il potere è oggi disciplinato dall'art. 54, co. 4, del d.lgs. 18.8.2000, n. 267 (Testo unico degli enti locali), secondo cui «il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana».

dopo che le prime erano state portate all'attenzione del giudice amministrativo o pubblicamente criticate dal Procuratore della Repubblica fiorentino. La produzione di normativa emergenziale è stata affiancata da una serrata attività di polizia locale che, in alcuni mesi, è riuscita effettivamente ad allontanare i "lavavetri" dai semafori. La lotta a questo specifico tipo di mendicizia sembra aver prodotto effetti permanenti: girando per i semafori fiorentini, nei rari casi in cui si incontra un mendicante, si tratta quasi sempre di questua "pura", senza offerta di un *quid pro quo*¹³.

L'obiettivo è stato quindi raggiunto¹⁴, ma la palese illegittimità dello strumento giuridico scelto, in assenza sia di contingenza che di urgenza, ha suggerito al Comune di trasferire il contenuto delle proibizioni – non più limitate ai "lavavetri", ma estese a tutti i mendicanti – nel nuovo Regolamento di Polizia Urbana, approvato con delibera del Consiglio comunale del 24.07.2008, n. 69, e recante "Norme per la civile convivenza in città".

Nell'ampio e didascalico catalogo di buoni e cattivi comportamenti, racchiuso nel Capo II (*Convivenza civile, vivibilità, igiene e pubblico decoro*), spicca l'art. 15 il quale, sotto la rubrica "Comportamenti contrari all'igiene, al decoro e al quieto vivere", informa che

Fatte salve le maggiori sanzioni del Codice Penale, in luogo pubblico o aperto al pubblico o di pubblico uso sono vietati i seguenti comportamenti: [...] e) avere atteggiamenti e comportamenti fastidiosi o pericolosi nei confronti degli altri nelle strade pubbliche o ad uso pubblico, recando intralcio o pericolo al flusso pedonale o veicolare, come sdraiarsi per terra sul marciapiede o avvicinarsi ai veicoli in circolazione, ovvero causando disturbo alle persone presenti presso le abitazioni o vicino agli ospedali; tutto ciò anche effettuando questua con o senza raccolta firme e vendendo merci o offrendo servizi quali la pulizia o il lavaggio di vetri o fari o altre parti di veicoli.

All'ombra di questa ritrovata base normativa, la città ha rinnovato negli anni successivi i propri sforzi per dare lustro al centro cittadino, al fine di rispondere alla presunta domanda della cittadinanza e brandendo il vessillo della legalità. È in tale momento che un gruppo di persone dedite alla mendicizia consegnano nelle mani di ricercatori fiorentini una manciata di verbali

13. La vicenda delle ordinanze è ben raccontata in Giunta F., Simoni A., *Il diritto e i lavavetri: due prospettive sulle 'ordinanze fiorentine'*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2007, p. 81, al quale si rimanda per una più articolata analisi del richiamo dell'art. 650 c.p. contenuto nelle prime due ordinanze.

14. Nelle parole del Sindaco, le prime due ordinanze non erano volte all'effettiva applicazione delle sanzioni previste per la violazione dell'art. 650 c.p., ma ciò nonostante hanno raggiunto i «risultati sperati e voluti» e la terza rappresenta «il passaggio dalla fase emergenziale a quella a regime». Ufficio stampa Comune di Firenze, comunicato stampa 21 settembre 2007, recante le dichiarazioni del Sindaco Domenici al Convegno sull'immigrazione e «La Repubblica», edizione di Firenze, 16.10.2007, p. 4.

di accertamento e contestazione per violazione dell'art. 15, co. 1, lett. e), del Regolamento di polizia urbana, elevati nel corso di un lasso di tempo piuttosto breve. Negli scarni foglietti la condotta contestata è l'aver effettuato una questua, vuoi "con modi insistenti e fastidiosi", vuoi "recando intralcio" al flusso pedonale, con invito verbale ad allontanarsi.

Sollestando gli stessi dubbi che cercheremo di descrivere nei prossimi paragrafi, i componenti dell'unità fiorentina, ricevuto regolare mandato, inviano tempestivamente all'amministrazione comunale scritti difensivi ex art. 18, l. 24.11.1981, n. 689. Ciò viene fatto in varie ondate successive, mano a mano che giungono nuovi verbali. Agli scritti non giunge mai alcuna risposta da parte del Comune che non ha mai concluso i procedimenti sanzionatori decidendo se emettere o meno la sanzione.

4. Principio di legalità

Quale valore assegnare alla depenalizzazione della mendicizia, ottenuta prima per mano della Corte costituzionale e poi per via legislativa? È legittimo che un ente locale preveda una sanzione per una condotta che prima era oggetto di un divieto penalmente sanzionato, poi venuto meno per incostituzionalità (nella forma semplice) e per decisione del legislatore nazionale (nella forma aggravata) e dunque non più vietata dalla legge?

Gli interrogativi qui posti, che trascendono il confine della mendicizia, rimangono validi anche all'indomani della reintroduzione del reato di "esercizio molesto dell'accattonaggio" nell'art. 669 *bis* c.p.

Non rientra nelle corde di chi scrive la competenza per una compiuta ricostruzione del potere dell'ente locale di emanare un regolamento generale di polizia urbana, nel quale prescrivere le condotte ammesse o represses per la "convivenza civile". Ci limiteremo ad alcune considerazioni utili al nostro lavoro.

Se si accede ad una visione liberale e garantista – quella che dovrebbe caratterizzare uno Stato (costituzionale) di diritto – dovremmo poter affermare che ogni condotta non espressamente proibita dalla legge deve ritenersi lecita, secondo il "principio generale di libertà"¹⁵: *dans une société libérale la liberté est la règle, la restriction de police l'exception*¹⁶. In tale chiave, dobbiamo

15. Cfr. Guastini R., voce "Legalità (principio di)", in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Utet, Torino, 1994, p. 88. Riflette sul tema dell'esistenza di una "libertà innominata", ossia di fare tutto ciò che non è proibito, Corvaja F., *Esiste una libertà "innominata" da tutelare? Ordinanze sindacali "creative" e libertà individuale*, «Le Regioni», 1-2, 2010, p. 33.

16. Consiglio di Stato francese, sentenza 10.8.1917, n. 59855, c.d. "sentenza Baldy", massima disponibile su www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007631744.

sottolineare che oggi la mendicITÀ degli adulti c.d. semplice è nel nostro ordinamento perfettamente lecita, essendo il primo comma dell'art. 670 del codice penale stato dichiarato incostituzionale nel 1995¹⁷; al contrario, la mendicITÀ aggravata, prevista e sanzionata dal secondo co. dell'art. 670 c.p., abrogata nel 1999¹⁸, è stata oggi reintrodotta.

Poiché il regolamento comunale, e non potrebbe essere altrimenti, fa «salve le maggiori sanzioni del Codice Penale», viene da domandarsi quale sia lo spazio di manovra entro il quale il regolamento dell'ente locale possa legittimamente regolare una condotta che è in parte costituzionalmente lecita ed in parte oggetto di una prescrizione penale.

È vero che il Regolamento fiorentino, a differenza delle ordinanze “lavave-tri”, prevede solo una sanzione pecuniaria e non fa riferimento all'art. 650 c.p., la cui inapplicabilità era apparsa evidente già nella prima fase¹⁹. Non siamo, quindi, davanti alla duplicazione di un divieto di sapore penalistico, ma ad un illecito amministrativo. Ma è anche vero che l'art. 23 Cost. stabilisce che «Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge», prevedendo una riserva di legge – relativa – proprio per limitare l'arbitrio e la discrezionalità del potere esecutivo e delle autonomie locali in questa delicata materia.

Se la posizione tradizionale della giurisprudenza tendeva a riconoscere una notevole discrezionalità al potere sub-legislativo (regolamentare) nonostante la riserva relativa posta dall'art. 23 Cost.²⁰, con la sentenza 7 aprile 2011, n. 115, la Corte costituzionale pare aver rimesso in discussione l'intera materia, in chiave assai più garantista a favore dell'individuo sottoposto al potere amministrativo coercitivo-afflittivo, in una maniera che ci pare condivisibile.

Pur essendo relativa alle ordinanze contingibili²¹, la decisione della Corte sembra porre principi di portata generale. Secondo la Corte i cittadini «sono

17. Sentenza 28.12.1995, n. 519, in GU, prima serie speciale, 3.1.1996, n. 1. Secondo la Corte, la tranquillità pubblica e l'ordine pubblico non potevano considerarsi seriamente “posti in pericolo dalla mera mendicITÀ che si risolve in una semplice richiesta di aiuto”. V. Simoni A., *MendicITÀ, zingari e cultura giuridica italiana: uno schizzo di tappe problemi*, «Polis», vol. III, 2000, p. 371.

18. L. n. 205/1999, delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario, art. 18.

19. Si legga l'efficace critica di Giunta F., Simoni A., *op. cit.*

20. La questione non è di facile soluzione ed attiene sia al sistema delle fonti, sia al rapporto tra norme statali e poteri propri degli enti locali – differenziando, dunque, a seconda che si tratti di un potere regolamentare delegato dal Legislatore nazionale, o proprio di competenza dell'ente locale, e dunque di derivazione costituzionale (cfr. Alberti A., *La parabola della potestà regolamentare degli enti locali dalla legge costituzionale n. 3 del 2001 alla riforma Renzi-Boschi*, 2, 2016, in www.osservatoriosullefonti.it; Iacovelli D., *Regolamento e illegittimità*, Cedam, Padova, 2007).

21. V. Rossi S., *Note a margine delle ordinanze sindacali in materia di mendicITÀ*, «Le Regioni», 1-2, 2010, p. 278 ss e p. 285 ss.

tenuti, secondo un principio supremo dello Stato di diritto, a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge» e la libertà dei cittadini può «essere incisa solo dalle determinazioni di un atto legislativo, direttamente o indirettamente riconducibile al Parlamento, espressivo della sovranità popolare»²². Ancora: «[q]uesta Corte ha affermato, in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente l'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, *ex plurimis*, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa.

Le ordinanze sindacali oggetto del presente giudizio incidono, per la natura delle loro finalità (incolumità pubblica e sicurezza urbana) e per i loro destinatari (le persone presenti in un dato territorio), sulla sfera generale di libertà dei singoli e delle comunità amministrate, ponendo prescrizioni di comportamento, divieti, obblighi di fare e di non fare, che, pur indirizzati alla tutela di beni pubblici importanti, impongono comunque, in maggiore o minore misura, restrizioni ai soggetti considerati. La Costituzione italiana, ispirata ai principi fondamentali della legalità e della democraticità, richiede che nessuna prestazione, personale o patrimoniale, possa essere imposta, se non in base alla legge (art. 23).

La riserva di legge appena richiamata ha indubbiamente carattere relativo, nel senso che lascia all'autorità amministrativa consistenti margini di regolazione delle fattispecie in tutti gli ambiti non coperti dalle riserve di legge assolute, poste a presidio dei diritti di libertà, contenute negli artt. 13 e seguenti della Costituzione. Il carattere relativo della riserva *de qua* non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa “in bianco”, genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini.

È necessario ancora precisare che la formula utilizzata dall'art. 23 Cost. “unifica nella previsione i due tipi di prestazioni ‘imposte’” e “conserva a cia-

22. Cfr. Cerbo P., *Principio di legalità e “nuove ed inedite” fattispecie di illecito create dai Sindaci*, Nota a Corte cost. 7.4.2011, n. 115, «Le Regioni», 1-2, 2012, pp. 215-235, il quale riporta anche la posizione della dottrina sul rapporto tra legalità ed autonomie locali.

scuna di esse la sua autonomia”, estendendosi naturalmente agli “obblighi coattivi di fare” (sentenza n. 290 del 1987). L'imposizione coattiva di obblighi di non fare rientra ugualmente nel concetto di “prestazione”, in quanto, imponendo l'omissione di un comportamento altrimenti riconducibile alla sfera del legalmente lecito, è anch'essa restrittiva della libertà dei cittadini, suscettibile di essere incisa solo dalle determinazioni di un atto legislativo, direttamente o indirettamente riconducibile al Parlamento, espressivo della sovranità popolare».

Ed arriviamo, quindi, al principio di legalità. Lungi dall'essere la base sulla quale i sindaci d'Italia possono creare le più disparate proibizioni a colpi d'ordinanza o di regolamenti (“per garantire la legalità”), il principio di legalità è un argine che protegge il cittadino, o meglio la persona, dall'esercizio arbitrario delle prerogative esecutivo/amministrative da parte dei pubblici poteri²³. Si tratta – per quanto qui interessa – della necessaria conformità (nel senso di deducibilità o riferibilità, e non di mera compatibilità) dell'esercizio del potere esecutivo/amministrativo alla legge, sia sotto il profilo formale che sostanziale²⁴.

Logicamente, il primo profilo che viene in questione è la legittimità stessa dell'ente locale di dettare norme sulla materia sotto il profilo formale. La potestà regolamentare astratta del Comune discende dal concetto stesso di autonomia dell'ente, principio di carattere costituzionale, e dal combinato disposto dell'art. 7 d.lgs. n. 267/2000, che attribuisce ai Comuni la potestà di adottare regolamenti nelle materie di propria competenza, e dell'art. 158, co. 2, d.lgs. n. 112/1998, secondo cui i Comuni sono titolari delle funzioni di polizia amministrativa locale nelle materie ad essi trasferite od attribuite. In tal senso la potestà regolamentare dell'ente locale di costruire un sistema di prescrizioni e sanzioni, si sostiene in giurisprudenza²⁵, prescinderebbe dal rispetto del prin-

23. Cfr. Guastini R., *op. cit.*, p. 85; Fois S., *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1970.

24. Cfr. Guastini R., *op. cit.*, pp. 86-87. A ciò si aggiunge il profilo della “legalità della legge”, ossia della necessaria conformità della legge alla Costituzione. Nel caso della mendicizia, ciò significa che la legge deve comunque attuare la sentenza della Corte costituzionale n. 519/1995: non a caso il nuovo art. 669 *bis* c.p. reintroduce solo la forma aggravata del reato di mendicizia. Il Regolamento fiorentino è stato impugnato dalla Confcommercio e da alcuni commercianti nei 60 gg. successivi alla sua adozione, in relazione agli artt. 3, 23 e 29. Il TAR ha dichiarato la parziale illegittimità di alcune norme. Tar Toscana, 19.3.2010, n. 702.

25. Prima della sentenza n. 115/2011 della Corte costituzionale l'opinione prevalente era tale da ritenere coperta, nell'esercizio del potere regolamentare, la riserva di legge *ex art. 23 Cost.* (e, per altra consolidata giurisprudenza costituzionale, non applicabile la riserva assoluta in materia penale *ex art. 25*, secondo co., *Cost.* – cfr., tra le tante, Corte cost. sentenza 8 giugno 1981, n. 100 ed ordinanza 3 maggio 2002, n. 150; ma cfr. la più recente Corte cost. 4 giugno 2010, n. 196). Questo per vari ordini di ragioni: in primo luogo, si bilanciava la riserva prevista dall'art. 23 *Cost.* con i precetti di cui agli artt. 5 e 123 (oggi 117, co. 6) *Cost.* in punto di autonomia degli enti locali (cfr. Cass. 13 dicembre 1995, n. 12779; *contra* Cass. 22 ottobre 1991, n. 11195). In secondo luogo, si riteneva

cipio di legalità in senso formale stabilito dall'art. 1 l. n.689/1981. Ci sembra, però, che la deroga al principio di legalità (formale) possa essere solo parziale, dovendo necessariamente coordinarsi con la riserva prevista dall'art. 23 Cost. che postula comunque il coordinamento con la legislazione statale. Ciò significa, *de minimis*, che è necessario verificare che il regolamento locale sia stato emanato in una materia realmente trasferita o attribuita all'ente locale.

Nel caso che ci interessa, non ci pare che la materia considerata, ossia la regolazione del fenomeno della mendicizia, rientri nelle materie delegate o trasferite ai Comuni, difettando, dunque, l'attribuzione formale all'ente di prevedere norme di condotta con riferimento alla mendicizia (e, per quanto ci riguarda, anche con riferimento all'ordine pubblico)²⁶.

Come conferma la migliore dottrina²⁷, e secondo i principi enunciati nella sentenza n. 115/2011 richiamata sopra, inoltre, la valutazione del dato formale non esaurisce il campo d'indagine, essendo necessario verificare che il precepto locale sia conforme alla normativa primaria. In altre parole, anche ammettendo che vi sia una formale attribuzione di competenza in base alla quale l'ente locale può emanare regolamenti nella materia in questione, occorre comunque che la legge detti i limiti e i contenuti del potere, finendo altrimenti per essere una norma in bianco, lasciando per intero alla norma regolamentare l'individuazione dei comportamenti illeciti. In aggiunta, in tema di diritto amministrativo affittivo, poi, si ritiene che la legalità sostanziale amministrativo/penale si accosti a quella penale schietta, richiedendo che si rispettino principi di matrice penalistica, quali irretroattività, tassatività e determinatezza e, aggrungeremmo, materialità ed offensività²⁸.

che il potere regolamentare (prima fondato sull'art. 106 r.d. 3 marzo 1934, n. 383) non fosse limitato, per via del criterio di specialità, dal principio di legalità previsto in via generale dall'art. 1, l. 689/1981 (cfr. Cass. 18 febbraio 2000, n. 1865). Infine, si riteneva comunque soddisfatta la riserva nelle materie demandate alla competenza degli enti locali. Si era giunti, poi, a considerare assoluta la riserva di legge in punto di determinazione delle sanzioni, ma al contempo a permettere che «precetti sufficientemente individuati dalla norma primaria siano eterointegrati da norme regolamentari delegate», entro, comunque, i limiti tracciati dalla normativa primaria (Cass. 27 gennaio 2005, n. 1696; in termini ancora più netti Cass. 12 luglio 2011, n. 15302) e purché «venga circoscritto l'ambito entro cui tale discrezionalità possa operare, risolvendosi altrimenti in arbitrio un tale intervento in quanto privo di un sufficiente collegamento con la norma primaria» (Tar Lazio, 11 aprile 2011, n. 3161 e Cass., 4 novembre 2003, n. 16498).

26. Né alle Città Metropolitane, cfr. l. 7.4.2014, n. 56, art. 1, co. 44.

27. Si confrontino Crisafulli V., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1984, p. 89, Carlassare L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, pp. 153-73 e pp. 223-31 con il pensiero di Fois S., «*La riserva di legge*». *Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963 e Cheli E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, i quali propendono per la necessità di una lettura solo formale del rapporto tra legge e regolamento.

28. Sull'estensibilità dei principi penalistici al diritto amministrativo affittivo *ex art.* 25 Cost., si v. Cannada Bartoli E., «Illecito (dir. amm.)», in *Enciclopedia del diritto*, vol.

Cerchiamo allora di misurare il rispetto della legalità sostanziale così delineata da parte dell'art. 15, co. 1, lett. e), del Regolamento di polizia urbana del Comune di Firenze. Riprendiamo il testo della disposizione del Regolamento fiorentino, citato sopra. La norma proibisce di «avere atteggiamenti e comportamenti fastidiosi o pericolosi nei confronti degli altri» nei luoghi pubblici, «recando intralcio o pericolo al flusso pedonale o veicolare [...] ovvero causando disturbo alle persone presenti presso le abitazioni o vicino agli ospedali». Si ha poi l'esemplificazione di alcune condotte «come sdraiarsi per terra sul marciapiede o avvicinarsi ai veicoli in circolazione».

Nulla di ciò che abbiamo citato finora sembrerebbe fare alcun riferimento esplicito alla mendicizia. Qui arriva il *coup de théâtre*: tutte queste condotte costituiscono violazione «anche effettuando questua con o senza raccolta firme e vendendo merci o offrendo servizi quali la pulizia o il lavaggio di vetri o fari o altre parti di veicoli» (corsivo mio, nda).

Alcuni spunti appaiono evidenti. La disposizione si fa notare subito per l'indeterminatezza. Lasciando da parte, perché non ci riguarda particolarmente, il disturbo (per il quale ci sembrerebbe, tuttavia, valere quanto diremo per il fastidio), sia pericolo che fastidio sono concetti di ardua definizione. Però, se al pericolo è comunque riconosciuta una meritevolezza di tutela dall'ordinamento, il fastidio appare elemento del tutto soggettivo, capace di sfociare nel puro arbitrio²⁹. Non ci pare, poi, che il "fastidio" in sé sia una posizione meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico³⁰. Vi sono numerose figure che possono colpire una condotta fastidiosa che, ecceduti i limiti della normale tolleranza, leda la sfera soggettiva altrui: pensiamo alle minacce, alla violenza privata, fino ad arrivare all'estorsione o anche allo *stalking*. Vale, *mutatis mutandis*, quanto osservato da Giunta ai tempi della "prima ondata" di lotta alla mendicizia in riva all'Arno: «Nel popolo dei lavavetri, vi è senz'altro chi trascende, passando dall'offerta di un servizio, strettamente legato alla necessità di sopravvivenza, ad atti di prevaricazione penalmente rilevanti, per i quali, però, esistono già nel nostro codice gli opportuni rimedi punitivi (dal delitto di minaccia a quello di violenza privata, passando per la contravven-

XX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 126; Sandulli A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., Jovene, Napoli, 1974, p. 138 e Nuvolone P., *Il sistema di diritto penale*, Cedam, Padova, 1982, p. 19. Altri autori, invece, deducono l'applicazione del principio di legalità (in senso penale) dagli artt. 23 e 27 Cost., tra i quali Corso G., "Sanzioni amministrative e competenza regionale", in *Le sanzioni amministrative (Atti del convegno di Varenna, 18-20 settembre 1980)*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 64 ss., Bricola F., "Teoria generale del reato", in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIX, UTET, Torino, 1973, pp. 47-53 e Mantovani F., *Diritto penale - Parte generale*, Cedam, Padova, 2001, p. 43.

29. Cfr. Tosi Cambini S., *op. cit.*, pp. 126-29.

30. Ed infatti, perlomeno l'art. 669 *bis* c.p. fa lo sforzo di individuare condotte con maggiore lesività, ossia l'esercizio de «l'accattonaggio con modalità vessatorie o simulando deformità o malattie o attraverso il ricorso a mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà».

zione di molestie alle persone)»³¹. La stessa norma comunale, facendo «salve le maggiori sanzioni del Codice Penale», mostra di inserirsi proprio in un interstizio nel quale la condotta fastidiosa non è penalmente rilevante, ma ugualmente viene considerata (dal regolamento comunale) illecita e sottoposta a sanzione. Già in sé, allora, senza bisogno di fare riferimento alla mendicizia, la norma presta il fianco ad una censura di illegittimità per indeterminatezza e per difetto di offensività.

Prosegue, poi, l'art. 15 del Regolamento comunale individuando quella che potrebbe essere la specificazione di una definizione altrimenti troppo generica, «recando intralcio o pericolo al flusso pedonale o veicolare», e due esemplificazioni della condotta di intralcio o pericolo, «come sdraiarsi per terra sul marciapiede o avvicinarsi ai veicoli in circolazione». Qui inizia a prendere veramente corpo la *ratio* della disposizione: entrambe le condotte esemplificative sono riconducibili, sia a livello teorico che seguendo la prassi, alla mendicizia. Si sdraia tipicamente «per terra sul marciapiede» chi chiede l'elemosina. Si avvicina ai veicoli in circolazione tipicamente chi mendica, e nella storia fiorentina, chi mendicava offrendo il servizio di lavaggio dei vetri. Infatti, poco più in là, si giunge al cuore della disposizione: «tutto ciò *anche* effettuando questua con o senza raccolta firme e vendendo merci o offrendo servizi quali la pulizia o il lavaggio di vetri o fari o altre parti di veicoli» (corsivo mio, nda).

Ecco esemplificate, con notevole grado di specificità, le condotte tipiche dei mendicanti nell'area fiorentina e al quale fanno in realtà riferimento gli antefatti della norma in questione. Particolarmente suggestivo è il riferimento a la «pulizia o il lavaggio di vetri o fari» che cristallizza le due condotte «fastidiose» oggetto delle ordinanze lavavetri del 2007/2008: una, il lavaggio dei vetri, generalmente praticato dall'uomo – l'altra, il lavaggio dei fari, dalle donne.

A conferma dell'intenzione del Consiglio fiorentino di colpire proprio il fenomeno della mendicizia in tutte le sue declinazioni, la versione originaria della disposizione regolamentare chiudeva con il seguente periodo: «È in ogni caso vietato utilizzare animali di qualsiasi specie ed età per la pratica dell'accattonaggio: gli animali rinvenuti nelle suddette circostanze saranno sequestrati a cura degli organi di polizia»³². In una norma che vorrebbe tutelare «igiene, decoro e quieto vivere» e che apre, nella parte che ci occupa, con un divieto apparentemente generale di comportamenti pericolosi o fastidiosi, il divieto assoluto di impiego di animali nell'accattonaggio, con un improbabile

31. Giunta F., Simoni A., *op. cit.*

32. Questa parte della disposizione presente nel testo originario del Regolamento è stata abrogata con delibera del Consiglio del 7.4.2014, n. 25, anche alla luce dell'art. 17 della l.r. toscana 20.10.2009, n. 59, il quale dispone «È vietato utilizzare animali con ruoli attivi nella pratica dell'accattonaggio», prevedendo una sanzione da € 100 ad € 600 (art. 40, co. 1, l.r. 59/2009).

potere di sequestro della polizia municipale, appare quale spia del reale contenuto della proibizione: vietare l'accattonaggio *tout court*, colpendone tutti i comportamenti ritenuti tipici che si sono manifestati nel territorio cittadino.

In definitiva, ciò che si punisce sembra essere la povertà in sé, nel momento in cui si manifesta all'esterno con i comportamenti tipici dell'attività di questua.

Tornando al testo vigente, ed abbandonando la dimensione normativa per quella pratica, questa elaborata prescrizione comportamentale ha la conseguenza, per chi ne violi il precetto, di prevedere una «sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma da € 80,00 a € 500,00»³³. Come visto sopra, il riferimento che le ordinanze “anti-lavavetri” avevano fatto all'art. 650 c.p. si era mostrato di scarsa tenuta giuridica: non era possibile, neanche tentando un aggancio con la norma in bianco per eccellenza, ripristinare per via amministrativa l'illiceità penale della mendicizia. Così, il Regolamento si è dovuto assestare su una mera sanzione pecuniaria³⁴.

Poiché il destinatario della sanzione è, di regola, un mendicante, viene fatto di domandarsi quale sia il significato della sanzione. È del tutto evidente che un mendicante, per definizione indigente e nullatenente, non ha i mezzi per far fronte alla sanzione; messa in altro modo, è scontato che il Comune non riuscirà mai ad incassare la sanzione. Qual è, allora, l'effetto deterrente, preventivo o repressivo, di tale sanzione? Perché il mendicante dovrebbe temere in alcun modo un tale comando, se questo si limita ad incidere sulla sua – assai ristretta – sfera patrimoniale?

Vi è il fondato sospetto che il profilo della sanzione sia irrilevante non solo per il reo, ma anche – seppur per motivi diversi – per l'amministrazione comunale. L'importanza di avere una norma del genere nell'armamentario della polizia municipale deve, allora, trovarsi altrove: «[i]l sistema repressivo effettivamente voluto è [piuttosto] costituito da attività che dovrebbero essere normalmente prodromiche ed accessorie all'applicazione delle sanzioni “editali”, ossia l'identificazione da parte della forza pubblica, l'interruzione dell'attività e il sequestro dell'attrezzatura»³⁵, oltre all'allontanamento – certamente destinato ad essere temporaneo – del mendicante dal luogo nel quale si trova. Dunque, lo scopo della norma non sarebbe quello di sanzionare, ma di dare

33. Art. 42, co. 5, del Regolamento fiorentino. L'importo è stabilito dall'art. 7 *bis* del d.lgs. 18.8.2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali). In base all'art. 16, co. 2, l. n. 689/1981 (introdotto dall'art. art. 6 *bis* d.l. 23.5.2008, n. 92) i Comuni hanno la facoltà di graduare la somma dovuta per il pagamento in misura ridotta.

34. Giunta F., Simoni A., *op. cit.*: «occorrerebbe [...] interrogarsi sulla schizofrenia di un ordinamento che cancella la sanzione penale della mendicizia sulla base di precisi giudizi di valore, e poi considera questi valori come derogabili nei microsistemi punitivi locali; sistemi locali la cui pervasività repressiva nei confronti di soggetti deboli può essere non meno incisiva di quella del diritto penale statale».

35. Giunta F., Simoni A., *op. cit.*

una qualche copertura al potere di fatto esercitato dalla polizia municipale sul mendicante, sulla sua persona e sul posto che occupa nello spazio cittadino; oltre, ovviamente, a rispondere a livello simbolico alle richieste di severità dell'elettorato.

Una tale conclusione ben si armonizza con la constatazione che sovente il Comune non conclude il procedimento amministrativo sanzionatorio emettendo l'ordinanza-ingiunzione o archiviando la contestazione: nel momento in cui il potere di fatto è stato esercitato dalla polizia municipale sul mendicante, il Comune esaurisce il proprio interesse e l'eventuale ordinanza emessa diventerebbe un inutile onere per l'amministrazione che sa bene che non vi sono *chances* di eseguirne il contenuto nei confronti del mendicante e presterebbe, inutilmente, il destro alla possibile verifica giurisdizionale della propria potestà sanzionatoria.

Se tutto questo è vero, traspare con ancor maggior chiarezza la natura illegittima dell'intero impianto normativo e applicativo, posto che la norma – già di dubbia coerenza – non ha lo scopo di prevenire o reprimere, tramite la previsione di una sanzione, una condotta tipizzata, bensì solo di dare copertura ad un esercizio di fatto del potere di polizia, destinato a non giungere mai sotto lo scrutinio del giudice³⁶.

5. Mendicanti e stranieri tra schedatura etnica e discriminazione

Un secondo dato che ci pare opportuno menzionare è relativo all'identità di chi, quanto meno nell'esperienza locale di riferimento del nostro caso, è il mendicante. Senza troppo generalizzare, la storia fiorentina recente ci mostra che il mendicante normalmente appartiene a due categorie: al mondo dell'immigrazione rom rumena (con o senza offerta di un "servizio" di pulitura o di un po' di musica); ad immigrati africani e nord-africani che in genere vendono merce di poco valore, ma sempre più spesso si limitano ad una questua pura e semplice. Nel discorso politico locale la mendicizia è normalmente associata al rom: non che immigrati e rifugiati non siano sottoposti alla repressione della polizia, ma spesso si tratta di soggetti in condizione irregolare o precaria, e dei quali già si occupano (anche) le forze dell'ordine statali all'ombra del Testo Unico sull'immigrazione³⁷, con il correlato armamentario di strumenti giuridici di pressione, allontanamento, espulsione.

36. Giunta F., Simoni A., *op. cit.*: «La strategia di fondo è evidentemente un'altra, non corrispondente allo schema "classico" dello stato di diritto basato sull'identificazione da parte di una fonte legittimata di una condotta da ritenersi illecita con la contestuale previsione di una sanzione, da applicarsi a seguito di un almeno potenziale controllo giurisdizionale».

37. D.lgs. 25.7.1998, n. 286.

Nei confronti dei rom, in particolare di origine rumena, che popolano con abiti variopinti e ben visibili il centro di Firenze come di molte città italiane, invece, le leggi sull'immigrazione non offrono più alcuna utilità stante il loro *status* di cittadini europei: ecco che occorre inventare nuovi strumenti. Ed è questo gruppo, forse per le modalità della questua, ma probabilmente anche per un sentimento radicato nella popolazione, che sembra dare più "fastidio"³⁸.

Così delineato il gruppo dei suoi possibili destinatari, l'art. 15, lett. e), del Regolamento fiorentino deve essere analizzato anche per il rischio che la norma o la sua applicazione abbiano un effetto di discriminazione sia nei confronti di un gruppo etnicamente individuato che di un gruppo individuato su base economica (i mendicanti, appunto). A fronte di una normativa anti-discriminazione interna più specifica – ed in definitiva con un ambito di tutela più ristretto – parametri di analisi possono essere individuati tanto nell'art. 3, co. 2, Cost. quanto nell'art. 14 della CEDU secondo cui «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate [su] [...] la razza, [...] l'origine nazionale o sociale [...] la ricchezza [...] od ogni altra condizione».

Vi sono due prospettive di possibile discriminazione che emergono dalla situazione esaminata in queste brevi pagine. La prima, quella forse più evidente, è il rischio che una norma tendenzialmente neutra sia soggetta ad una prassi applicativa discriminatoria. I dati con i quali ricostruire compiutamente la prassi, specialmente il numero dei verbali di contestazione elevati per violazione dell'art. 15 del Regolamento ed i relativi destinatari, non sono pubblicamente disponibili. Tuttavia, partendo dall'aneddotica, ma significativa, esperienza diretta dell'unità fiorentina, il numero e la frequenza di verbali nei confronti di mendicanti appartenenti al gruppo rom conduce al fondato sospetto di un utilizzo selettivo della norma, o comunque di un impatto della stessa a carattere discriminatorio su base etnica.

Si sottolinea, poi, che dall'analisi delle condotte come riportate dagli agenti nei verbali, spesso ad essere contestata è proprio la condotta di questua in sé, poi condita con l'aggiunta dell'intralcio o del fastidio: nella mente dell'agente accertatore sembra che il *prius* sia quello di trovarsi davanti ad un mendicante (rom), mentre l'elemento aggiuntivo dell'intralcio o del fastidio è un omaggio formale al dettato della norma regolamentare.

Ancora, abbiamo visto sopra che lo scopo pratico dell'attività di polizia non sembra essere quello di sanzionare, ma si esaurisce nell'attività di accer-

38. I procedimenti per mendicità che portarono alla declaratoria di illegittimità del primo co. dell'art. 670 c.p. erano tutti, senza eccezione, a carico di rom. V. al riguardo Simoni A., *La mendicità, gli zingari e la cultura giuridica italiana: uno schizzo di tappe e problemi*, «Polis», vol. XIV, 2000, p. 385.

tamento della condotta, momento nel quale l'agente di polizia può esercitare un potere di fatto sul mendicante, tramite le attività prodromiche di allontanamento, sequestro ed ammonizione verbale. Questa deviazione dell'attività dai suoi fini istituzionali contribuisce a rafforzare il sospetto di una prassi applicativa discriminatoria. Si tratta, beninteso, di dati necessariamente parziali, ma che acquisiscono il sapore di indizi "gravi, precisi e concordanti" di un'applicazione, o comunque un impatto, discriminatorio della disposizione in parola.

A ben vedere, tuttavia, la norma offre il fianco anche ad un'altra possibilità discriminatoria, in questo caso diretta. Non solo l'origine storica, ma la stessa esegesi dei comportamenti esemplificativi e della versione originaria della norma regolamentare, portano a ritenere che la norma abbia come obiettivo primario i mendicanti, discriminati perché appartenenti ad un gruppo economicamente marginale, ed in particolare i mendicanti rom.

Quanto all'origine storica, già si è detto che la norma è figlia delle ordinanze sindacali del 2007-2008 e della serrata campagna di lotta ai lavavetri.

La norma, abbiamo visto, apre apparentemente come norma generale ed astratta («avere atteggiamenti e comportamenti fastidiosi»), per poi dirigersi senza indugio ai mendicanti. Nel testo, infatti, si esemplificano le condotte tipiche del mendicante a Firenze, con notevole attenzione al mendicante rom in particolare: «come sdraiarsi per terra sul marciapiede o avvicinarsi ai veicoli in circolazione», «offrendo servizi quali la pulizia o il lavaggio di vetri o fari o altre parti di veicoli». Vi è anche il tipico riferimento all'atto tipico del gruppo "africano" di mendicanti, ossia «vendendo merci». Infine, pur essendo la norma, formalmente, dedicata agli «atteggiamenti e comportamenti fastidiosi», ricordiamo la chiusa *tranchant* (oggi confluita in altro regolamento) secondo cui «[è] in ogni caso vietato utilizzare animali di qualsiasi specie ed età per la pratica dell'accattonaggio: gli animali rinvenuti nelle suddette circostanze saranno sequestrati a cura degli organi di polizia». La presenza, in una disposizione apparentemente dedicata ad evitare – per tutelare igiene, decoro e quieto vivere – comportamenti ed atteggiamenti fastidiosi in generale, di una regola speciale sull'accattonaggio per vietare l'utilizzo di animali (indipendentemente, peraltro, da qualsiasi "fastidio"), si spiega bene alla luce della natura discriminatoria della norma stessa, la cui funzione era ed è quella di fornire alle forze di polizia un appoggio normativo nella loro attività, strada per strada, contro la presenza dei mendicanti.

Tornando alle condotte esemplificate, queste colgono con precisione i caratteri propri dell'attività di questua ed in particolare quella effettuata da certi gruppi, etnicamente definibili: la vendita di merci colpisce la mendicizia dei nord e centrafricani; lo sdraiarsi per terra e l'avvicinarsi ai veicoli per la pulizia di vetri e fari colpisce le condotte tipiche di certi gruppi rom. La precisazione, leguleia, di «vetri e fari» (e, perché non vi fossero dubbi, anche «altre parti di veicoli»), finisce – nella sua inutile specificità – per tradire l'intento del regolatore consiliare che, mentre elaborava la norma, aveva in mente e vo-

leva reprimere proprio l'attività di quegli uomini rom che offrivano il servizio di lavaggio dei vetri e di quelle donne rom che, invece, pulivano i fari delle auto. Una precisa immagine di nitidezza "etnografica", basata su una precisa distinzione etnica, che è confluita nel Regolamento fiorentino.

La normativa qui richiamata solleva, dunque, più di un dubbio circa la propria natura discriminatoria, diretta o indiretta, suggerendo la necessità di un attento scrutinio della sua prassi applicativa.

6. Accesso alla giustizia

L'esempio delle multe ripetute offre anche l'occasione per trattare alcuni aspetti del tema dell'accesso alla giustizia ed i numerosi ostacoli che si incontrano sulla via. Sono presenti ostacoli di carattere sostanziale, cioè la distanza tra il mendicante e la giustizia per mancanza di risorse economiche, per la frequente assenza di una consapevolezza dei propri diritti, o, forse, per l'abitudine a vedere tali diritti compressi o violati proprio da chi dovrebbe tutelarli³⁹. Sono presenti ostacoli formali, come il muro eretto dalla giurisprudenza che impedisce di impugnare i verbali in assenza di una vera e propria sanzione. Infine, sorgono ostacoli nel processo che, in relazione alla fattispecie concreta, può dimostrarsi strutturalmente inadatto ad assicurare una tutela giurisdizionale effettiva⁴⁰.

Tutto ciò evidenzia quanto sia difficile per l'ordinamento reagire quando ad essere illegittima non è una norma primaria, ma l'intreccio tra norme secondarie ed una prassi, un agire, dell'ente pubblico che tali norme secondarie ha posto. L'ostacolo di carattere sostanziale è un dato di partenza difficilmente eliminabile; la distanza tra il mendicante e la soglia dell'aula è spesso colmata solo dall'esterno, vuoi con l'informazione sull'esistenza e contenuto dei diritti, vuoi con il tentativo di suscitare consapevolezza ed interesse, nonché trovando una copertura economica e professionale per le iniziative da intraprendere. Non è detto che l'interlocutore, anche informato, sia disposto ad impegnarsi nella tutela dei diritti propri e di coloro che si trovano in situazione analoga. Siano altre le priorità che lo muovono, o semplicemente un'umana rassegnazione, il mendicante non evoca nell'immaginario la figura dell'attore litigioso.

L'ostacolo di carattere formale della vicenda dei verbali presenta un grado di complessità notevole. Poiché il procedimento amministrativo è rimasto so-

39. È il noto processo del "*naming, blaming and claiming*" descritto da Felstiner W.L.F., Abel R., Sarat A., *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming and Claiming...*, «Law & Society Review», vol. 15, 1980-81, p. 631.

40. Su questo terzo tema che, per ragioni di spazio, non tratteremo qui, facciamo riferimento allo scritto Pailli G., Simoni A., *Begging for Due Process: Defending the Rights of Urban Outcasts in an Italian Town*, «Seattle University Law Review», vol. XXXIX, p. 1316 ss.

speso in un limbo, non è possibile, mancando un provvedimento conclusivo, adire il giudice ordinario al quale è riservata la giurisdizione in materia di sanzioni; egli, infatti, si rifiuta di compiere *medio tempore* un accertamento negativo sull'illegittimità della pretesa punitiva del Comune e della condotta dei suoi agenti⁴¹. Al tempo stesso, ci insegna la giustizia amministrativa, non è possibile proporre ricorso avverso l'illegittimo silenzio dell'amministrazione per costringerla ad adottare un provvedimento espresso, poiché non troverebbe applicazione il termine procedimentale di 30 giorni previsto dalla legge n. 241/1990⁴². Si tocca con mano un vero e proprio vuoto normativo che ha come conseguenza, da un lato di non poter portare *sub judice* la questione immediata relativa alla legittimità delle ripetute contestazioni, dall'altro – mediatamente – di rendere assai arduo sottoporre a sindacato giurisdizionale il contenuto dell'ampia e indeterminata prescrizione contenuta nell'art. 15, co. 1, lett. e, del Regolamento di polizia urbana e la condotta complessiva degli agenti.

L'ordinamento, nel suo impianto di norme interpretate, non reputa necessario od opportuno tutelare la situazione di chi si trova destinatario di un verbale di contestazione ma non anche di un'ordinanza-ingiunzione perché – ragionano i giudici – non si è ancora concretizzata la turbativa della sfera soggettiva del destinatario.

A prima vista si potrebbe quasi concordare con questa lettura: finché non è imposta una prestazione personale o patrimoniale – che inciderebbe su una posizione costituzionalmente tutelata dall'art. 23 Cost. – in fondo non v'è interesse giuridico a stare in giudizio per sentirsi dire che non si è fatto nulla di male. Se la sanzione vera e propria non arriva, direbbe un certo costume

41. La giurisprudenza si è sostanzialmente uniformata al *dictum* della Corte costituzionale nell'ordinanza 7.5.2002, n. 160, nella quale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 16, 18 e 22 della l. n. 689/1981 sollevata, in riferimento agli artt. 24, 113, 3 e 25 della Costituzione. Cfr. Cass. sez. lav. 6.5.2008, n. 11068 secondo cui le norme della l. n. 689/81, «non prevedono la possibilità di immediato ricorso al giudice a fronte della notifica di sanzioni amministrative, differendo la tutela al momento della notificazione dell'ordinanza-ingiunzione (c.d. «giurisdizione condizionata»), e ciò per la ragione che il verbale di contestazione-accertamento per violazioni per le quali sia prevista solo una sanzione amministrativa pecuniaria non è di per sé immediatamente lesivo di posizioni del soggetto cui viene attribuita la violazione, nè può costituire in alcun modo titolo esecutivo o comunque atto di irrogazione di sanzione, neppure cautelare, ma è solo il primo atto di un procedimento amministrativo che deve concludersi, indipendentemente dalla presentazione di eventuali osservazioni difensive e documenti da parte dei soggetti interessati, con l'emanazione di una ordinanza-ingiunzione ovvero, diversamente, con un provvedimento di archiviazione». Tra le tante che seguono questa linea, v. anche Cass. 21.12.2011, n. 28045; Cass. 20.1.2010, n. 943; Cass. 15.4.2005, n. 7804.

42. Cfr. Tar Lazio, sez. II, 9.6.2011, n. 5146 «Foro amministrativo». TAR 2011, 6, 1985 e Cass. sez. trib. 11.06. 2010 n. 14104 «Giustizia civile Massimario» 2010, 6, p. 901. Cfr. anche Corte d'appello di Lecce, 11.1.2016, n. 21; Cass. sez. trib., 28.7.2009, n. 17526; Cass. sez. lav. 24.8.2006, n. 18442.

italico, è andata bene e non v'è da lamentarsi. Il limite di questa lettura è che, in realtà, il destinatario di un'attività di accertamento e contestazione è già stato sottoposto ad un *potere di fatto*, coercitivo ed esterno, esercitato – sovente, ma non sempre – sulla base di una certa norma, ed ha già ricevuto per questo un turbamento della propria sfera individuale. Con la propria attività, poi, l'agente di polizia rappresenta al destinatario che la condotta tenuta è illegittima, lo invita a conformarsi per il futuro e gli offre anche la possibilità di chiudere la questione pagando una sanzione in misura ridotta⁴³. Inoltre, ma nel caso di specie ci interessa meno, il soggetto si trova esposto all'incognita, alla minaccia, che il potere sanzionatorio si materializzi durante il lungo lasso di tempo, cinque anni, che la giurisprudenza riconosce per la conclusione del procedimento amministrativo nato dal verbale. Si noti che, prescritta la potestà sanzionatoria, *a fortiori* la rigorosa giurisprudenza richiamata sopra non riconoscerebbe l'interesse del destinatario ad una verifica giurisdizionale della propria posizione⁴⁴.

Vi è, allora, un doppio interesse a sottoporre a controllo giurisdizionale l'attività dell'amministrazione anche in assenza dell'ordinanza-ingiunzione che intima il pagamento di una somma. Il primo è consentire al destinatario di un'attività di polizia di chiarire la propria posizione ed accertare, in negativo, l'assenza dei presupposti per l'esercizio del potere sanzionatorio.

Il secondo – e ben più importante – è sottoporre al sindacato giurisdizionale la condotta dell'agente accertatore e, pur nei troppo angusti limiti consentiti dalla perdurante divisione tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa, anche la base normativa che l'agente assume come base del proprio operato.

È proprio questo il nodo della “vicenda multe”: ciò che si vuole sottoporre al vaglio del giudice non è solo la singola contestazione mossa, ma la legittimità della base normativa che sostiene l'attività della polizia locale ed anche il modo complessivo in cui tale normativa è applicata nella prassi.

7. Conclusioni

La vicenda complessivamente disegnata fonda il timore che sia la norma del Regolamento fiorentino in sé considerata, che la sua prassi applicativa, costituiscano realizzazione di un progetto discriminatorio diretto verso fasce deboli e marginalizzate della società, non senza una sfumatura di connotazione

43. Art. 16, l. n. 689/81.

44. Non solo, il verbale di accertamento può divenire la base per ulteriori provvedimenti amministrativi, quali il foglio di via del Questore, o la revoca da parte del Prefetto delle misure di accoglienza. Cfr. le vicende narrate in Tar Liguria, 27.11.2017, n. 871; Tar Toscana, 22.12.2017, n. 166; Tar Piemonte, 29.01.2018, n. 134; Tar Liguria, 19.9.2018, n. 708; Tar Lombardia, 25.9.2018, n. 2126.

etnico-razziale. Si assiste ad un “fare” da parte dei poteri pubblici locali che è sempre più spesso scollegato dal necessario rispetto dei principi fondamentali dello stato di diritto e delle cautele costituzionali (legalità in testa), teso esclusivamente a raggiungere il risultato pratico: la parola d’ordine è “basta che funzioni”. La gravità della situazione è esacerbata dagli evidenti ostacoli di accesso alla giustizia che impediscono o limitano la possibilità per il mendicante di provocare l’intervento di un giudice.

Discriminazione e discrezionalità, mezzi che diventano fini e fastidio sono le preoccupanti parole d’ordine di una situazione che non è certo esclusiva della città di Firenze, ma caratterizza progressivamente i maggiori centri cittadini, in un generale vuoto di tutela e nell’indifferenza della maggioranza silenziosa che tale tutela dal “fastidio” reclama dai governanti a danno delle comunità più marginali⁴⁵. Non va dimenticato, tuttavia, che è proprio ai margini che si misura la tenuta dello stato di diritto.

45. Giunta F., Simoni A., *op. cit.*: «La discrezionalità delle amministrazioni locali nell’azionare strumenti repressivi comporta poi un ulteriore rischio, bene esemplificato proprio dalla vicenda di Firenze, ossia che la sollecitudine sanzionatoria sia maggiore nei confronti di gruppi sociali o etnici già socialmente stigmatizzati [...]. Strategie come quella fiorentina sono in questa prospettiva rischiose».

Capitolo III

Il diritto antidiscriminatorio

L'infinito conflitto tra divieti di discriminazione e welfare "selettivo"

di *Alberto Guariso**

Sommario: 1. Il welfare selettivo e l'incerta teoria dei basic rights. – 2. Il welfare selettivo e la teoria del corrispettivo. – 3. Il diritto dell'Unione e la spinta egualitaria della direttiva 2011/98. – 4. Il diritto dell'Unione e la questione del "controllo accentrato". – 5. Reddito di cittadinanza, ius existantiae, diritto alla dignità. – 6. Il (presunto) controllo globale della ricchezza e i suoi effetti discriminatori. – 7. L'azione antidiscriminatoria nel contrasto alle esclusioni "per titolo di soggiorno". – 8. Le politiche sociali nell'era dell'emergenza: verso un welfare basato sul bisogno?

1. Il welfare selettivo e l'incerta teoria dei basic rights

Se non fosse un po' svilente per l'autore del celebre aforisma, si potrebbe dire, voltando lo sguardo agli anni trascorsi dall'entrata in vigore del TU, *"beato quel welfare che non ha bisogno di avvocati"*. E si direbbe il giusto: beato un sistema dove ciascuno può sapere con certezza quale aiuto gli verrà dalla collettività, senza dover bussare alla porta dei giudici; beato un sistema che non vive di continue tensioni con i principi costituzionali e i principi dell'Unione; beato un sistema che è guidato dal faro della risposta al bisogno e non usa la cittadinanza come spada che divide beneficiati ed esclusi. Ma un sistema di questo genere è ben lungi dall'apparire all'orizzonte e la storia di

* Alberto Guariso, avvocato in Milano, specializzato in diritto del lavoro e diritto dell'immigrazione, ha seguito numerosi contenziosi in materia avanti la Corte costituzionale e la Corte di giustizia dell'Unione europea; è docente a contratto in diritto antidiscriminatorio all'Università di Brescia e responsabile del servizio antidiscriminazione dell'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI); è autore di numerose pubblicazioni in materia tra cui da ultimo curatore con Marzia Barbera di *La tutela antidiscriminatoria, fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019.

questi anni ci consegna, purtroppo, un quadro del tutto opposto e ancora pieno di incertezze¹.

I vari “fili rossi” che si intrecciano nel tortuoso percorso del *welfare* sono ampiamente noti e possono essere richiamati solo per titoli, rinviando ai numerosi recenti contributi in materia².

Il primo filo è quello della individuazione del nucleo essenziale di bisogni che – secondo il consolidatissimo orientamento della Corte costituzionale – uno stato democratico di orientamento personalistico e solidale come quello delineato dal nostro costituente non può mai trascurare, restando con ciò vietata qualsiasi limitazione alle prestazioni volte a rispondere a questi bisogni. Ebbene, come noto, questo nucleo è stato costruito dalla Corte argomentando in ordine alle prestazioni di invalidità (talora collegate anche a una condizione di povertà, come nel caso della indennità di frequenza per minori disabili, talaltra spettanti indipendentemente dalla condizione economica, come nel caso dell’indennità di accompagnamento): ma era inevitabile che prima o poi la Corte fosse chiamata a chiedersi se davvero il “nucleo essenziale” abbia a che vedere solo con la perdita della integrità psico-fisica o anche con altri bisogni della persona.

La prova è giunta infine con la sentenza 50/19³ e ha avuto un esito francamente deludente. Dopo un mutamento di relatore che lascia presumere una *dissenting opinion*, la Corte ha ribadito che all’interno del nucleo essenziale trovano collocazione solo le «prestazioni destinate al soddisfacimento di bisogni primari e volte alla garanzia per la stessa sopravvivenza del soggetto», ma ha rapidamente concluso, senza specifica motivazione, che tra queste non trova spazio l’assegno sociale: restando così del tutto oscuro quale differenza la Corte riesca a intravedere tra una prestazione mensile per un invalido al 74% che può anche avere un reddito annuo di 5000 euro (questi i limiti dell’assegno di invalidità, rispetto al quale la sentenza 187/10 ha ritenuto incostitu-

1. Se scattiamo una istantanea al marzo 2020, troviamo pendenti in materia di *welfare* e stranieri, quattro questioni avanti la Corte costituzionale (rispettivamente su *bonus bebè*, assegno di maternità, accesso al REI, oltre alla questione connessa della iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo) e due questioni avanti la Corte UE (con riferimento una alla Direttiva 2003/109 e l’altra alla Direttiva 2011/98, ma entrambe relative al computo dei familiari residenti all’estero ai fini dell’assegno al nucleo familiare).

2. Si veda da ultimo Corvaja F., *Straniero e prestazioni sociali: la Corte costituzionali fa un passo indietro e uno di lato*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2019; Guariso A., *Le sentenze della Corte costituzionale 106, 107 e 166 del 2018: diritto alla mobilità e illegittimità dei requisiti di lungo-residenza per l’accesso all’alloggio e alle prestazioni sociali*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2018; Corsi C. *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l’accesso alle prestazioni sociali*, «Le Regioni», 2019, 1170; Chiaromonte W., Guariso A., “Discriminazione e Welfare”, in Barbera M. e Guariso A. (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria, fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, p. 329.

3. Già puntualmente analizzata nel citato commento di Corvaja F.

zionale il requisito del permesso di lungo periodo) e una prestazione per un 67enne che non lavora, che ha pressoché nulle possibilità di lavorare in futuro e che può non avere alcun reddito, vedendo con ciò pregiudicate le sue stesse possibilità di sopravvivenza.

Sicché proprio la sentenza 50 suggerisce quanto sia incerta e criticabile la teoria del mero “diritto alla sopravvivenza” all’interno di un ordinamento che ha invece la pretesa di tutelare il diritto “alla vita dignitosa”, come ci ricordano i riferimenti alla «dignità sociale» dell’art. 3 Cost., alla «esistenza libera e dignitosa» dell’art. 36 Cost. e alla «esistenza dignitosa» di cui all’art. 34 c. 3, CDFUE; con ciò che ne consegue in termini di necessaria flessibilità dei confini del nucleo essenziale da garantire a ciascun consociato⁴ (ma su ciò si tornerà a proposito del reddito di cittadinanza).

2. Il *welfare* selettivo e la teoria del corrispettivo

Il secondo filo rosso è quello, anch’esso (quasi) sempre nelle mani della Corte costituzionale, che potremmo chiamare della “corrispettività”, cioè del prezzo da pagare per accedere al *welfare* (sempreché, beninteso, non si verta nell’ambito dei famosi “bisogni primari”): legami culturali, partecipazione alla vita collettiva, versamenti fiscali o previdenziali, collaborazione al progresso della società, e così via fino al requisito di essere rimasto per un certo tempo in un certo posto, a garanzia che un qualche contributo deve pur essere stato dato.

Benché sia evidente a tutti che l’utente primario del *welfare* è colui che ha un radicale bisogno e come tale nulla può offrire in cambio, l’idea del “prezzo del *welfare*” si affaccia in continuazione, generando anche in questo caso tensioni nella stessa giurisprudenza costituzionale. A un capo della tensione si colloca sicuramente la sentenza 107/18 ove la Corte afferma che «[...] l’argomento del contributo pregresso tende inammissibilmente ad assegnare al dovere tributario una finalità commutativa, mentre esso è una manifestazione del dovere di solidarietà sociale» sicché «applicare un criterio di questo tipo alle prestazioni sociali è di per sé contraddittorio perché porta a limitare l’accesso proprio di coloro che ne hanno più bisogno»; all’altro capo si colloca ancora la citata sentenza 50/19 con sorprendenti riferimenti alla prestazione sociale esaminata quale «corrispettivo di quanto doverosamente offerto al progresso materiale o spirituale della società»: laddove l’eterea categoria del “*contributo spirituale*” – collegata dalla particella disgiuntiva – sembra marcare la consa-

4. Per una critica alla teoria dei “*basic rights*” che «rischia di approdare alla garanzia della sopravvivenza e non dell’esistenza», si veda Rodotà S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2012, p. 239.

pevolezza che il bisognoso, proprio perché tale, potrebbe legittimamente non aver dato alcun “contributo materiale” alla collettività.

La dimensione più peculiare e un po’ paradossale di questa concezione “mercantile” del *welfare* è quella che si concentra sulla stabilità: la garanzia di un progresso “*contributo stabile e attivo*” (per usare ancora le parole della sentenza 50) deriverebbe dall’essere rimasto “stanziale” in un determinato posto.

Ovviamente la questione si pone in termini diversi quando il requisito venga richiesto indifferentemente a italiani e stranieri (come nel caso dei 10 anni di residenza per l’assegno sociale) o solo agli stranieri come nel caso della legislazione ligure esaminata da Corte cost. 106/18; e soprattutto si pone in termini diversi quando il “posto” cui si fa riferimento è il territorio nazionale o quello regionale.

Con riferimento a tale secondo ambito, il privilegio della “stanzialità” presenta già a prima vista qualche motivo di frizione col buon senso comune: il bisognoso che si attiva alla ricerca di condizioni di vita migliori affrontando la fatica della mobilità andrebbe premiato e non sanzionato. Ciononostante l’attrazione fatale del localismo è sempre in agguato e la stanzialità viene vissuta come prova di una “appartenenza rafforzata” alla comunità locale, che rende per sé sola il richiedente meritevole di maggior tutela, con un effetto di esclusione che finisce per gravare in gran parte, ma non solo, sugli stranieri, il cui tasso di mobilità interna è doppio di quello degli italiani⁵.

Ed è un peccato; perché la valorizzazione dell’ambito locale, della piccola comunità, dei legami che si creano sul territorio è un tema di grande interesse e prospettiva per una società più solidale e davvero non meriterebbe di essere stravolto in una esasperazione del “prima i nostri”, che già nella sua formulazione esprime l’idea di una incessante competizione.

Su questo punto, comunque, la citata sentenza 107/08 ha affermato chiaramente che requisiti di lungo residenza nella Regione per l’accesso a prestazioni costituiscono un ostacolo in via di fatto alla mobilità interregionale e confliggono pertanto con l’art. 120 Cost.⁶

La questione ha poi trovato una risposta (forse) definitiva con la sentenza 44/2020 con la quale la Corte ha dichiarato incostituzionale la previsione del requisito di 5 anni di residenza o di occupazione nella Regione ai fini dell’ac-

5. Secondo il Report ISTAT, anno 2017, *Mobilità interna e migrazioni internazionali della popolazione residente* del 31.12.2018, p. 6.

6. Secondo la Corte (par. 5) «Il divieto di cui all’art. 120, primo co., Cost. è idoneo a colpire quelle discipline che limitano, anche solo in via di fatto, i diritti da esso menzionati, come si può ricavare sia dalla lettera della disposizione costituzionale (“in qualsiasi modo”), sia dal suo collegamento con l’art. 3, secondo co., Cost., che “codifica” il nesso tra libertà e condizioni materiali della libertà, sia ancora dalla giurisprudenza europea che, come visto, ha ravvisato un limite alla libertà di circolazione in certe discipline limitative dell’accesso a prestazioni pubbliche».

cesso agli alloggi di edilizia popolare⁷: una sentenza ove (finalmente) si legge la netta affermazione che negli interventi di *welfare* la considerazione del bisogno deve essere prioritaria rispetto alla considerazione del “radicamento territoriale”, la quale comunque non può essere affidata al solo criterio della residenza pregressa⁸.

Indifferente a tutto ciò, è proseguito l’attivismo dei governi regionali o delle rispettive assemblee, che non solo mantengono il medesimo requisito dichiarato incostituzionale dalla citata sentenza n. 44⁹, ma hanno continuato a produrre norme analoghe a quelle censurate dalla Corte: così in Regione Valle d’Aosta è stato introdotto il requisito del permesso di lungo periodo e della residenza nella Regione per 4 anni per la concessione di un modesto contributo per accedere agli alloggi in locazione¹⁰; in Regione Lombardia le prestazioni di sostegno alla natalità sono state riservate alle sole coppie ove entrambi i genitori siano residenti in Lombardia da almeno 5 anni (ma la norma è stata dichiarata irragionevole e discriminatoria dalla Corte d’appello di Milano, con conseguente condanna della Regione alla rimozione della delibera¹¹). Nella provincia autonoma di Trento troviamo invece la l. 5/19 che ha introdotto sia per l’accesso agli alloggi ERP, sia per le prestazioni di sostegno al reddito i medesimi requisiti previsti per il reddito di cittadinanza.

3. Il diritto dell’Unione e la spinta egualitaria della Direttiva 2011/98

Il terzo e ultimo “filo rosso” che lega le vicende di questi anni è quello del conflitto con il diritto dell’Unione: il quale benché si ostini a prendere in considerazione la condizione dello straniero solo frammentandola in relazione ai

7. Sulla sentenza vedi il commento di Corsi C. *La Corte costituzionale dichiara (finalmente) l’illegittimità del requisito della residenza protratta per accedere ai servizi abitativi*, «Questione giustizia - Diritti senza confini», 5.5.2020. www.questionegiustizia.it/articolo/illegittimita-costituzionale-del-requisito-della-residenza-protratta-per-i-servizi-abitativi_05-05-2020.php.

8. Secondo la Corte il requisito della residenza pregressa «non è rivelatore di alcuna condizione rilevante in funzione del bisogno che il servizio tende a soddisfare» e comunque «lo stesso radicamento territoriale, quand’anche fosse adeguatamente valutato [...] non potrebbe comunque assumere importanza tale da escludere qualsiasi rilievo del bisogno».

9. Si veda ad es. la l.r. Toscana 31.3.2015 n.41.

10. Si tratta della prestazione di cui all’art. 11 l. 431/98 rispetto alla quale la sentenza Corte cost. n. 166/18 ha dichiarato l’incostituzionalità del requisito di 5 anni di residenza nella regione (introdotto con l’art. 11, co. 13, d.l. 112/08 conv. in l. 133/08). La Giunta Regionale della Valle d’Aosta ha ritenuto di poterlo riproporre con la riduzione di un solo anno, aggiungendovi oltretutto il requisito del permesso di soggiorno di lungo periodo, non previsto dalla legge nazionale (cfr. DGR 7.12.2018).

11. Corte d’appello di Milano, 14.5.2019 n. 463/19, pres. Vitali est. Casella in causa ASGI e a. c. Regione Lombardia.

singoli titoli di soggiorno, continua a seguire due apprezzabili principi-guida: a) il riconoscimento ai cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti di una effettiva uguaglianza, anche nell'accesso al *welfare*, non risponde solo ai valori fondanti dell'Unione, ma è garanzia di coesione sociale, di riduzione della conflittualità, di corretta distribuzione della forza lavoro e dunque di efficienza¹²; b) gli Stati membri possono limitare la parità di trattamento, ma – a garanzia dei principi di leale collaborazione – solo nei limiti consentiti dalle Direttive e solo dando atto espressamente di aver considerato il vincolo eurounitario e di averlo voluto derogare¹³.

Come è noto, il gioco a rimpiattino tra diritto nazionale italiano e diritto dell'Unione ha avuto una breve pausa solo tra il 4.9.2013 e il 25.12.2013: nella prima data è entrata in vigore la legge europea 97/13 che ha rimosso, dopo un'infinità di decisioni giudiziarie e l'avvio di una procedura di infrazione, i limiti all'epoca esistenti nella fruizione di prestazioni per i titolari di permesso di lungo periodo: da allora, tutte le successive disposizioni hanno sempre incluso i lungosoggiornanti tra gli aventi diritto sicché ad oggi la loro condizione è sostanzialmente parificata a quella degli italiani.

Ma dopo pochi mesi la coerenza tra i due ordinamenti è subito tramontata, perché nella seconda data è scaduto il termine per il recepimento della Direttiva 2011/98 che all'art. 12, co. 1, lettera e) garantisce ai titolari di qualsiasi permesso di soggiorno che consente di lavorare la parità di trattamento «nelle prestazioni di sicurezza sociale di cui al Regolamento 29.4.2004 n. 883». Sotto questo profilo l'ordinamento nazionale era ed è totalmente inadempiente, perché nessuna delle prestazioni attualmente previste è garantita ai titolari di permesso unico lavoro, che pure rappresentano quasi il 40% degli stranieri regolarmente soggiornanti¹⁴: e si tratta quasi sempre proprio di coloro che si trovano in condizioni di maggiore povertà¹⁵.

12. Si veda ad es. il considerando 2 della Direttiva 2011/98 UE.

13. In tal senso ad es. la sentenza CGUE *Martinez Silva* 21.6.2017 C-449/16 e *Kamberaj* 24.4.2012 C-571/10; la Cassazione ha fatto applicazione del medesimo principio in relazione alla formula “*salvo che sia diversamente disposto*” con la quale il legislatore italiano ha accompagnato il recepimento del principio paritario di cui all'art. 11 Direttiva 2003/109, affermando appunto che tale formula non consente la sopravvivenza delle norme antecedenti difformi dalla Direttiva: cfr. Cass. 8.5.2017 nn. 11165 e 11166 e da ultimo anche Cass. 7.11.2019 n. 28745.

14. Vedi il Rapporto IDOS 2019 che riporta i dati al 31.12.2018. Si tratta, in particolare, di 696.000 titolari di permesso per famiglia e di 437.000 titolari di permesso per lavoro; cui vanno aggiunti (perché sicuramente inclusi nella tutela della Direttiva 2011/98) un numero difficilmente calcolabile di titolari di permesso per attesa occupazione.

15. Va anche segnalato che sono esclusi da tutte le prestazioni anche i 53.535 titolari di permesso per lavoro stagionale ai quali invece l'art. 23 della Direttiva 2013/36/UE del 26.2.2014 garantisce la parità di trattamento, se pure con previsione derogabile da parte degli Stati membri. Tutte queste esclusioni assumono poi un particolare significato alla luce della recente introduzione di prestazioni familiari che vengono riconosciute indipenden-

Due le questioni che si pongono in questo ambito e riguardano la prima l'ambito di applicazione della clausola di parità e l'altra il "riparto di competenze" tra le alte Corti.

Quanto alla prima, va subito rilevato che la clausola di parità di cui all'art. 12 Direttiva 2011/98 è formulata in termini del tutto diversi da quella relativa ai lungosoggiornanti: se per costoro la garanzia della parità di trattamento si estende alle «prestazioni sociali, assistenza sociale, protezione sociale» (art. 11 Direttiva 109/03) e copre quindi qualsiasi possibile ambito del *welfare*, per i primi la garanzia è riferita, come si è visto, alle prestazioni sociali di cui al Regolamento del parlamento europeo e del consiglio n. 883/04 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale: tale rinvio ha indotto l'INPS e il Ministero del lavoro a ritenere che l'ambito di copertura della Direttiva fosse limitato ai "lavoratori". Ne seguirebbe l'esclusione delle prestazioni di "assistenza sociale", essendo queste effettivamente escluse dall'ambito di applicazione del Regolamento ai sensi dell'art. 3, co. 5, lett. a) (salvo che non si tratti di prestazioni c.d. "miste" incluse nell'art. 70 e nell'allegato X ai quali rinvia l'art. 3, co. 3 e che quindi rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento).

La questione avrebbe dovuto trovare agevole risposta nella consolidata giurisprudenza della Corte UE secondo la quale rientrano nella "assistenza sociale", ai sensi del diritto dell'Unione, le sole prestazioni erogate sulla base di una valutazione discrezionale¹⁶. Con la sentenza *Martinez*¹⁷ detto principio ha avuto applicazione anche con riferimento alla Direttiva 98 e dunque la questione era ormai in via di assestamento, quantomeno per la prestazione oggetto della sentenza (l'assegno famiglie numerose *ex art.* 68 l. 448/98) e per quella analoga dell'assegno di maternità di base *ex art.* 74 d.lgs. 151/01.

Inspiegabilmente, anche su questo assetto ha fatto una (piccola) irruzione la citata sentenza 50/19 che, se pure quasi di passaggio (non essendo la questione oggetto del rinvio), ha affermato che nella vicenda dell'assegno sociale non verrebbe in questione un contrasto con la Direttiva 98 «non venendo qui in considerazione la posizione di lavoratori».

L'affermazione è davvero sorprendente per numerosi motivi: in primo luogo perché la "posizione di lavoratore" di cui si tratta non è quella eventual-

mente dal reddito (come il "premio alla nascita" di cui all'art. 1, co. 353 l. 232/16), o con gradualità decrescente, ma mantenendo in ogni caso una prestazione ridotta anche ai soggetti più facoltosi (come il "bonus asili nido" introdotto dall'art. 1 co. 355 l. 232/16, modificato dall'art. 1, co. 343 l. 160/19).

16. Ne segue che rientrano invece nell'ambito di applicazione del Regolamento 883/04 tutte le prestazioni erogate sulla base di requisiti predeterminati inerenti la condizione personale del richiedente come il reddito o il numero di figli: in tal senso tra le molte, oltre alla sentenza *Martinez* 21.6.2017 citata alla nota 11, le sentenze *Molenaar*, 5.3.1998 in causa C-160/96, *Hiddal* 19.9.2013 in causa C-216 e C-217/2012, CGE *Lachheb* 24.10.2013, C-177/12, CGUE 14.6.2016 C-308/14 *Commissione c. Regno Unito*.

17. Citata alla nota 14.

mente individuata dal Regolamento, ma quella individuata dalla Direttiva e, come si è visto, questa trova applicazione non certo sulla base della “condizione materiale” di lavoratore, ma sulla base del titolo di soggiorno, essendo sufficiente che questo consenta l’accesso al lavoro; in secondo luogo perché il Regolamento – se anche si dovesse guardare solo a quest’ultimo – si riferisce comunque anche alle prestazioni “non contributive”, sicché non avrebbe senso escludere a priori la sua rilevanza per una determinata prestazione solo perché attribuita senza collegamento con un pregresso lavoro; infine perché, proprio con riferimento a detto Regolamento, è intervenuta di recente la sentenza della CGUE *Bogatu* 7.2.2019 C-322/17. Secondo tale pronuncia, il legislatore dell’Unione, nell’adottare il Regolamento, «[...] si è proposto [...] di ampliare il suo ambito di applicazione a categorie di persone diverse dai lavoratori subordinati rientranti nel regolamento n. 1408/71 e, segnatamente, alle persone economicamente inattive che non erano previste da quest’ultimo». Tale obiettivo emerge – prosegue la Corte – dalla scelta del legislatore di precisare che il regolamento 883 si applica ai “cittadini di uno Stato membro”, mentre in precedenza il regolamento n. 1408/71 si applicava ai “lavoratori”.

Fatto sta che, solo un mese dopo detta decisione, la Corte costituzionale, se pure di sfuggita, ha affermato esattamente il contrario, per di più con riferimento a un istituto come l’assegno sociale che è addirittura incluso nel citato allegato X cui rinvia l’art. 70 e che dunque, persino secondo una lettura restrittiva del Regolamento 883, rientra in ogni caso nell’ambito di applicazione di questo.

Appare dunque presumibile che la questione dell’assegno sociale, pur dopo la accertata (e discutibile) costituzionalità della limitazione ai soli lungosoggiornanti, debba prendere la strada della Corte EDU per valutare la compatibilità della esclusione con la Direttiva 2011/98.

4. Il diritto dell’Unione e la questione del “controllo accentrato”

Quest’ultima ipotesi ci introduce alla seconda questione posta dal rapporto con il diritto dell’Unione e cioè quella della cosiddetta “doppia pregiudizialità”.

Il tema va ovviamente ben oltre il contenzioso sulle prestazioni sociali.

Qui merita solo rilevare che proprio il rapporto tra Direttiva 98 e norme nazionali ha dato luogo a un contenzioso seriale che a sua volta ha visto un orientamento assolutamente omogeneo dei giudici di primo e secondo grado in punto di “obbligo di disapplicazione” da parte dell’INPS e di conseguente disapplicazione anche da parte dell’autorità giudiziaria¹⁸.

18. Un elenco pressoché completo delle decisioni in questo senso può reperirsi in banca dati ASGI, www.asgi.it.

Giunta la questione alla Corte di cassazione, questa ha invece virato con decisione verso il giudizio di costituzionalità¹⁹ ritenendo non manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità delle norme censurate nella parte in cui prevedono come requisito il permesso di lungo periodo, anziché il permesso di almeno un anno ai sensi dell'art. 41 TU; ciò, specifica la Corte, in adesione alla costruzione secondo la quale in caso di diritti aventi una duplice copertura, sia nella Costituzione sia nelle norme dell'Unione, è preferibile attribuire la "prima parola" alla Corte costituzionale stanti gli effetti *erga omnes* – e come tali preferibili sotto il profilo della certezza del diritto e della coerenza dell'ordinamento – che la sua pronuncia determina.

In proposito, è noto che l'assetto cui la Corte costituzionale è pervenuta con le sentenze 20/19, 63/19 e 117/19 non comporta una sorta di obbligo a percorrere primariamente la via del giudizio di costituzionalità ogni qualvolta si intraveda anche una concorrente tutela nel diritto dell'Unione, altro essendo la tutela della CDFUE e altra la tutela garantita dal diritto derivato. Rispetto a quest'ultimo, resta sempre fermo il «potere» (per usare le parole della sentenza 63, ma nella 117 si usa più propriamente la parola «dovere») di procedere all'applicazione diretta del diritto dell'Unione qualora ne sussistano i noti presupposti di chiarezza e autosufficienza.

Rispetto a tale assetto le citate ordinanze di rinvio 17.6.2019 suscitano qualche interrogativo.

In primo luogo nel passaggio ove affermano che «solo in sede di giudizio costituzionale è possibile [...] valutare la ragionevolezza della scelta legislativa, frutto di bilanciamento di contrapposti interessi»; forse trascurando che quella svolta in sede di legislazione europea è anch'essa una valutazione di ragionevolezza e di bilanciamento che deve essere assunta dall'ordinamento nazionale riconoscendo il criterio dell'inserimento nel mercato del lavoro (adottato dalla Direttiva) come criterio idoneo e proporzionato ad attribuire il diritto alla parità di trattamento.

In secondo luogo perché con le ordinanze del 17.6.2019 per la prima volta il "giudice comune" dà espressamente atto della esistenza di un contrasto della norma nazionale con una Direttiva, ma poi sposta l'attenzione sul contrasto con la CDFUE, al fine di assegnare la "prima parola" alla Corte costituzionale: quasi che in caso di concorrente violazione sia della Carta, sia della Direttiva, il giudice comune possa scegliere a quale dei due contrasti assegnare il rilievo primario.

In effetti nei precedenti della Corte costituzionale sopra citati, non è mai venuta in rilievo un'analogia situazione, essendo sempre stato prospettato il so-

19. Si fa riferimento alla ordinanza 16164 del 17.6.2019 ed altre identiche nella medesima data, tutte aventi ad oggetto le norme sull'assegno di natalità *ex art. 1, co. 125, l. 190/14*; nonché alla ordinanza 16167, sempre del 17.6.2019, avente ad oggetto l'assegno di maternità di base *ex art. 74 d.lgs. 151/01*: questo secondo caso si riferisce tuttavia a una fattispecie antecedente il termine di recepimento della Direttiva 2011/98 (25.12.2013).

lo contrasto con la CDFUE. Solo la sentenza 20/19 ritiene ammissibile anche il giudizio di costituzionalità sul prospettato conflitto con una Direttiva (nella specie, la 28.1.2003 n.6), ma solo per il peculiare motivo che le norme di quella Direttiva (antecedente la Carta) avevano costituito il “modello” sul quale le norme della Carta si erano conformate e per questa ragione «partecipano all'evidenza della loro stessa natura, come espresso nelle Spiegazioni alla Carta [...]» (par. 2.1): argomentazione questa certamente apprezzabile per i suoi possibili effetti espansivi in termini di efficacia della Carta, ma che difficilmente può essere traspota nel caso della Direttiva 98²⁰.

Dunque la parola che la Corte si accinge a pronunciare a fronte di una ordinanza di rinvio così peculiare è certamente la prima, ma non è detto che sia l'ultima, perché, anche nella ipotesi di ritenuta costituzionalità della norma (e a maggior ragione in ipotesi di inammissibilità della eccezione) resterebbe comunque aperta la questione della sua conformità alla Direttiva; anche perché, persino sotto il profilo dei soggetti coinvolti, l'esito del giudizio intrapreso avanti la Corte costituzionale è, se pur marginalmente, diverso da quello della disapplicazione: una sentenza di incostituzionalità nei termini richiesti dalla Cassazione attribuirebbe infatti il diritto a tutti coloro che hanno un permesso di almeno un anno, mentre la applicazione della Direttiva 98 attribuisce il diritto a tutti coloro che hanno un permesso che consente di lavorare, anche se di durata inferiore all'anno²¹.

D'altra parte che la questione sia ancora aperta, lo dimostra l'ordinanza 52/19²² ove la Corte, proprio argomentando sulla mancata considerazione della Direttiva n. 98, ha dichiarato inammissibile la questione proposta, secondo uno schema – dunque – assai meno geloso di riservare alla Corte nazionale un “controllo accentrato” nella affermazione (o negazione) dei diritti sociali.

20. A favore di una conclusione analoga a quella della sentenza 20/19, potrebbe però militare il fatto che le Spiegazioni alla Carta creano un collegamento, se non con la Direttiva 98 (che è successiva), quantomeno con il Regolamento 1408/71, cioè con l'antecedente del Regolamento 883/04: le Spiegazioni all'art. 34 CDFUE chiariscono infatti che il «paragrafo 3 rispecchia le norme derivanti dal Regolamento (CEE) n. 1408/71 e dal Regolamento (CEE) n. 1612/68».

21. Così potrebbe accadere che il titolare di un permesso per lavoro rilasciato, ai sensi dell'art. 5, co. 3 *bis* TU, in relazione a un rapporto di lavoro a tempo determinato di durata inferiore all'anno abbia il diritto in base alla Direttiva, ma non lo acquisisca in base alla eventuale dichiarazione di incostituzionalità; mentre il titolare di un permesso umanitario di durata annuale o colui che abbia un permesso di un anno avendo fatto ingresso in Italia come lavoratore autonomo, acquisisca il diritto in base alla dichiarazione di incostituzionalità anche se non ne potrebbe godere in base alla Direttiva (che non si applica né ai titolari di protezione in base al diritto nazionale, né a chi abbia fatto ingresso come lavoratore autonomo; cfr. art. 3 lett. h) k) Direttiva 2011/98).

22. Anch'essa esaminata nel commento di Corvaja F., *op. cit.*

5. Reddito di cittadinanza, *ius existantiae*, diritto alla dignità

Se queste sono le direttrici lungo le quali si è sinora mosso il perenne conflitto tra aspirazioni (e doveri) universalistici e *welfare* selettivo, restano da considerare le due sfide che al momento appaiono più controverse: quella del reddito di cittadinanza (RDC) e quella, connessa, delle modalità di “misurazione della ricchezza”.

Sulla prima è noto il groviglio creato dalle scelte legislative del Governo giallo-verde, sinora non rimosse dai successori: in primo luogo con l’indicazione di due requisiti tali da escludere un gran numero di stranieri (permesso di soggiorno di lungo periodo e residenza di 10 anni sul territorio nazionale)²³; in secondo luogo con l’introduzione, in sede di conversione, del c.d. “emendamento Lodi”.

La prima questione fornirà inevitabilmente alla Corte costituzionale l’occasione di tornare a valutare la teoria dei *basic rights* di cui si è detto, nuovamente con riferimento a una prestazione diversa da quelle di invalidità; come pure sarà l’occasione per tornare a valutare l’ammissibilità di quello che è stato efficacemente definito “il comma 22”²⁴ cioè il circolo vizioso in base al quale chi ha un reddito inferiore all’assegno sociale non può accedere al permesso di lungo periodo (e dunque al RDC) perché troppo povero, ma chi ha un reddito superiore all’assegno sociale²⁵ non può accedere al RDC perché troppo “ricco”.

Entrambi gli aspetti sono già al vaglio della Corte con riferimento al Reddito di inclusione (REI)²⁶ di cui al d.lgs. 147/17, ma – anche qualora non

23. Per una critica dei requisiti di accesso cfr. Biondi Dal Monte F., “Quale cittadinanza per il “reddito di cittadinanza”?”, in Innocenti E., Rossi E., Vivaldi E. (a cura di), *Quale reddito di cittadinanza? Criticità e prospettive delle politiche di contrasto alla povertà*, il Mulino, Bologna, 2020. I dati reperibili sull’Osservatorio Reddito di Cittadinanza dell’INPS confermano l’effetto fortemente discriminatorio dei due requisiti: al gennaio 2020 erano infatti riconosciute 2.419.480 prestazioni di RDC, di cui solo 185.833 a cittadini *extra UE*, pari al 7,64.

24. Così Corvaja F., *op.cit.* Il riferimento è al celebre romanzo *Comma 22* di Heller J. e alla fantasiosa disposizione regolamentare secondo la quale solo i pazzi venivano esentati dalle missioni aeree, ma chi chiedeva di essere esentato era per ciò solo ritenuto sano di mente. Il circolo vizioso era stato censurato, tra le molte, da Corte cost. 11/09. Solo nella sentenza 50/19 la Corte si è discostata dall’orientamento critico, osservando che non sarebbe irragionevole riservare la prestazione a chi in precedenza aveva conseguito un reddito minimo e fosse poi caduto in povertà: ma la scelta di riservare l’intervento ai soli “poveri divenuti tali” con esclusione dei “poveri da sempre poveri” appare ben poco convincente.

25. Si ricorda che ai sensi dell’art. 2, co. 1, lett. b) n. 4 il richiedente del RDC deve avere un reddito familiare non superiore a euro 6.000, cioè non superiore a una somma pressoché pari all’assegno sociale (euro 5.954,00 nel 2019) cioè al reddito minimo necessario per conseguire il permesso di lungo periodo.

26. Ordinanza Tribunale di Bergamo 1.8.2019 est. Bertoncini, in banca dati ASGI www.asgi.it.

sopraggiungesse nel frattempo un'eccezione di incostituzionalità specificamente riferita al d.l. 4/19 – la decisione avrà inevitabili riflessi sul RDC, stante l'identica funzione dei due istituti e l'identica previsione del permesso di lungo periodo (quanto alla pregressa presenza, il REI invece limitava il requisito a 2 anni di residenza sul territorio nazionale).

Il profilo della appartenenza della prestazione al “nucleo essenziale” rimanda al quesito se la nostra Costituzione conosca, quanto all'intervento di *welfare*, solo le due strade del sostegno «ai lavoratori, in caso di malattia, infortunio ecc.» di cui al c. 2 dell'art. 38 e il sostegno agli «inabili al lavoro» di cui al co. 1²⁷; o se invece predisponga una tutela costituzionale dello *ius existentiae* che prescindendo da tali due condizioni e abbia come riferimento la persona bisognosa (e quindi povera) in quanto tale, considerandola – come si è detto al par. 1 – nella dimensione della “dignità” e andando così oltre il mero diritto alla sopravvivenza materiale.

La dottrina è orientata ad affermare la seconda strada, muovendo non solo dalla constatazione che in una Repubblica fondata sul lavoro, il diritto “del lavoratore” a un'esistenza libera e dignitosa di cui all'art. 36 «si dirama al di là dello specifico ambito di quell'articolo»²⁸, ma soprattutto argomentando in relazione al contesto sociale odierno: ove un lavoro sempre più spesso frammentario, discontinuo e mal retribuito²⁹ segnala che il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa è preconditione del lavoro (e non, viceversa) ed è dunque tutelato in quanto tale³⁰ con il conseguente vincolo dello Stato a «declinare il suo dovere alla liberazione dal bisogno secondo modalità di protezione anche differenti da quelle immaginate dal Costituente»³¹.

27. Come noto nell'art. 38 co. 1 Cost. il «diritto al mantenimento e all'assistenza sociale» è riservato a coloro che sono inabili al lavoro «e» sprovvisti dei mezzi necessari per vivere.

28. Così Rodotà S., *op. cit.*, p. 157.

29. Tra i molti scritti che segnalano l'incremento dei “*working poor*” nell'attuale sistema economico cfr. www.linkiesta.it/it/article/2014/07/05/working-poor-quando-lavorare-non-basta-per-campare/22030.

30. In tal senso Polacchini F., *Principi costituzionali e reddito minimo di cittadinanza*, «Federalismi», 6.3.2019, p. 25 il quale osserva che le forme di impiego più diffuse e accessibili hanno «cessato di costituire vettore di “effettiva partecipazione allo sviluppo politico economico e sociale”, secondo il programma di emancipazione iscritto in Costituzione (art. 3 co. 2 Cost.), né sono idonee a garantire al cittadino-lavoratore “un'esistenza libera e dignitosa” (art. 36 Cost.)». In senso favorevole alla esistenza di una copertura costituzionale del diritto a uscire dalla povertà cfr. Alaimo A., *Il reddito di inclusione attiva: note critiche sull'attuazione della legge n. 33/2017*, RDSS, n. 3, p. 431; Arena A.I., *Reddito: di inclusione, di cittadinanza, come diritto? (profili costituzionali)*, «Cosituzionalismo.it», 3, 2018, Tripodina C., *Ius existentiae e reddito minimo garantito: a che punto siamo in Italia? Reddito di inclusione e Reddito di cittadinanza a confronto*, «La cittadinanza europea», 1, 2018, p. 40.

31. Tripodina C., *Il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa: sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Torino, 2013, p. 11.

La medesima impostazione spiega anche perché il diritto alla vita dignitosa deve essere garantito egualmente a italiani e stranieri senza che possa ipotizzarsi (magari riferendosi erroneamente all'art. 14, par. 1, Direttiva 2004/38³²) una sorta di automatismo tra la condizione di povertà e la caducazione del diritto al soggiorno. Si tratterebbe di una tesi inaccettabile non solo perché il diritto al soggiorno non è condizionato necessariamente al lavoro, ma attinge anche ad altri diritti e valori, primo fra tutti quello dell'unità familiare³³; ma soprattutto perché proprio la struttura produttiva di cui si è detto rende del tutto plausibile che all'esistenza di un rapporto di lavoro e del conseguente titolo di soggiorno si accompagni una condizione di povertà che rende doveroso l'intervento pubblico, specie se pensato in via transitoria, come nel caso del RDC.

L'attesa pronuncia della Corte sul REI assume quindi in questa prospettiva un particolare rilievo, anche tenendo conto del fatto che – diversamente da quanto avvenuto sinora per altre prestazioni – ben difficilmente la soluzione potrà essere affidata al diritto dell'Unione, posto che la Direttiva 2011/98 non sembra poter trovare applicazione alle prestazioni di contrasto alla povertà, non contemplate dall'art. 3 Regolamento 883/84, al quale la Direttiva rinvia³⁴.

6. Il (presunto) controllo globale della ricchezza e i suoi effetti discriminatori

La seconda sfida che si apre per i prossimi mesi (o anni) è giunta alla ribalta con la nota vicenda del Comune di Lodi ove una delibera di giunta – argomentando sulla base dell'art. 3 d.p.r. 445/00 in materia di documentazione amministrativa – aveva limitato l'accesso alle prestazioni sociali ai soli stra-

32. Come noto la norma, riguardante i cittadini dell'Unione e quindi del tutto estranea al tema in esame, prevede che «I cittadini dell'Unione e i loro familiari beneficiano del diritto di soggiorno di cui all'articolo 6 finché non diventano un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante» ma è temperata dal successivo co. 3 a norma del quale «Il ricorso da parte di un cittadino dell'Unione o dei suoi familiari al sistema di assistenza sociale non dà luogo automaticamente ad un provvedimento di allontanamento». Sulla *vexata quaestio* del diritto al soggiorno per il c.d. migrante inattivo, vedi, tra le molte, oltre alla citata sentenza *Bogatu*, anche CGUE 15.9.2015 *Alimano- vic C-67/14*.

33. Anzi, al proposito va ricordato che stante il sostanziale blocco degli ingressi per lavoro, i nuovi permessi di soggiorno rilasciati sono in grande maggioranza permessi per famiglia (nel 2019 il 52,4% del totale di titoli di soggiorno rilasciati per la prima volta, contro il solo 6% per lavoro; i restanti sono il 9% studio e il 26,3% per protezione: cfr. *Dossier statistico immigrazione*, IDOS, 2019, p. 117).

34. In tal senso anche Tribunale di Bergamo 1.8.2019 cit. e, in dottrina, Biondi dal Monte F., *op cit.* La conclusione sarebbe diversa se il RDC potesse classificarsi, come forse era nelle intenzioni dei promotori, come prestazione di disoccupazione volta al reinserimento al lavoro (essendo tale ambito coperto dalla Direttiva) ma non pare che il concreto assetto normativo consenta un simile inquadramento.

nieri che fossero in grado di produrre documenti del Paese di origine idonei a confermare i dati reddituali e patrimoniali contenuti nell'ISEE.

Il Tribunale di Milano ha ritenuto la previsione illegittima e discriminatoria, seguito da altre decisioni conformi relative ad altri Comuni³⁵; ma la questione è tornata immediatamente alla ribalta per l'analoga previsione inserita, questa volta con forza di legge, nell'art. 2, co. 1 *bis* del d.l. 4/19 convertito in l. 75/19 a norma del quale, ai fini dell'accesso al RDC, «[...] i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea devono produrre apposita certificazione rilasciata dalla competente autorità dello Stato estero, tradotta in lingua italiana e legalizzata dall'autorità consolare italiana, in conformità a quanto disposto dall'art. 3 d.p.r. 445/00».

La disposizione ha avuto effetti paradossali in quanto prevedeva un successivo decreto dei Ministeri degli esteri e del lavoro che avrebbe dovuto indicare i Paesi rispetto ai quali il rilascio dei documenti sarebbe stato dichiarato "oggettivamente impossibile", con conseguente esenzione dello straniero dall'obbligo. In attesa del decreto, l'INPS, con circolare n. 100 del 5.7.2019, ha sospeso le procedure di ammissione per tutti gli stranieri.

L'atteso decreto è infine giunto in data 21.10.2019 (ma con pubblicazione in GU solo il 5.12.2019). Il provvedimento, da un lato dà atto della impossibilità, per tutti gli stranieri, di ottenere certificazioni riguardanti il patrimonio mobiliare; dall'altro riconosce, quanto al patrimonio immobiliare, che solo 19 Paesi sono in grado di rilasciare documentazione attendibile, esentando conseguentemente tutti gli altri stranieri dalla produzione prevista dalla legge.

Il decreto ha dunque disinnescato in gran parte gli effetti della disposizione³⁶, ma la questione resta di grande attualità, non fosse altro perché numerosi regolamenti regionali contengono, ai fini dell'accesso agli alloggi ERP, disposizioni analoghe a quelle del citato co. 1 *bis*³⁷, per di più senza neppure l'esenzione per i Paesi ove il reperimento dei documenti sia oggettivamente impossibile. Con la conseguenza che molte Regioni continuano a richiedere allo straniero, ai fini dell'accesso alla casa, una "prestazione documentale" che ben due Ministeri hanno attestato (con un accertamento in fatto assistito da una presunzione di correttezza e legittimità, fino a prova contraria) essere del

35. La decisione riferita al Comune di Lodi e Tribunale di Milano, ord. del 13.12.2018, est. Di Plotti; hanno fatto seguito Tribunale di Milano, sezione lavoro, ord. 27.3.2019, est. Capelli, riferita al Comune di Vigevano; Tribunale di Bergamo, ord. del 8.4.2019, est. Lapenta, riferita al Comune di Palazzago. Per il quadro giuridico della vicenda Lodi cfr. Tarquini E., *Il regolamento per l'accesso alle prestazioni agevolate del Comune di Lodi o la burocrazia dell'ingiustizia*, 6.11.2018 disponibile sul sito Asgi, www.asgi.it/discriminazioni/lodi-regolamento-accesso-prestazioni-tarquini.

36. Dei 19 Paesi considerati solo il Kosovo ha una rappresentanza relativamente consistente in Italia (circa 40.000 migranti, secondo il rapporto IDOS 2019).

37. Si veda ad es. l'art. 7, co. 1, lett. d) del Regolamento Regione Lombardia 4.8.17 n. 4 (Disciplina della programmazione dell'offerta abitativa pubblica e sociale e dell'accesso e della permanenza nei servizi abitativi pubblici).

tutto impossibile: il che rappresenta un esempio di incoerenza dell'azione amministrativa che conosce pochi precedenti.

Proprio con riferimento agli alloggi ERP la questione è giunta all'esame del Tribunale di Milano che con ordinanza 20.3.2020³⁸ ha ritenuto discriminatoria la previsione contenuta in un bando comunale di edilizia pubblica, ordinando al Comune di garantire agli stranieri l'ammissione al bando alle medesime condizioni documentali previste per i cittadini italiani.

Senza poter qui entrare nel dettaglio di una materia sicuramente complessa – che coinvolge anche l'ambito fiscale e in particolare l'obbligo di qualunque residente, italiano o straniero, di denunciare redditi e patrimoni all'estero, anche ai fini ISEE³⁹ – può tuttavia considerarsi il significato giuridico della vicenda.

Con l'obiettivo apparentemente plausibile di approntare un controllo globale della ricchezza in un mondo ove milioni di persone si spostano (o meglio un controllo della povertà, vertendosi qui in materia di accesso alle prestazioni sociali), norme come quelle esaminate finiscono per prefigurare modalità diverse di accertamento dello stato di bisogno a seconda della nazionalità del richiedente, con effetti paradossali: basti pensare che un italiano nato e sempre vissuto (ad es.) in Argentina non deve superare alcuna barriera documentale aggiuntiva per accedere alla prestazione, pur essendo ben possibile che detenga patrimoni o redditi nel Paese di provenienza; mentre viene sottoposto alla prova documentale "aggiuntiva" uno straniero povero di nazionalità Bengalese o Sudanese che si trova in Italia da decenni (o magari vi è addirittura nato) e rispetto al quale la probabilità di ricchezze occultate in patria è egualmente (se non più) modesta rispetto all'italiano di ritorno.

Manca quindi una qualsiasi ragionevole giustificazione alla diversità di trattamento, essendo invece inevitabile, quantomeno quando viene in gioco l'accesso ai diritti sociali, che il controllo sulla ricchezza eventualmente esistente fuori dal territorio venga demandato, per gli stranieri come per gli italiani, allo Stato e alla sua capacità di attivare un adeguato scambio di informazioni con gli altri Stati.

Sotto questo profilo, dunque, anche questa questione emerge come una questione di parità di trattamento e dunque di discriminazione nell'accesso ai diritti sociali.

38. Tribunale di Milano, 20.3.2020, est. Miccichè, in causa *ASGI e altri c. Comune di Sesto San Giovanni*, reperibile in banca dati ASGI.

39. Si veda in generale l'art. 2, co. 1, d.p.r. 917/86, nonché le norme sulla IVIE (imposta sul valore immobili all'estero, art. 19, co. 13 e 14 d.l. 201/11 conv. in l. 214/11) e sulla IVAFE (imposta sul valore delle attività finanziarie estere, art. 9 l. 30.10.2014 n. 161). Sulla base delle informazioni in possesso della Agenzia delle Entrate e sulle banche date disponibili viene poi rilasciato l'ISEE (art. 2, co. 6, d.p.c.m. 159/13) che costituisce «livello essenziale delle prestazioni ai sensi dell'art. 117, co. 1, lett. m Cost.» (così l'art. 2, co. 1, d.p.c.m. *cit.*) e non prevede distinzioni procedurali in base alla cittadinanza, attestando con ciò che le modalità di misurazione del bisogno sono vincolate e uguali per tutti.

7. L'azione antidiscriminatoria nel contrasto alle esclusioni “per titolo di soggiorno”

Tutte le questioni sin qui esposte impongono una considerazione di ordine solo apparentemente processuale.

Se guardiamo le rassegne giurisprudenziali degli ultimi 10 anni possiamo agevolmente constatare che la quasi totalità delle questioni sin qui richiamate sono giunte all'attenzione dei giudici a seguito di azioni antidiscriminatorie proposte ai sensi dell'art. 28 d.lgs. 150/11.

Anche sotto tale profilo, si pongono due ordini di problemi.

Il primo, di più agevole soluzione, riguarda la possibilità di dedurre una disparità di trattamento vietata (e dunque una discriminazione) in presenza di una norma di legge che tale disparità di trattamento autorizza, invocando l'applicazione di una norma di rango superiore e la conseguente disapplicazione o il vaglio di costituzionalità della norma “apparentemente” vigente.

La risposta negativa al quesito trae talora spunto da un passaggio di una sentenza di Cassazione ove, argomentando in tema di accesso degli stranieri al pubblico impiego, è stato affermato che non può esservi discriminazione in presenza di una norma di legge che legittimi l'esclusione⁴⁰.

L'affermazione è sicuramente corretta, ma nulla dice di decisivo, trattandosi appunto di valutare quale sia la norma effettivamente applicabile.

In realtà le isolatissime pronunce di merito che hanno dato al quesito di cui sopra una risposta negativa⁴¹, lo hanno fatto muovendo, più o meno inconsapevolmente, da una nozione di discriminazione collegata alla colpa soggettiva, che rende impossibile qualificare come discriminatorio il comportamento di chi abbia agito in buona fede confidando in una norma di legge apparentemente vigente. Ma una volta depurata la discriminazione da ogni riferimento al foro interno e alla buona fede soggettiva, è di tutta evidenza che la questione si pone solo in termini di esistenza o non esistenza di un vincolo paritario applicabile al caso concreto, essendo indifferente se detto vincolo si colloca a livello di norma ordinaria o di norma sovraordinata: il che è peraltro confermato dalle stesse SSUU della Cassazione che, investite della prosecuzione del giudizio dopo che la Corte costituzionale aveva dichiarato incostituzionale l'esclusione degli stranieri dal servizio civile, ha enunciato il principio di diritto *ex art. 384 c.p.c.*, confermando la correttezza della originaria azione antidiscriminatoria con la quale il giudizio era stato introdotto⁴².

40. Così Cass. sez. lavoro, 2.9.2014 n. 18523.

41. Ad es. Corte d'appello di Torino, sez. IV, 31.1.2018 secondo la quale solo nel giudizio “ordinario” e non in quello antidiscriminatorio potrebbero porsi questioni di incostituzionalità o disapplicazione.

42. Cass. SSUU n. 7951 del 5.4.2016; nello stesso senso tutte le pronunce di Cassazione indicate alla nota 13 che hanno confermato la discriminazione con riferimento al-

Il secondo quesito attiene al fatto che situazioni come quelle sin qui descritte riguardano l'applicazione non di principi generali di parità di trattamento tra italiani e stranieri, ma di vincoli paritari più circoscritti relativi al diritto alla parità di trattamento (e alla conseguente illegittimità della esclusione) dello straniero titolare di un determinato permesso di soggiorno e non dello straniero "in quanto tale"; con il conseguente periodico riaffacciarsi del dubbio che in questo caso lo straniero sia escluso non "a causa" della sua condizione di straniero, ma "a causa" della mancata titolarità di un permesso di soggiorno.

La questione rimanda al complesso problema – tradizionale nel diritto antidiscriminatorio – del nesso causale tra svantaggio e fattore protetto (rispetto al quale le stesse Direttive utilizzano espressioni diverse⁴³) reso più complesso dalla esistenza, proprio in materia di discriminazione dello straniero, di una formulazione come quella contenuta nel risalente TU, secondo il quale si avrebbe discriminazione (diretta) solo qualora lo straniero venga discriminato "soltanto" a causa della sua condizione di straniero⁴⁴.

Trattasi di questione sostanzialmente analoga a quella, che tanto ha occupato i giuslavoristi, della eventuale sovrapposizione tra motivo illecito (per il quale l'art. 1345 c.c. richiede l'unicità del motivo) e motivo discriminatorio, per il quale nessuna norma prevede il requisito della unicità.

Come noto, la diatriba è stata definitivamente risolta da Cassazione n. 6575 del 5.4.2016 la quale non solo ha chiarito che le due ipotesi (motivo illecito e discriminazione) non possono assolutamente essere sovrapposte, ma ha riconosciuto sussistente una discriminazione diretta in una ipotesi in cui il comportamento censurato colpiva una lavoratrice a causa di una condizione personale che non è propria di *tutte* le donne, ma che certamente può riguardare *solo* le donne (l'essersi sottoposta a trattamenti di fecondazione assistita). Dal che la conseguenza che, ai fini di qualificare un comportamento come discriminatorio, non è necessario che *tutti* gli appartenenti al gruppo protetto siano svantaggiati, essendo sufficiente che i soggetti svantaggiati siano *tutti* appartenenti al gruppo protetto.

È quindi esattamente ciò che accade nel caso di discriminazione "per titolo di soggiorno" nel quale tutti gli esclusi sono inevitabilmente stranieri e nel quale il criterio più elementare di prova (se il richiedente fosse italiano avrebbe comunque ottenuto il bene della vita richiesto) conduce inevitabilmente a

la mancata attribuzione di una prestazione sociale che la norma nazionale negava agli stranieri. Anche le citate sentenze della Corte costituzionale 166/19 e 44/2020 nascono da procedimenti antidiscriminatori nell'ambito dei quali era stata sollevata eccezione di legittimità costituzionale.

43. Si veda "a causa di..." nella Direttiva 2000/43; "sulla base di..." nella Direttiva 2000/78; "in base al..." nella Direttiva 2006/54.

44. Così tutte le ipotesi previste dal co. 2 dell'art. 43 TU.

qualificare il comportamento come discriminatorio “a causa” (anche) della nazionalità, essendo irrilevante che si tratti di discriminazione “solo” in ragione della nazionalità.

8. Le politiche sociali nell’era dell’emergenza: verso un *welfare* basato sul bisogno?

Si impone, infine, una riflessione in ordine agli effetti che potrà avere su questi temi la stagione della pandemia.

Non può sfuggire che, tra i numerosi provvedimenti della prima fase emergenziale, lo Stato si è trovato, forse per la prima volta, a istituire una prestazione assistenziale volta a sopperire a immediate e generali esigenze alimentari e dunque, coerentemente, con pretese di assoluta universalità.

L’Ordinanza della protezione civile n. 658 del 29.3.2020, nel prevedere un primo stanziamento di 400 milioni, qualifica le conseguenti prestazioni come «misure urgenti di solidarietà alimentare» (art. 2 c. 3) e incarica le amministrazioni comunali di destinarle ai «nuclei familiari più esposti agli effetti economici derivanti dall’emergenza epidemiologica da virus Covid-19 e tra quelli in stato di bisogno, per soddisfare le necessità più urgenti ed essenziali».

Scopriamo così, drammaticamente, che vi può e vi deve essere, talvolta, un *welfare* non collegato a eventi specifici come la malattia o la nascita di un figlio o lo sfratto, ma un *welfare* destinato a consentire nell’immediato lo *ius existantiae* nella sua accezione più ristretta, quella del diritto al cibo e a condizioni di vita minime nel momento in cui il *lockdown* preclude qualsiasi possibilità di lavoro.

Purtroppo talune amministrazioni comunali non hanno perso l’occasione per rispolverare, anche di fronte a una prestazione di questa natura, i concetti di “radicamento territoriale” e di corrispettività, decidendo così di riservare anche i buoni-spesa previsti dall’Ordinanza ai cittadini italiani o UE e ai soli stranieri titolari di permesso di lungo periodo, quasi che solo lo straniero “radicato” possa aver diritto alla solidarietà alimentare. E ancora una volta sono dovuti intervenire i giudici per affermare l’illegittimità non solo di queste limitazioni⁴⁵ ma della stessa limitazione agli stranieri regolarmente soggiornanti: e infatti, una prestazione volta a salvaguardare il “diritto alla vita” non può che rientrare tra i diritti fondamentali della persona *ex art. 1 CEDU* e dunque deve essere garantita indipendentemente dalla regolarità del soggiorno, ai sensi dell’art. 2, co. 1, TU⁴⁶. Il “reddito di emergenza” di prossima istituzione sarà

45. Si veda il decreto Tribunale di Brescia 28.4.2020 e l’ordinanza 30.4.2020 entrambe reperibili nel sito www.asgi.it.

46. Così i provvedimenti di cui alla nota precedente che riconoscono il diritto agli stranieri “domiciliati” nel Comune e, più espressamente, Tribunale di Roma 22.4.2020

il banco di prova per la verifica di questa ricostruzione del quadro normativo.

Poi la stagione dell'emergenza, speriamo, finirà; ma potrebbe lasciarci in eredità una prospettiva nuova.

Se infatti leggiamo questi primi interventi emergenziali collegandoli sia alla rinnovata attenzione al tema della povertà determinata dalla istituzione del reddito di cittadinanza, sia alla sentenza 44/2020 della Corte costituzionale (di cui si è detto al par. 2) con la sua decisa affermazione che solo il bisogno è il faro che deve guidare le politiche di *welfare*, allora possiamo ragionevolmente ipotizzare un cambio di rotta nelle politiche sociali. Non un *welfare* frammentato selezionando i beneficiari secondo requisiti personali (residenza, stabilità, titolo di soggiorno ecc.); non un *welfare* “universale” nel senso di elargito a pioggia, magari inseguendo il mito di favorire l'incremento della natalità o la tutela della famiglia⁴⁷; un *welfare*, invece, capace di intercettare veramente il bisogno in un contesto caratterizzato da fortissime disuguaglianze; capace di escludere chi – pur avendo risentito, come tutti, dell'emergenza – dispone comunque di risorse sufficienti (e torna qui impellente il tema degli strumenti di misurazione del bisogno in un contesto di scarso rispetto delle regole fiscali⁴⁸); capace di puntare più sulla erogazione di servizi mirati (dagli asili nido alla formazione professionale) che sulle erogazioni monetarie: in poche parole un *welfare* non basato sulla divisione tra padroni di casa e ospiti, tra “stanziali” e viaggiatori, ma volto a riattivare la scala sociale e la redistribuzione del reddito; in una parola, un *welfare* per l'uguaglianza.

Se andrà così, le associazioni che si sono battute in questi anni contro le discriminazioni “dello straniero” potranno (sommessamente) intestarsi il merito di un cambiamento di rotta che va a beneficio di tutti.

(decreto) sempre nel sito www.asgi.it. Peraltro anche autorevoli interventi hanno segnalato che in questa fase gli interventi di politica sociale devono necessariamente riguardare anche i migranti privi di titolo di soggiorno: cfr. intervista Boeri T., «Huffington Post» 1.5.2020 www.huffingtonpost.it/entry/i-poveri-troviamoli-ora-intervista-a-tito-boeri_it_5eabd72ec5b65156135b947d?jy&utm_hp_ref=it-homepage.

47. Si è già detto alla nota 16 della recente tendenza del legislatore a sganciare le prestazioni familiari dai limiti di reddito: clamoroso è il caso della carta famiglia, modesta forma di accesso a beni con sconti nei negozi convenzionati, istituita nel 2015 ed entrata in funzione solo nel marzo 2020 in piena emergenza: ebbene i limiti di reddito originariamente introdotti sono stati cancellati dall'art.1 co. 487 l. 145/18 che però contestualmente ha introdotto il requisito della cittadinanza italiana o UE, escludendo tutti gli stranieri.

48. Significativa di questa difficoltà è la varietà dei criteri prescelti dai Comuni per l'erogazione dei buoni-spesa di cui all'ordinanza 658: talora l'ISEE (peraltro necessariamente riferito all'anno precedente), talora un limite sul patrimonio mobiliare autodichiarato, talora l'assenza di lavoro, talora il reddito residuo ecc.

La tutela giurisdizionale antidiscriminatoria nell'accesso ai diritti sociali degli stranieri

di *Martina Flamini**

Sommario: 1. Poteri e doveri del giudice comune nell'attuazione dei diritti sociali dello straniero nel rispetto dei principi costituzionali e sovranazionali. – 2. Riparto di giurisdizione. – 3. Cenni sull'onere della prova. – 4. Scelta dei rimedi, – 4.1. Il risarcimento dei danni, – 4.2. Il piano di rimozione. – 5. Le azioni collettive. In particolare la legittimazione attiva e l'interesse ad agire.

1. Poteri e doveri del giudice comune nell'attuazione dei diritti sociali dello straniero nel rispetto dei principi costituzionali e sovranazionali

Le riflessioni relative al tema della tutela giurisdizionale antidiscriminatoria nell'accesso ai diritti sociali degli stranieri richiede una preliminare delimitazione del campo di analisi. L'oggetto del presente contributo, alla luce delle considerazioni svolte nella Prima Parte e dell'ampiezza del tema¹ (che richiederebbe una trattazione ben più estesa), è limitato all'esame dei profili relativi alla disciplina delle forme di tutela della discriminazione nell'accesso ai diritti sociali dinanzi ai giudici di merito, chiamati a garantire una tutela effettiva a tali diritti. Verranno, quindi, esaminate le questioni del riparto di giurisdizione e dell'onere della prova, per poi passare a ragionare dei rimedi

* Giudice della Prima Sezione Civile del Tribunale di Milano dal 2012, tratta procedimenti in materia di diritti fondamentali della persona ed è applicata, in secondo incarico, alla Sezione Immigrazione, che si occupa di cause relative al riconoscimento della protezione internazionale e della protezione umanitaria.

1. Per una accurata e completa analisi dell'evoluzione dei divieti contro la discriminazione sanciti nel Trattato istitutivo e del giudizio sulla discriminazione applicato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e codificato dal legislatore comunitario nelle Direttive di ultima generazione, cfr. Favilli C., *La non discriminazione nell'Unione Europea*, il Mulino, 2008.

(in termini di piano di rimozione e di risarcimento dei danni) e, infine, delle caratteristiche principali delle azioni collettive.

L'ineludibile punto di partenza delle presenti riflessioni è rappresentato dal riferimento ai principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost.

Il principio di eguaglianza e non discriminazione, come noto, è enunciato nell'art. 3, primo co., Cost., che recita: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

Il principio di eguaglianza sostanziale si pone in rapporto di reciproca connessione con i diritti sociali (tutela della salute, istruzione, lavoro, assistenza in caso di bisogno, previdenza, ecc.) riconosciuti nella prima parte della Costituzione. Tali diritti trovano la loro legittimazione nell'art. 3, secondo co., Cost., laddove attribuisce alla Repubblica il compito di «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».

La giurisprudenza della Corte costituzionale², muovendo dal principio di eguaglianza, ha enucleato un generale principio di ragionevolezza, alla luce del quale la legge deve regolare in maniera uguale situazioni uguali, e in maniera razionalmente diversa situazioni diverse. Il giudizio di eguaglianza, *ex art. 3 Cost.*, si articola in due momenti³: nel primo, l'interprete è chiamato a verificare l'omogeneità fra le situazioni poste a confronto; nel secondo, condizionato all'esito positivo del primo, occorrerà verificare se la diversità di trattamento sia razionale.

La portata generale dell'ambito di applicazione dell'art. 3 Cost. è stata costantemente ribadita dal Giudice delle leggi che, con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione, ha da tempo precisato come «il principio di eguaglianza, pur essendo nell'art. 3 Cost. riferito ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri, allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell'ordinamento internazionale»⁴.

L'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce i diritti fondamentali dell'uomo, senza distinzione tra cittadini e stranieri, costituisce l'ulteriore fondamento della pari dignità sociale e della non discriminazione, idoneo a ricondurre sotto la garanzia costituzionale anche ipotesi che non siano direttamente desumibili dalle stesse⁵.

2. Cfr. sentenze Corte cost. 3/1957; 15/1960; 111/1981; 171/1982.

3. Cfr. sentenza della Corte cost. n. 163/1993.

4. Cfr. sentenza della Corte cost. 120/1967.

5. Cfr. Corte cost., 18 dicembre 1987, n. 561, che ha riconosciuto come "fondamentale" il diritto alla libertà sessuale, non presente in Costituzione, seguita da altre decisioni che hanno ricondotto all'art. 2 Cost., *ex pluribus*, il diritto sociale all'abitazione (Corte

Il riconoscimento di principi così fondanti il tessuto costituzionale deve tradursi in un'attuazione e realizzazione concreta ad opera di chi, a fronte di una lamentata violazione degli stessi, è chiamato a garantirne la effettiva tutela. Resterebbe, infatti, una mera declamazione di principio affermare la natura fondamentale del diritto in esame, senza poi assicurare alla detta situazione sostanziale effettive garanzie procedurali che ne consentano una piena tutela⁶.

E proprio il principio di effettività, come sottolineato da un'attenta dottrina⁷, è stato da tempo utilizzato dalla Corte di cassazione e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea come un principio costituzionale funzionale ad eliminare le restrizioni nazionali nella protezione dei diritti, potenziare la funzione ermeneutica ed individuare i rimedi più adeguati alla lesione.

Occorre, pertanto, soffermarsi sul contenuto dei poteri, e dei conseguenti doveri, del giudice comune, adito per ottenere tutela a fronte di una discriminazione realizzata attraverso la preclusione nell'accesso ai diritti sociali.

2. Riparto di giurisdizione

Chi è il giudice competente a decidere su un'azione promossa contro la discriminazione nell'accesso ai servizi sociali?

Per rispondere a tale interrogativo occorre preliminarmente accertare se il diritto alla parità di trattamento appartiene al nucleo dei diritti fondamentali della persona (e trova quindi il suo giudice naturale nel giudice dei diritti, cioè quello ordinario) o se anche questo diritto alla parità può formare oggetto di comparazione e di bilanciamento con l'esigenza di perseguire un divergente (o presunto tale) "interesse generale" (assumendo, così, consistenza di mero interesse legittimo, con conseguente attribuzione del relativo contenzioso al giudice amministrativo).

L'art. 44 del d.lgs. 286/1998 non contiene una specifica previsione circa il riparto di giurisdizione, ma la sua formulazione lascia intendere la volontà del legislatore di concentrare il contenzioso antidiscriminatorio dinanzi al giudice ordinario. L'art. 4 del d.lgs. 215/03 (così come il d.lgs. 216/03) pur facendo salva la giurisdizione del giudice amministrativo per i rapporti del personale pubblico non privatizzato, nulla precisa per le questioni individuate *ratione materiae* e non per la qualità dei soggetti.

cost., 7 aprile 1988, n. 404 e 19 novembre 1991, n. 419), il diritto alla vita (Corte cost., 27 giugno 1996, n. 223 e 10 febbraio 1997, n. 35), il diritto di abbandonare il proprio Paese (Corte cost., 17 giugno 1992, n. 278), il diritto all'identità personale (Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 13, 23 luglio 1996, n. 297, 11 maggio 2001, n. 120, 21 dicembre 2016, n. 286), il diritto al rispetto e alla libera esplicazione della personalità (Corte cost., 30 luglio 1997, n. 283), il diritto alla famiglia (Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278).

6. Chiovenda V., *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, p. 228.

7. Vettori G., voce "Effettività delle tutele, (diritto civile)", in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, X, Milano, 2017, p. 381.

Occorre chiarire in che misura il diritto alla non-discriminazione, nei campi ove il legislatore ne riconosce l'esistenza, sia un diritto autonomo, del tutto indipendente dalla materia sottostante (in tal modo divenendo irrilevante se tale materia appartenga alla giurisdizione del giudice amministrativo od ordinario), ovvero se, e in che misura, tale diritto sia sussidiario rispetto ai diritti o interessi rilevanti nella materia riservata alla giurisdizione esclusiva.

La questione si pone nei casi, numericamente più significativi, nei quali il comportamento discriminatorio si traduca in un atto della pubblica amministrazione – e, dunque, nelle ipotesi di discriminazioni istituzionali che, con riferimento all'accesso ai diritti sociali, costituiscono la quasi totalità delle discriminazioni che giungono nelle aule di giustizia⁸.

Da tempo la Suprema Corte⁹ ha affermato che, qualora la posizione del ricorrente venga prospettata sotto il profilo della violazione del diritto a non essere discriminati (che appartiene al novero dei diritti fondamentali della persona) la giurisdizione spetta al giudice ordinario, indipendentemente dalla natura della posizione soggettiva fatta valere.

Deve ritenersi, infatti, del tutto irrilevante che il comportamento discriminatorio dedotto consista nell'emanazione di un atto amministrativo, posto che l'ordinamento costituzionale (art. 3 Cost.), sovranazionale (Direttive 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2001/73/CE, 2006/54/CE) ed interno (artt. 3 e 4 del d.lgs. n. 215/2003 e art. 44 del d.lgs. n. 286/1998) configurano il diritto a non essere discriminati come un diritto soggettivo assoluto, la cui tutela è espressamente devoluta alla cognizione del giudice ordinario, il quale, valutato il provvedimento censurato, deve, in caso di accertata discriminatorietà, disapplicarlo *incidenter tantum*, adottando i provvedimenti idonei a rimuoverne gli effetti¹⁰.

8. Con ciò intendendo che non tutte le discriminazioni, anche private, riescono ad emergere e, dunque, a tradursi in domande, individuali o collettive, volte a rimuovere gli effetti delle dette discriminazioni.

9. Cfr. Cassazione 7186/2011 in tema di ammissione a concorso pubblico e Cassazione 25011/14 in tema di servizio di sostegno agli alunni disabili.

10. In tal senso, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affermato che: «L'azione proposta in relazione alla denunziata natura ritorsiva del provvedimento con cui un Comune – dopo l'istituzione di un c.d. “bonus bebè” riservato a famiglie con almeno un genitore italiano, ed a seguito di ordine giudiziale di estensione del beneficio anche alle famiglie composte da genitori stranieri – aveva, viceversa, deliberato di revocarlo per tutte le famiglie, sia italiane che straniere, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, sia nella fase cautelare rivolta all'ottenimento di un provvedimento anticipatorio urgente, sia nella successiva fase della cognizione piena, così come previsto nell'art. 44 del d.lgs. n. 286 del 1998, in considerazione del quadro normativo costituzionale (art. 3 Cost.), sovranazionale (Direttiva 2000/43/CE) ed interno (artt. 3 e 4 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 nonché l'art. 44 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) di riferimento, che configura il diritto a non essere discriminati come un diritto soggettivo assoluto; né la giurisdizione può essere negata ai sensi degli artt. 4 e 5 del r.d. n. 2248 del 1865 all. E, in quanto il giudice ordinario è tenuto alla disapplicazione incidentale del provvedimento emesso in violazione del principio di parità ai fini della tutela dei diritti soggettivi controversi, pur non interferendo nella potestà della P.A.» (Cass. SU, ordinanza n. 3670 del 15.2.2011).

Né a diverse conclusioni può giungersi nel caso in cui la materia nella quale si è consumata la lesione del diritto fondamentale alla non discriminazione sia riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹¹. Il diritto a non subire discriminazioni per una ragione vietata può senza dubbio coesistere con un interesse legittimo del privato a che l'attività della pubblica amministrazione sia esercitata in conformità ai principi di imparzialità e buon andamento (in tal modo disegnando una posizione soggettiva sulla quale possono coesistere entrambe le giurisdizioni), ma non può degradare a posizione di interesse legittimo per il sol fatto di insistere su una materia riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, se non nei casi espressamente previsti dalla legge. A differenza di quanto stabilito nell'art. 5 d.lgs. 215/03 (come pure nell'art. 5 d.lgs. 216/03), nulla è stato previsto per le materie di giurisdizione esclusiva, nelle quali il giudice ordinario resta il giudice naturale del diritto a non essere discriminati.

Particolarmente significativo, ancora in punto di giurisdizione, quanto affermato recentemente dalle Sezioni Unite della Corte di legittimità¹², con riferimento al diritto di un alunno disabile alle ore di sostegno scolastico (e dunque, in una materia riconducibile ai pubblici servizi). Nella pronuncia in esame, dopo aver ribadito che le controversie appartenenti alla giurisdizione amministrativa sono solo quelle afferenti alla fase che precede la redazione del piano educativo individualizzato (atteso che in questa fase sussiste ancora, in capo all'amministrazione scolastica, il potere discrezionale di individuazione della misura più adeguata al sostegno) e che, dopo la formalizzazione del piano, la pubblica amministrazione ha un obbligo di garantire il diritto dell'alunno disabile all'istruzione per come pianificata (nella sua concreta articolazione e in relazione alle specifiche necessità dell'alunno stesso), la Corte ha precisato che la giurisdizione non può essere subordinata alla necessità di una deduzione esplicita, nella domanda del ricorrente, di un comportamento discriminatorio dell'amministrazione (come afferma, invece, ma non condizionatamente, il Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2023 del 3 maggio 2017), in quanto in tal modo si finirebbe per affidare al ricorrente la scelta del giudice competente.

Nelle argomentazioni delle Sezioni Unite viene, al contrario, correttamente affermato il principio secondo il quale ciò che radica la giurisdizione del giudice ordinario è proprio la «compressione di un diritto fondamentale alla cui

11. La giurisprudenza di merito si è ripetutamente espressa affermando la giurisdizione del giudice ordinario, anche quando la discriminazione veniva prospettata in settori di giurisdizione esclusiva: si veda Tribunale di Milano, 20.11.2014, che ha condannato la ATM ed il Comune di Milano per il carattere discriminatorio degli ostacoli posti all'accesso ai relativi mezzi per le persone disabili; Tribunale di Roma, ordinanza 22 ottobre 2011, che ha condannato l'ATAC per analoga vicenda; Tribunale di Catania 11 gennaio 2008, in tema di barriere di accesso in un edificio scolastico.

12. Cass. SU 8.10.2019 n. 25101.

tutela il legislatore ha voluto apprestare lo strumento immediato ed efficace del procedimento anti-discriminatorio».

3. Cenni sull'onere della prova

Chi chiede tutela di un diritto deve indicare ed allegare i fatti costitutivi nella loro individualità, atteso che proprio con riguardo a detti fatti – e solo ad essi – si manifesta la facoltà esclusiva dell'attore nella determinazione del contenuto dell'oggetto del processo. La disposizione di cui all'art. 115 c.p.c. – nella parte in cui prevede che «salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal P.M.» – afferma in sostanza che il giudice non è vincolato solo all'allegazione dei fatti compiuta dalle parti, ma anche alle offerte di prova ad opera di queste rispetto ai fatti allegati.

Le peculiarità della materia della discriminazione – peculiarità presenti anche in altri settori dell'ordinamento quali il diritto del lavoro¹³, il diritto alla protezione internazionale, la disciplina del divorzio¹⁴, o le cause nelle quali la legge attribuisce al P.M. poteri analoghi a quelli propri dei soggetti che operano nel processo come parti¹⁵ – giustificano una deroga rispetto al principio dispositivo che ispira l'ordinamento italiano.

L'art. 28 del d.lgs. 150/2001 – che, per disposizione dell'art. 8 *sexies* del d.l. n. 59/2008 contenente disposizioni urgenti per l'attuazione degli obblighi comunitari, ha introdotto un'agevolazione probatoria maggiore di quella originariamente contenuta nel co. 9 dell'art. 44 del d.lgs. 286/1998, che consentiva solo la possibilità per l'istante di offrire elementi presuntivi anche di natura statistica – prevede un'evidente “alleggerimento” del relativo onere. In particolare, la Cassazione (pronunciandosi con riferimento all'art. 40 del d.lgs. n. 198 del 2006 Codice delle Pari Opportunità), che contiene ancora oggi una norma simile al testo originario dell'art. 4 del d.lgs. n. 216 del 2003 (con la sola esclusione del requisito della “gravità” degli indizi), ha affermato che non si tratta di «un'inversione dell'onere probatorio, ma solo (di) un'attenuazione del regime

13. Cfr. l'art. 420, co. 1, c.p.c., che configura come obbligatorio l'interrogatorio libero delle parti, e il successivo art. 421 c.p.c., ove si enuncia che «il giudice può altresì disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di qualsiasi prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile».

14. Cfr. l'art. 5, co. 9, l. 898/1970, a mente del quale, in caso di contestazioni, il Tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria.

15. 7. Cfr. l'art. 2907 c.c. e l'art. 115 c.p.c., fattispecie nelle quali il P.M. è affiancato alle parti nella configurazione in capo ad esso dei poteri di iniziativa, in tutto analoghi a quelli delle parti stesse (Cfr. Vellani M., *Il pubblico ministero nel processo: Il diritto italiano vigente*, vol. II, Bologna, 1970).

probatorio ordinario, prevedendo a carico del soggetto convenuto, in linea con quanto disposto dall'art. 19 della Direttiva CE n. 2006/54 (come interpretato da Corte di giustizia dell'Unione europea 21 luglio 2011, C-104/10), l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, ma ciò solo dopo che il ricorrente abbia fornito al giudice elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, relativi ai comportamenti discriminatori lamentati, purché idonei a fondare, in termini precisi (ossia determinati nella loro realtà storica) e concordanti (ossia fondati su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto), anche se non gravi, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso»¹⁶.

Chi chiede tutela deve offrire elementi idonei a far dedurre l'esistenza della condotta vietata dalla norma, mentre la parte convenuta ha l'onere di dimostrare non soltanto il fatto posto a base dell'eventuale eccezione, ma, in positivo, tutte le circostanze idonee a giustificare il trattamento differenziato o ad escludere l'esistenza stessa di una differenziazione di trattamento (vedi Tribunale di Roma, sez. III lavoro, ord. 21.6.2012).

4. Scelta dei rimedi

Accertata una lesione del diritto alla non discriminazione (nell'accesso ai diritti sociali), occorre esaminare quali rimedi¹⁷ possano essere invocati al fine di ottenere una tutela effettiva.

Nella scelta dei rimedi, il giudice è tenuto al rispetto dei principi posti a presidio delle misure volte all'eliminazione delle discriminazioni, a livello internazionale (art. 5, 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti umani, art. 6 della Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale – CERD –, art. 2 della Convenzione per l'eliminazione della discriminazione contro le donne (CEDAW), art. 45 della Convenzione di Istanbul, art. 13 della Convenzione per i diritti delle persone con disabilità - UNCRPD) ed europeo (artt. 20 e 47 della Carta di Nizza).

Con particolare riferimento alla normativa di diritto derivato, una volta accertata la discriminazione, la pronuncia del giudice deve avere un contenuto tale da rimuovere la discriminazione stessa e ripristinare la parità di trattamento (v. art. 9, Direttiva 2000/43/CE e art. 11, Direttiva 2000/78/CE): il giudice, pertanto, deve scegliere rimedi «effettivi», «proporzionati» e «dissuasivi»¹⁸.

16. Cass. sez. Lavoro 5.6.2013 n. 14206.

17. Per un'analisi che guarda all'uso dei c.d. "rimedi" sul terreno della tutela dei diritti, cfr. di Majo A., *Rimedi e Dintorni*, «Europa e Diritto Privato», 4, 2015.

18. Il paragrafo 35 del preambolo della Direttiva 2006/54/EC prevede *penalties* «effettive, proporzionate e dissuasive»; l'art. 25 introduce la nozione di *penalties*; l'art. 15 della Direttiva 2000/43/EC e l'art. 17 della Directive 2000/78/EC prevedono *sanctions and compensation*.

Nel diritto antidiscriminatorio, il rispetto del principio di effettività si pone in modo del tutto centrale, rivelando la evidente insufficienza di pronunce meramente accertative, anche in ragione delle difficoltà di integrale rimozione degli effetti del comportamento discriminatorio.

L'ordinamento italiano, a differenza di altri Stati membri¹⁹, ha optato per un apparato rimediale di natura civilistica. In particolare l'art. 28 d.lgs. 150/2011 prevede che, con l'ordinanza che definisce il giudizio, il giudice possa condannare il convenuto al risarcimento del danno (anche non patrimoniale), ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottare, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione, nonché ordinare l'adozione di un piano di rimozione: è dunque, espressamente previsto il potere del giudice civile di ordinare un *facere* alla pubblica amministrazione. Al co. 7 della norma in esame è, inoltre, prevista la possibilità di ordinare la pubblicazione del provvedimento su un quotidiano a tiratura nazionale.

Nelle discriminazioni che si traducono in una preclusione nell'accesso ai diritti sociali, particolarmente importante appare il rimedio costituito nell'ordine di *facere*, o di *non facere*, al soggetto discriminante, sia esso pubblico o privato.

4.1. *Il risarcimento dei danni*

Nelle ipotesi in cui una tutela specifica, effettiva ed integralmente soddisfacente non sia possibile – ed in una situazione, dunque, nella quale la persona discriminata non può essere posta esattamente nella stessa posizione in cui si sarebbe trovata se l'atto o il comportamento discriminatorio non fosse stato adottato – si apre la strada del risarcimento dei danni.

In presenza di un'accertata discriminazione, l'attore che agisce in giudizio chiedendo anche il risarcimento del danno, patrimoniale e non patrimoniale, dovrà, secondo il generale principio dell'onere della prova (art. 2697 c.c.), provare l'esistenza del dedotto danno e l'entità dello stesso.

Molte delle pronunce che hanno riconosciuto un *danno patrimoniale* ai soggetti discriminati nell'accesso ai diritti sociali, hanno liquidato il danno

19. Per un'interessante analisi dei rimedi scelti dagli Stati europei, nonché per un esame della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e di alcuni Stati membri sulle diverse fattispecie di discriminazione, cfr. IUE, *Module 6 - Non discrimination*, Consultabile al *ACTIONES Handbook on the Technique of Judicial Interactions in the Application of the EU Charter*, Centre of Judicial Cooperation, seguente link http://unbr.ro/wp-content/uploads/2017/06/EN_ACTIONES%E2%80%93NON-DISCRIMINATION_MANUAL.pdf.

con riferimento al pagamento della prestazione sociale dovuta, così ritenendo che, attraverso la corresponsione della prestazione negata, sarebbero stati rimossi gli effetti negativi della condotta antidiscriminatoria.

In tal senso, le pronunce in esame, tutte aventi ad oggetto discriminazioni istituzionali, hanno condannato la pubblica amministrazione convenuta ad erogare al soggetto discriminato il *bonus* famiglia riservato alle famiglie con ISEE inferiore a euro 20.000 e con attestazione di vulnerabilità da parte dei servizi sociali del Comune²⁰, l'assegno di maternità *ex art.* 74 d.lgs. 151/2001 alle madri cittadine *extra* UE titolari di permesso per motivi familiari²¹, l'assegno per il nucleo familiare di cui all'art. 2, l. 153/1988²², il premio alla nascita di cui all'art. 1, co. 353, l. 232/2016²³, il *bonus* bebè di cui all'art. 1, co. 125, l. 190/2014²⁴.

La lesione del diritto della persona alla parità di trattamento, come detto diritto fondamentale di rilievo costituzionale primario ed assoluto, a prescindere dal bene della vita rispetto al quale si è verificata l'esclusione (bene della vita che potrebbe riguardare diritti diversi da quelli costituzionalmente tutelati), all'esito dell'esame del filtro di gravità della lesione e serietà del danno²⁵, dà luogo altresì al risarcimento del danno non patrimoniale.

Un atto o un comportamento che precluda o limiti, in violazione del principio di eguaglianza, il diritto sociale legato ai bisogni fondamentali della persona, quali il diritto alla salute, all'assistenza sociale, all'istruzione e al lavoro, si traduce in una lesione dei diritti di cui agli artt. 2 e 3 della Cost., che giustifica il riconoscimento del danno non patrimoniale.

Si richiamano in proposito i principi enunciati dalla Corte di cassazione (Cass. SU nn. 26972/08, 26973/08, 26974/08, 26975/08), secondo cui il danno non patrimoniale «anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza (Cass. n. 8827 e 8828/03, n. 16004/03) che deve essere allegato e provato».

Orbene, attesa la natura del pregiudizio arrecato ad interessi di natura non economica aventi rilevanza sociale patito dal soggetto diffamato, la prova del

20. Tribunale di Bergamo, ord. 21 agosto 2019.

21. Tribunale di Torino, ord. 28 maggio 2019 e Tribunale di Padova, sentenza n. 123 del 12 febbraio 2019.

22. Tribunale di Pavia, 6.6.2018.

23. Tribunale di Venezia, 25.5.2018, Tribunale di Treviso, 8.3.2018 e Tribunale di Venezia, 9.3.2018.

24. Tribunale di Mantova, 10.3.2018 e Tribunale di Bergamo, 2.3.2018.

25. Condizione di risarcibilità di tale tipo di danno non patrimoniale è che esso varchi la soglia della gravità dell'offesa secondo i canoni delineati dagli arresti della Corte di legittimità (Cass. SU 26972/2008 e Cass. 26975/2008) con i quali è stato affermato che il diritto leso, per essere oggetto di tutela risarcitoria, deve essere inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità, da determinarsi dal giudice nel bilanciamento con il principio di solidarietà secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico.

danno si risolve nella dimostrazione di due condizioni, e cioè l'esistenza di un fatto produttivo di un pregiudizio ingiusto (nel caso in esame, la violazione del diritto alla non discriminazione nell'accesso ai diritti sociali), e l'idoneità del medesimo ad ingenerare conseguenze di tipo tanto morale, quanto relazionali, nella sfera personale del soggetto leso.

Tale secondo presupposto può ritenersi integrato anche sulla base di presunzioni semplici. Costituendo un mezzo di prova di rango non inferiore agli altri, in quanto di grado non subordinato nella gerarchia dei mezzi di prova e dunque non "più debole" della prova diretta o rappresentativa, ben possono le presunzioni assurgere anche ad unica fonte di convincimento del giudice (v. Cass., Sez., Un., 11.11.2008, n. 26972; Cass., Sez., Un., 24.3.2006, n. 6572, Cass., 12.6.2006, n. 13546, Cass., 6.7.2002, n. 9834), costituendo una "prova completa", sulla quale può anche unicamente fondarsi il convincimento del giudice (v. Cass., 12.6.2006, n. 13546), in un rapporto di proporzionalità inversa tra la gravità della lesione e la situazione giuridica lesa²⁶.

Con riferimento al danno non patrimoniale invocato dagli enti collettivi ricorrenti, non pare inutile ricordare che la Suprema Corte ha più volte ribadito che anche nei confronti delle persone giuridiche ed in genere degli enti collettivi è configurabile il risarcimento del danno non patrimoniale, ex art. 2059 c.c., comprensivo di qualsiasi conseguenza pregiudizievole della lesione dei diritti immateriali della personalità, compatibile con l'assenza di fisicità e costituzionalmente protetti, quali sono il diritto al nome, all'identità e all'immagine dell'ente²⁷.

Così adempiuto l'onere probatorio, spetta poi al giudice la concreta liquidazione del pregiudizio subito.

In primo luogo si osserva come, nel caso in esame, debba trovare applicazione il disposto dell'art. 1226 c.c.²⁸ La liquidazione equitativa del danno, infatti, presuppone la sussistenza di tre condizioni: 1) il concreto accertamento dell'ontologica esistenza di un danno risarcibile (natura sussidiaria della liquidazione equitativa); 2) l'impossibilità – o rilevante difficoltà – di una stima esatta del danno; 3) la non riconducibilità della predetta impossibilità all'inerzia della parte gravata dell'onere della prova (natura non sostitutiva della liquidazione equitativa: cfr. Cass. 20990 del 12.10.2011).

Ritenute rispettate le tre condizioni, il giudice deve procedere alla liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, indicando gli specifici elementi considerati per addivenire alla sua quantificazione.

26. Per un riferimento al criterio della proporzionalità nelle presunzioni semplici, cfr. Cass. 7248/2018.

27. Tra le altre, Cass., 4 giugno 2007, n. 12929; Cass., 25 luglio 2013, n. 18082; Cass., 1 ottobre 2013, n. 22396; Cass., 16 novembre 2015, n. 23401.

28. L'art. 1226 c.c. (rubricato "Valutazione equitativa del danno") stabilisce che «se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa».

A tal fine, potranno essere considerati i seguenti elementi: la tipologia di atto o comportamento posta in essere dal soggetto discriminante; la specifica condotta degli autori (con particolare riferimento, ad esempio, alla natura ritorsiva dell'atto discriminatorio); la natura privata o istituzionale della discriminazione e il ruolo ricoperto dall'autore della discriminazione (ad esempio il datore di lavoro, il rappresentante di un partito politico, ecc.); lo strumento utilizzato per compiere la discriminazione (ad esempio, una delibera di Giunta, un articolo di giornale, un manifesto pubblicitario ecc.); le caratteristiche personali del danneggiato; le conseguenze sulla vita privata della parte lesa.

Considerati i predetti elementi, il giudice deve poi procedere alla quantificazione dei danni in ossequio ai principi di effettività, proporzionalità e dissuasività.

Sebbene non possa negarsi un carattere (anche) "punitivo" dei danni nella materia in esame, peraltro recentemente ricordato anche dalle Sezioni Unite²⁹ (che hanno ascritto espressamente alla categoria di tali danni anche quelli da violazione di norme in materia di diritto discriminatorio), mette conto ricordare che, per quanto riguarda i ricorsi collettivi, nella Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo sull'applicazione della raccomandazione della Commissione, dell'11 giugno 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione, la Commissione, al punto 2.3.4, invita a proibire risarcimenti "punitivi" nonché altri importi accordati che eccedano il risarcimento che sarebbe stato ottenuto in un'azione individuale³⁰.

Orbene, nonostante la già ricordata lesione di diritti costituzionalmente protetti – e, dunque, la astratta configurabilità di danni non patrimoniali, sia per i singoli che per gli enti collettivi – ancora poche sono le decisioni che

29. Cass. 16601/2017.

30. Nel paragrafo in esame si legge: «Solo tre Stati membri ammettono qualche forma di risarcimento "punitivo", benché in misura molto limitata. EL ad esempio applica qualche forma di risarcimento simile al risarcimento "punitivo" sotto forma di risarcimento pecuniario per danni morali in azioni rappresentative riguardanti i consumatori. In IE il recupero di un risarcimento "punitivo" è generalmente raro e solitamente limitato a motivi di ordine pubblico. Infine in UK (Inghilterra e Galles) il risarcimento "punitivo" è disponibile in circostanze molto rare in cui il convenuto doveva essere consapevole di agire in modo illecito e aver perseguito la propria condotta auspicando che il suo guadagno avrebbe superato qualsiasi risarcimento che sarebbe stato accordato alle vittime della sua condotta. Tuttavia il risarcimento "punitivo" non è disponibile nei meccanismi sulla concorrenza introdotti dalla Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust del 2014 dopo l'adozione della raccomandazione. Si può concludere che la maggior parte degli Stati membri non ha accordato risarcimenti "punitivi" in situazioni di danno collettivo in conseguenza dell'approccio generale adottato sulla base di un principio di una lunga tradizione negli ordinamenti di diritto civile degli Stati membri».

hanno riconosciuto tale tipologia di danno e, soprattutto, molto contenuta l'entità dei risarcimenti liquidati.

Meritano di essere ricordate le pronunce del Tribunale di Milano (ordinanza del 22.7.2008) che ha riconosciuto al somma di euro 250,00 a titolo di danno non patrimoniale da discriminazione, in relazione ad un'ordinanza di divieto di iscrizione alla scuola materna per i figli extracomunitari privi di permesso di soggiorno, e del Tribunale di Roma (ordinanza del 16.7.2008)³¹ che ha liquidato la somma di euro 5.000,00 per un rifiuto di servire la consumazione ad un cliente extracomunitario³². Più di recente, con riferimento alla previsione di cui all'art. 1, co. 1 del d.p.c.m. 174/1994 (secondo cui tutti i posti appartenenti al ruolo civile del Ministero della giustizia richiedono il requisito della cittadinanza, escludendo così i cittadini UE e i cittadini di Paesi terzi di cui all'art. 38 del d.lgs. 165/2001) – ritenuta incompatibile con la giurisprudenza comunitaria che, prevedendo l'esercizio abituale e non occasionale di pubblici poteri ai fini dell'applicabilità della riserva di nazionalità, implica una valutazione concreta delle mansioni esercitate – il Tribunale di Firenze³³ ha previsto il risarcimento del pregiudizio non patrimoniale, legalmente tutelato, alla parità di trattamento nell'accesso alla procedura concorsuale; ed espressamente richiamando i canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità, dissuasività, ha considerato la necessaria valenza sanzionatoria, l'ampia platea dei potenziali discriminati, il profilo professionale ed il numero dei posti oggetto del bando, per giungere poi alla liquidazione equitativa di euro 30.000,00.

4.2. *Il piano di rimozione*

Attraverso il piano di rimozione (previsto dal citato art. 28 del d.lgs. 150/2001 per le discriminazioni collettive ed individuali, con un'evidente funzione preventiva, e dall'art. 37 del d.lgs. 198/2006 per le sole discriminazioni collettive, con una funzione anche ripristinatoria), il giudice può ordinare alle pubbliche amministrazioni (nelle ipotesi delle discriminazioni istituzionali) – salvo il divieto di sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio di potestà pubblicistiche – od ai privati, di porre in essere misure positive (ovvero di astenersi dal richiedere requisiti che si traducono nella preclusione nell'accesso a determinati diritti sociali) idonee a rimuovere gli effetti della discriminazione, in tal modo realizzando una tutela effettiva del diritto fondamentale leso. Il contenuto di tali piani di rimozione è spesso duplice, contenendo, infatti,

31. «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2010, p. 157.

32. Vedi, anche per una rassegna di giurisprudenza, Guariso A., "I provvedimenti del Giudice", in Barbera M. (a cura di), *Il Nuovo Diritto Antidiscriminatorio*, Giuffrè Editore, 2007.

33. Tribunale di Firenze, ord. del 26 giugno 2018.

disposizioni che (guardando al passato), tendono alla definitiva eliminazione delle conseguenze già verificatesi, e previsioni che, (guardando al futuro) sono dirette ad evitare il ripetersi di dette discriminazioni, nonché a prevenire (nel caso del soggetto collettivo) effetti pregiudizievoli per soggetti non ancora individuati.

Nell'ultimo anno, in seguito alle modifiche introdotte dal d.l. 4.10.2018 n. 113, convertito nella legge 1.12.2018 n. 132 – che ha previsto che *il permesso di soggiorno per richiedenti protezione internazionale non costituisca più titolo per l'iscrizione anagrafica ai sensi del d.p.r. n. 223/1989 e dell'art. 6, co. 7, d.lgs. n. 286/1998* – sono state proposte numerose azioni antidiscriminatorie, anche in sede cautelare, volte ad ottenere l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo (iscrizione che si pone come propedeutica al futuro accesso ai diritti sociali). La mancata iscrizione anagrafica, infatti, comporta un immediato – e non meramente ipotetico o futuro – nocumento in capo al ricorrente laddove esclude a priori il computo del periodo trascorso come richiedente asilo (periodo che può estendersi ben al di là dei sei mesi per cui viene inizialmente rilasciato il permesso di soggiorno in questione) al fine dell'esercizio di tutti quei diritti che sono collegati alla durata della residenza. Numerose le decisioni di accoglimento³⁴ che, alla luce del quadro normativo, costituzionale ed eurounitario di riferimento, hanno ritenuto che, dall'intervento normativo di cui al d.l. n. 113/2018, non potesse desumersi, se non illegittimamente, l'esistenza di un generale divieto di iscrizione anagrafica per il richiedente asilo, e che la novella limitasse i suoi (già pregiudizievoli) effetti alla sola abrogazione della modalità semplificata di iscrizione all'anagrafe per i richiedenti asilo prevista dall'art. 5 *bis* d.lgs. 142/2015, introdotto dalla l. n. 46/2017.

Sulla base di tale lettura, costituzionalmente orientata, della normativa *de qua*³⁵, è stato conseguentemente ordinato ai Comuni resistenti, sul piano dei rimedi, l'immediata iscrizione del ricorrente richiedente asilo nel registro anagrafico della popolazione residente.

Tra i più recenti provvedimenti, merita, inoltre, di essere ricordata la significativa decisione del Tribunale di Bergamo (21.8.2019) che – dopo aver affermato come costituisca discriminazione indiretta in danno degli stranieri la previsione, da parte della Regione Lombardia, del requisito di 5 anni di residenza nella Regione per entrambi i genitori al fine della attribuzione di un *bonus* famiglia riservato alle famiglie con ISEE inferiore a euro 20.000 e con attestazione di vulnerabilità da parte dei servizi sociali del Comune – ha con-

34. In tal senso Tribunale di Firenze, ord. 18 marzo 2019; Tribunale di Bologna, ord. 2 maggio 2019; Tribunale di Genova, ord. 20 maggio 2019.

35. Ad una soluzione diversa, invece, è giunto il Tribunale di Milano che, ritenendo non percorribile la strada dall'interpretazione costituzionalmente orientata, ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità 4, co. 1 *bis*, d.lgs. n. 142/2015, come introdotto dall'art. 13, co. 1, lett. a), n. 2, d.l. n. 113/2018, convertito nella legge n. 132/2018 (ordinanza del 1.8.2019).

dannato l'Ente territoriale ad abolire il predetto requisito e riaprire i termini per l'accesso alla prestazione.

Ancora, il Tribunale di Milano (27.3.2019), prendendo in esame una delibera di Giunta del Comune di Vigevano, ha affermato che costituisce discriminazione diretta la previsione, ai fini dell'accesso alle prestazioni sociali agevolate da parte di cittadino *extra* UE, dell'obbligo di presentazione non solo del modello ISEE (al pari del cittadino italiano), ma anche di «certificati o attestazioni rilasciati dalla competente autorità dello Stato estero, legalizzati dalle autorità consolari italiane e corredati di traduzione in lingua italiana, di cui l'autorità consolare italiana attesta la conformità all'originale, fatte salve le diverse disposizioni contenute nelle convenzioni internazionali in vigore in Italia». Il giudice ha conseguentemente ordinato al Comune di revocare o modificare la delibera in modo da consentire ai cittadini di Paesi *extra* UE di accedere a prestazioni sociali agevolate, mediante presentazione dell'ISEE alle medesime condizioni previste per i cittadini italiani³⁶.

A sua volta, il Tribunale di Torino (12.6.2018) – chiamato ad occuparsi di una discriminazione attuata attraverso le previsioni di un Avviso pubblico per la selezione di personale esterno per il profilo di mediatore culturale che limitava l'accesso ai soli cittadini italiani e ai soggetti individuati dall'art. 38 del d.lgs. 165/2001 – ha condannato l'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord a sospendere la selezione, a fissare un nuovo termine per la presentazione delle domande ed a modificare l'Avviso pubblico, così da consentire la partecipazione a tutti i cittadini di Paesi terzi in possesso di un titolo di soggiorno che consenta l'accesso al lavoro.

L'ordine di compiere azioni positive, volte alla definitiva eliminazione delle conseguenze della discriminazione (nonché alla prevenzione degli effetti di quest'ultima ai danni di soggetti non ancora definitivamente individuati), contenuto in un piano di rimozione, presenta, com'è evidente, problemi relativi alla possibilità di verificare l'attuazione del predetto piano. La fase della sua esecuzione, infatti, rappresenta il banco di prova più delicato per verificare l'effettività della tutela riconosciuta nel procedimento giudiziale (e la sua idoneità, pertanto, a garantire il diritto all'eguaglianza violato).

Per contribuire a garantire l'esecuzione del piano di rimozione, il giudice può ricorrere al meccanismo di applicazione generale delle misure coercitive

36. Ad analoghe conclusioni è giunto ancora il Tribunale di Milano (13.12.2018), affermando che costituisce discriminazione la condotta di una amministrazione locale che, modificando il proprio regolamento, pretenda che i cittadini non-UE debbano produrre, per accedere a dette prestazioni, la certificazione asseverata rilasciata dalla competente autorità dello Stato estero, resa ai sensi dell'art. 3 d.p.r. 445/2000, che attesti l'assenza di redditi e proprietà nello Stato estero di provenienza. Il Tribunale ha, pertanto, condannato il Comune a modificare il predetto Regolamento in modo da consentire ai cittadini non UE di presentare la domanda di accesso a prestazioni sociali agevolate mediante la presentazione dell'ISEE alle stesse condizioni previste per i cittadini italiani e UE.

indirette per le ipotesi di violazione di obblighi di fare infungibili e di non fare, di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.³⁷. Al riguardo, si rileva come la misura prevista dalla richiamata norma sia funzionale, innanzitutto, a favorire la conformazione a diritto della condotta della parte inadempiente – e di qui ad evitare la produzione del danno – ovvero a ridurre l'entità del possibile pregiudizio, assicurando l'esigenza di garantire un serio ristoro di fronte al perdurare dell'inadempimento ad un obbligo di fare (o di non fare) infungibile. Ai fini della quantificazione della misura pecuniaria, occorrerà tenere conto della gravità dell'inadempimento, del valore della controversia, della natura della prestazione, delle situazioni giuridiche soggettive lese, dell'entità del danno e delle altre circostanze, oggettive e soggettive, del caso concreto.

5. Le azioni collettive. In particolare la legittimazione attiva e l'interesse ad agire

Nel caso comportamenti o atti discriminatori, la legittimazione ad agire spetta innanzitutto, ai sensi dell'art. 44 del Testo Unico sull'immigrazione, come modificato dall'art. 28 del d.lgs. 150/2011, al soggetto che ha subito la discriminazione, il quale ha l'opportunità di presentare anche personalmente il ricorso e di stare in giudizio anche senza l'assistenza di un difensore.

Le peculiarità del contenzioso antidiscriminatorio, l'assenza di una condizione di parità delle armi tra le parti in causa, l'esigenza collettiva di eliminare l'atto discriminatorio prima ancora che si produca il danno a carico delle vittime potenziali, l'irrilevanza dell'esistenza di un denunciante identificabile³⁸, le innegabili difficoltà legate alla prova della discriminazione e l'esigenza di garantire un rimedio effettivo, costituiscono solo alcune delle ragioni che hanno portato a riconoscere la possibilità di una tutela collettiva.

In particolare, le Direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE, dopo aver previsto e tutelato il diritto all'accesso individuale a «tutte le persone che si ritengono lese in seguito alla mancata applicazione nei loro confronti del principio di parità di trattamento [...] a procedure giurisdizionali e/o amministrative»³⁹,

37. L'applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. incontra, però, il limite dei rapporti di lavoro.

38. Cfr. sul punto Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Feryn*, laddove afferma che il fatto che la Direttiva sia applicabile anche in assenza di un denunciante identificabile attiene alla nozione di discriminazione. Nella medesima pronuncia si afferma, inoltre, che il potere di agire in giudizio per contrastare discriminazioni etnicamente connotate in mancanza di denunciati identificabili sia indubbiamente riconoscibile agli organismi collettivi dai legislatori nazionali, data la facoltà degli Stati membri di superare le «prescrizioni minime» comunitarie con «disposizioni più favorevoli», sancita dall'art. 6 della Direttiva.

39. Così all'articolo 7, co. 1, della Direttiva 2000/43/CE e all'articolo 9, co. 1, della Direttiva 2000/78/CE.

stabilisce che gli Stati consentano ad «associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche [...] di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla presente Direttiva»⁴⁰.

L'ordinamento nazionale, oltre ad un intervento *ad adiuvandum* del ricorrente ai sensi dell'art. 5 co. 1 del d.lgs. n. 215/2003, in forza di delega del soggetto passivo della discriminazione ove l'interesse leso sia quello individuale, prevede anche l'azione a tutela dell'interesse collettivo, ai sensi del successivo co., da parte delle associazioni che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni, inseriti in apposito elenco presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Il co. 3 cit. espressamente prevede la legittimazione ad agire delle associazioni ed enti menzionati «nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione», così fondando la legittimazione propria dell'ente esponenziale dell'interesse collettivo in ragione dello scopo che si prefigge, operando nel campo della lotta alle discriminazioni e della parità di trattamento. Ciò che caratterizza l'azione antidiscriminatoria collettiva è la lesione degli interessi del gruppo cui appartengono i soggetti vittima della condotta discriminatoria, la cui individualità soggettiva è irrilevante, essendo la condotta discriminatoria potenzialmente lesiva del diritto del singolo mediante la sua appartenenza al gruppo.

Con specifico riferimento alle discriminazioni nell'accesso ai diritti sociali, la progressiva formazione di “un settore di diritto degli stranieri” – e dunque di un diritto reso peculiare in ragione dell'appartenenza del titolare del diritto ad una nazionalità diversa da quella del cittadino di uno stato membro dell'Unione europea – rende centrale la questione relativa alla legittimazione ad agire in capo agli enti collettivi per discriminazioni legate al fattore della nazionalità e cittadinanza⁴¹.

La questione nasce dalla previsione dell'art. 3 del citato decreto legislativo che, in applicazione di quanto previsto dalla Direttiva 2000/43, esclude dal proprio campo di applicazione le differenze di trattamento basate sulla nazionalità⁴².

40. Così all'articolo 7, co. 2, della Direttiva 2000/43/CE e all'articolo 9, co. 2, della Direttiva 2000/78/CE.

41. Cfr. Rivero R., *Sulla legittimazione ad agire per le discriminazioni collettive afferenti al fattore della nazionalità*, «Questione giustizia», 2 novembre 2017, consultabile al seguente link http://questionegiustizia.it/articolo/sulla-legittimazione-ad-agire-per-le-discriminazioni-collettive-afferenti-al-fattore-della-nazionalita_02-11-2017.php.

42. Il testo dell'art. 3, co. 2 d.lgs. 215/03 stabilisce: «Il presente decreto legislativo non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni nazionali e le condizioni relative all'ingresso, al soggiorno, all'accesso all'occupazione, all'assistenza e alla previdenza dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi nel territorio

I limiti del presente contributo non consentono una disamina analitica delle numerose ragioni che hanno portato la giurisprudenza di merito maggioritaria a concludere che le discriminazioni per nazionalità debbano avere tutela, anche processuale, analoga a quelle per origine etnica e che, dunque, la legittimazione attiva attribuita dal d.lgs. 215/03 deve valere anche per i casi di discriminazione collettiva dello “straniero” previsti dagli artt. 43 e 44 TU⁴³.

La Suprema Corte, con le sentenze n. 11165 e n. 11166 dell’8.5.2017, entrambe aventi ad oggetto l’assegno per nucleo familiare numeroso (ANF) di cui all’art. 65 l. 448/1998, ha rigettato il ricorso dell’INPS avverso la sentenza del 22 maggio 2015 della Corte d’appello di Milano definitivamente chiarendo che, in materia di discriminazione, la legittimazione attiva dei soggetti coinvolti costituisce una regola generale, e che, se il fattore discriminatorio costituito dalla nazionalità è vietato in ogni campo della vita sociale e ha una pari disciplina sostanziale, non può avere una disciplina processuale diversa dagli altri fattori. Nelle pronunce in esame si afferma che il mancato conferimento della legittimazione ad agire in capo ad un ente esponenziale in caso di discriminazione per nazionalità susciterebbe evidenti dubbi di costituzionalità (ai sensi degli artt. 3 e 24 Cost.):

- con riferimento alle differenze di trattamento processuale che verrebbero introdotte (senza ragionevole giustificazione) tra fattori di discriminazione che godono di eguale protezione nell’ordinamento (ai sensi dell’art. 43 TU, d.lgs. n. 215/2003, d.lgs. n. 216/2003 e d.lgs. n. 198/2006);
- rispetto al fatto che il medesimo fattore della nazionalità rileverebbe diversamente, rispetto alla legittimazione ad agire, se la discriminazione collettiva fosse commessa ai danni di cittadini UE (in base alla Direttiva n. 2014/54) oppure in ambito lavorativo ai danni degli stessi cittadini non comunitari;

dello Stato, né qualsiasi trattamento, adottato in base alla legge, derivante dalla condizione giuridica dei predetti soggetti». La formulazione è, quindi, ulteriormente restrittiva rispetto all’art. 3, co. 2 della Direttiva 2000/43 che è il seguente: «La presente Direttiva non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all’ingresso e alla residenza di cittadini di Paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei Paesi terzi o degli apolidi interessati».

43. Cfr., tra le tante, Tribunale di Bergamo, sez. Lavoro, 28 novembre 2009; Tribunale di Bergamo, sez. Lavoro, 17 Maggio 2010; Tribunale di Milano, 1 agosto 2009; Tribunale Brescia, 19 gennaio 2010; Tribunale di Milano, sez. Lav. 26 luglio 2010; Tribunale di Milano, sez. I, 2 maggio 2011; Tribunale di Brescia, 12 giugno 2012; Tribunale di Milano, 22 febbraio 2017. Più di recente, in senso opposto, il Tribunale di Firenze, con ordinanza del 21 giugno 2017, ha invece opinato che l’art. 3 del d.lgs. n. 215/2003, che al co. 1 riconosce la legittimazione collettiva (rinviando all’art. 4), escluda al co. 2 dal proprio “ambito di applicazione” le differenze di trattamento basate sulla nazionalità; ripetendo sul punto quanto previsto dalla Direttiva comunitaria (art. 3, Direttiva n. 2000/43/CE), di cui costituisce attuazione.

- con riferimento all’art. 117 Cost., in relazione alla CEDU, in quanto il diritto al giusto processo (previsto dall’art. 6) verrebbe diversamente garantito a seconda dei differenti fattori di discriminazione che risultano vietati nell’art. 14 (e nei quali vi è incluso quello relativo all’origine nazionale)⁴⁴.

Non riconoscere una legittimazione attiva agli enti collettivi per il fattore nazionalità comporterebbe, inoltre, come affermato anche dalla Suprema Corte nelle pronunce appena richiamate, *una lesione del principio di equivalenza*.

Il rispetto di tale principio, infatti, presuppone che la norma nazionale si applichi indistintamente ai procedimenti fondati sul diritto dell’Unione e a quelli fondati sul diritto nazionale (v., in tal senso, sentenza del 28 gennaio 2015, *ÖBB Personenverkehr*, causa C-417/13, punto 74). La norma interna, in altri termini, deve garantire un eguale trattamento processuale a situazioni giuridiche che, pur se di analogo contenuto sostanziale, traggano la loro origine da ordinamenti differenti. Al fine di verificare se il principio di equivalenza sia rispettato, spetta al giudice nazionale, unico a disporre di conoscenza diretta delle modalità procedurali dei ricorsi nell’ambito dell’ordinamento nazionale, accertare se le dette modalità dirette a garantire, nell’ordinamento interno, la tutela dei diritti derivanti ai singoli dal diritto comunitario siano conformi a tale principio ed esaminare tanto l’oggetto quanto gli elementi essenziali dei ricorsi di natura interna con i quali si asserisce che sussista un’analogia (sentenza del 1.12.1998, *Levez*, causa C-326/96, punti 39 e 43; del 16.5.2000, *Preston e a.*, causa C-78/98, punto 49).

Nella verifica in esame, atteso che, per analoghe situazioni disciplinate solo dal diritto interno⁴⁵, l’ordinamento disciplina l’ipotesi della discriminazione collettiva e attribuisce la legittimazione attiva a soggetti collettivi, non si vede come possa ritenersi rispettato il principio di equivalenza in caso di mancato

44. In seguito, la Corte di giustizia dell’Unione europea, con sentenza 21 giugno 2017 (caso C-448/16), ha affermato, in sede di pronuncia pregiudiziale su rinvio della Corte d’appello di Genova, l’obbligo dell’Italia di riconoscere l’assegno per famiglie numerose previsto dall’articolo 65 legge 488/98 (80 euro al mese fino al compimento dei 18 anni) a tutti i cittadini titolari di un permesso di soggiorno (Direttiva UE n. 2011/98 come il permesso per famiglia o quello per lavoro) che consente di lavorare, affermando che essi hanno diritto alla parità di trattamento per l’accesso alle prestazioni “di sicurezza sociale” previste dal regolamento CE n. 883/04.

45. Per la repressione di comportamenti discriminatori per ragioni di razza o di origine etnica; per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro nell’ambito dei luoghi di lavoro (all’art. 4, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216); per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni (a mente dell’art. 4 di cui alla legge 1 marzo 2006, n. 6); per la repressione delle condotte discriminatorie per ragioni di sesso nell’accesso a beni e servizi e loro fornitura (art. 55 *quinquies*, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198); in base al codice delle pari opportunità tra uomo e donna (art. 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246); per discriminazioni di qualsiasi tipo anche fondate sulla nazionalità ai sensi dell’art. 44, co. 10 TU nell’ipotesi in cui vengano commesse dal datore di lavoro; in base all’art. 28 dello Statuto, in ipotesi di comportamenti discriminatori plurioffensivi.

riconoscimento di tali forme di tutela per le discriminazioni per motivi di nazionalità.

Proprio il rispetto del principio di equivalenza, peraltro, preclude la possibilità di disegnare un sistema di diritto speciale degli stranieri⁴⁶ ed impone, al contrario, un'attenta valutazione della possibilità di garantire un eguale trattamento processuale a situazioni di contenuto analogo, diverse solo per la nazionalità del soggetto che invoca tutela. L'accertamento del carattere discriminatorio dell'esclusione nell'accesso ai diritti sociali – la cui privazione, attenendo a beni essenziali quali l'accesso al lavoro, alla casa, alla scuola, all'assegno per i nuclei familiari, al matrimonio, agli atti dello stato civile, alla cittadinanza, ecc. incide direttamente sulla dignità della persona – richiede l'attivazione dei poteri doveri del giudice, volti all'individuazione di un sistema di tutele effettivo, dissuasivo e proporzionato, nel rispetto dei principi costituzionali e sovranazionali.

46. Sistema speciale cui fa espresso riferimento la sentenza della Corte di cassazione 13.12.2018 n. 32319, chiamata a pronunciarsi sulle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 35 *bis*, co. 13, del d.lgs. n. 25 del 2008, per violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui dispongono che la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato emesso dalla Commissione territoriale viene meno se con decreto, anche non definitivo, il ricorso è rigettato dal Tribunale, senza necessità di attendere l'esito del ricorso per cassazione. Nella detta pronuncia si legge: «All'ipotizzato parallelismo tra le due disposizioni si oppone tuttavia la diversità dei rispettivi ambiti applicativi, operando l'art. 35 *bis* in un sistema speciale, qual è quello della “politica nazionale in tema di immigrazione”, nel quale il legislatore ordinario ha “un'ampia discrezionalità” (Corte cost. n. 172/2012, n. 250/2010, n. 148/2008, 353/1997), come la ha nella disciplina degli istituti processuali, e dove vi è l'esigenza di celere attuazione delle decisioni giurisdizionali».

Capitolo IV

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

L'Europa a due libertà. L'impatto della Direttiva rimpatri sulla politica italiana di trattenimento ed espulsione degli stranieri

di *Maurizio Veglio**

«Se vogliamo che tutto rimanga come è,
bisogna che tutto cambi»¹.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Lo Stato che abbaia al vento. – 3. In direzione ostinata e contraria. – 4. Un capolavoro di circolare. – 5. Il bisturi di Lussemburgo. – 6. Perché tutto resti come prima. – 7. Gli ospiti in galera. – 8. La rivoluzione sterilizzata. – 9. Il futuro a tinte fosche.

1. Introduzione

Non è un caso se è stata ribattezzata la “Direttiva della vergogna”. La Direttiva 2008/115/CE, “*recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*”², nientemeno che la pietra angolare della politica europea sull’immigrazione, è stata oggetto di critiche feroci. Una stortura su tutte: la possibilità di trattenere in via amministrativa uno straniero fino a 18 mesi, facoltà estesa anche nei confronti dei minorenni, accompagnati o meno.

È difficile immaginare come un testo che muove da tali premesse abbia potuto contribuire al miglioramento nella normativa nazionale in tema di immigrazione. Eppure questo è l’esempio italiano.

2. Lo Stato che abbaia al vento

Alla scadenza del termine per il recepimento della Direttiva rimpatri, il 24 dicembre 2010, le scosse che preannunciano il terremoto imminente sul

* Avvocato del foro di Torino, lecturer presso l’International University College.

1. Tomasi di Lampedusa G., *Il Gattopardo*, Feltrinelli.

2. Di seguito Direttiva rimpatri.

Testo Unico sull'Immigrazione (TU)³ si moltiplicano. La disciplina nazionale, irrigidita dalle modifiche introdotte dalla c.d. Bossi-Fini⁴, prevede rigidi criteri di automatismo espulsivo, secondo i quali all'accertamento dell'irregolarità del soggiorno deve necessariamente conseguire l'allontanamento dello straniero. Incaricato dell'esecuzione della misura, che può essere disposta dall'autorità amministrativa (Prefetto o Ministero dell'interno) o giudiziaria, è il Questore territorialmente competente, il quale è tenuto ad accompagnare *sempre* lo straniero alla frontiera a mezzo della forza pubblica. Unica eccezione è l'ipotesi di chi non chieda il rinnovo del proprio titolo di soggiorno entro i 60 giorni dalla scadenza, al quale viene intimato l'allontanamento dal territorio nazionale entro 15 giorni salvo «il concreto pericolo che quest'ultimo si sottragga all'esecuzione del provvedimento».

Qualora l'accompagnamento immediato non sia possibile – vale a dire nella pressoché totalità dei casi – il Questore dispone il trattenimento dello straniero presso un C.I.E. (Centro di identificazione ed espulsione)⁵ fino a 180 giorni. Se nemmeno tale misura è possibile o si rivela infruttuosa, allo straniero viene ordinato di lasciare il territorio nazionale entro 5 giorni, sotto minaccia di una sanzione penale da 6 mesi a 4 anni di detenzione salva la ricorrenza di un giustificato motivo. A fronte dell'eventuale inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento si procede «in ogni caso» all'adozione di una nuova espulsione «con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica», ma se anche in tale circostanza ciò non è possibile il Questore ricorre nuovamente al trattenimento amministrativo presso un C.I.E. o all'adozione di un ordine di allontanamento, la cui inosservanza è punita con la reclusione da 1 a 5 anni.

La vergognosa reiterabilità all'infinito degli ordini di allontanamento dall'Italia consentiva di incarcerare di fatto *sine die* lo straniero unicamente colpevole di non avere abbandonato il Paese. Il meccanismo, letto in controluce, rivelava aspetti tragicomici: di regola, preso atto dell'incapacità della pubblica amministrazione di dare esecuzione al proprio decreto di allontanamento nonostante la possibilità di trattenere lo straniero fino a 6 mesi, le autorità ordinavano a quest'ultimo di autoespellersi entro il termine perentorio di 5 giorni, pena la condanna a una sanzione detentiva.

L'opzione normativa di massimo rigore, che imponeva l'esercizio di un'insensata ferocia punitiva, mascherava una suprema dichiarazione di impotenza dello Stato, che nella quasi totalità dei casi finiva con il delegare l'espulsione allo straniero stesso.

Il contrasto di tale impostazione con la filosofia della Direttiva rimpatri era (e in parte rimane) innegabile. Per l'adozione di una decisione di rimpatrio il

3. D.lgs. 286/98.

4. Legge 189/02.

5. Ribattezzato C.P.R. (Centro di permanenza per i rimpatri) dal d.l. 13/17, convertito dalla l. 46/17.

legislatore comunitario impone, infatti, un attento esame della specifica situazione individuale dello straniero, la c.d. valutazione caso per caso, «tenendo conto di criteri obiettivi, non limitandosi quindi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare»⁶. La Direttiva si spinge oltre, fino a contemplare espressamente la possibilità che «In qualsiasi momento gli Stati membri possono decidere di rilasciare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura un permesso di soggiorno autonomo o un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare»⁷. Sebbene il *corpus* normativo italiano affiancasse all'istituto della protezione umanitaria, recentemente abrogata⁸, numerosi divieti di allontanamento dello straniero, tuttora operanti, la previsione di una generale facoltà di astenersi dal rimpatrio segnava un ulteriore elemento di rottura con la matrice iper-repressiva del TU.

Allo stesso modo strideva con la disciplina nazionale la scelta comunitaria di privilegiare la partenza volontaria dello straniero, attraverso la concessione di un termine prorogabile, «Se non vi è motivo di ritenere che ciò possa compromettere la finalità della procedura di rimpatrio»⁹.

L'opzione veniva giustificata con le statistiche secondo le quali «Il 52,1% di tutti i rimpatri effettuati nel 2012 è costituito da rimpatri o partenze volontarie. Il rimpatrio o la partenza volontaria corrisponde quindi all'opzione preferita, sebbene in alcuni casi possa essere necessario ricorrere al rimpatrio forzato»¹⁰.

Ulteriore profilo di tensione con la normativa italiana riguardava l'istituto del trattenimento: la Direttiva rimpatri ne consente l'utilizzo unicamente in chiave residuale e limitata, qualora non sia possibile l'impiego di «altre misure sufficienti ma meno coercitive»¹¹. L'adozione della misura è consentita esclusivamente in presenza di un rischio di fuga (concetto chiave, su cui si ritornerà oltre) o di una condotta dilatoria od ostativa dello straniero, pur essendone possibile l'estensione fino a 18 mesi per la mancata cooperazione del trattenuto o a causa di ritardi nell'ottenimento della documentazione necessaria dai Paesi terzi. La durata della restrizione è quanto più breve possibile, è previsto il riesame su richiesta del trattenuto e se ne impone la cessazione allorché «non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento»¹².

Si tratta di profili estranei alla disciplina domestica, secondo la quale il trattenimento era misura ordinaria e obbligatorio ogniqualvolta «non è possi-

6. Considerando n. 6, Direttiva rimpatri.

7. Art. 6, par. 4, Direttiva rimpatri.

8. Il d.l. 113/18, convertito dalla l. 132/18.

9. Considerando n. 10, Direttiva rimpatri.

10. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Quarta relazione annuale sull'immigrazione e l'asilo (2012)*, COM (2013) 422 def. del 17 giugno 2013.

11. Art. 15, par. 1, Direttiva rimpatri.

12. Art. 15, par. 4, Direttiva rimpatri.

bile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero il respingimento», e dunque anche in presenza di circostanze estranee alla volontà dello straniero (necessità di acquisizione dei documenti di viaggio, indisponibilità del vettore). La Direttiva consente peraltro l'adozione della misura restrittiva alternativamente da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa, salvo, in quest'ultimo caso, la tempestiva convalida giudiziaria. La disposizione offre sostegno alla scelta operata dal legislatore nazionale di affidare in via esclusiva alla Questura la facoltà di trattenere lo straniero, previsione che in realtà contrasta con i rigorosi parametri stabiliti dall'art. 13, Costituzione.

Come noto la possibilità per l'autorità di pubblica sicurezza di comprimere il bene della libertà personale, dello straniero come del cittadino italiano, è consentita «In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge»; al contrario l'adozione del trattenimento amministrativo, misura incidente sulla libertà personale (Corte Cost., sentenza 105/01), è rimessa in via ordinaria ed esclusiva al Questore, in chiara violazione della riserva di giurisdizione, ferita di profondità costituzionale ad oggi non ancora sanata.

Da ultimo la Direttiva rimpatri prevede la facoltà di associare alla decisione di rimpatrio un divieto di reingresso che di norma non supera i 5 anni, mentre il TU stabiliva che lo straniero rimpatriato non potesse rientrare in Italia per 10 anni, riducibili a 5 anni in virtù della condotta del medesimo, in assenza di una speciale autorizzazione del Ministero dell'interno.

Anche in tale profilo emerge il contrasto tra le rigidità e le preclusioni della disciplina italiana e il superamento di qualunque forma di automatismo da parte del legislatore comunitario.

3. In direzione ostinata e contraria

Ritenuta dalla più autorevole dottrina un accordo al ribasso¹³, la Direttiva rimpatri è il risultato di un complicato compromesso tra le istanze efficientiste e punitive del Consiglio europeo e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali degli stranieri rivendicate da alcuni settori del Parlamento UE¹⁴. La deli-

13. Peers S., *Lock 'em up: the proposal to amend the EU's Returns Directive*, «EU Law Analysis», 12.9.2018 (<http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/09/lock-em-up-proposal-to-amend-eus.html>); Peers S., Guild E., Acosta Arcarazo D., Groenendijk K., Moreno-Lax V., *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): EU Immigration Law: 2*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012.

14. Lutz F., *The Negotiations on the Return Directive: comments and materials*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2010; sul recepimento della Direttiva in Italia e in Francia, e sulla disciplina britannica, si rimanda all'approfondito lavoro di Genovese D., *La recezione della direttiva rimpatri 2008/115/CE. Aspetti giuridici e sociologici in una prospettiva comparata*, «ADIR-L'altro diritto», 2013, www.adir.unifi.it/rivista/2013/genovese/index.htm.

catezza della materia e la varietà degli interessi politici e nazionali coinvolti spiegano perché numerosi Stati membri “di peso” – oltre all’Italia, la Germania, la Francia, l’Olanda – non abbiano recepito la Direttiva nel termine stabilito e perché l’80% dei Paesi dell’UE si sia avvalso della facoltà di escluderne l’applicazione (*opt-out*) nei confronti degli stranieri soggetti a respingimento o fermati durante l’attraversamento irregolare delle frontiere esterne di uno Stato membro e nel caso in cui il rimpatrio costituisca una sanzione penale o ne sia conseguenza¹⁵.

Se nei confronti degli stranieri respinti o fermati durante l’attraversamento irregolare delle frontiere esterne di uno Stato membro la Direttiva impone comunque un livello minimo di diritti¹⁶, nessuna garanzia è prevista in favore degli stranieri destinatari di un provvedimento di rimpatrio quale sanzione penale o conseguenza di una sanzione penale o sottoposti a procedure di estradizione. Ecco perché, scaduto il termine di recepimento della Direttiva, il legislatore italiano trasforma un vizio lessicale – la *clandestinità* – in una fattispecie penale.

Con la legge del 15 luglio 2009, n. 94 (c.d. Pacchetto sicurezza), viene introdotto il reato di “Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato”¹⁷, che punisce tali condotte con la pena dell’ammenda da 5.000 a 10.000 euro e che non può essere estinto attraverso l’oblazione (il pagamento della somma corrispondente a un terzo del massimo edittale).

Parallelamente viene modificato l’art. 16, TU, prevedendo che, in caso di condanna per il nuovo reato, il giudice possa sostituire la pena pecuniaria con la misura dell’espulsione.

Si tratta all’evidenza del tentativo di aggirare le garanzie previste dalla Direttiva rimpatri, qualificando tali espulsioni come sanzione penale o conseguenza della stessa. La strategia elusiva è apertamente rivendicata dal Ministro dell’interno, Roberto Maroni: «la Direttiva europea stabilisce che la regola per l’allontanamento dei cittadini extracomunitari sarà l’invito ad andarsene e non l’espulsione, a meno che il provvedimento di espulsione sia conseguenza di una sanzione penale. Noi quindi vogliamo disegnare il reato di immigrazione clandestina o di ingresso illegale puntando principalmente sulla sanzione accessoria del provvedimento giudiziale di espulsione emana-

15. Lutz F., *A lot done, more to do: challenges of enactment and practical application in national legislation*, Annual Conference on EU Migration Law, Trier, 13-14 maggio 2013.

16. In particolare «un trattamento e un livello di protezione non meno favorevoli di quanto disposto all’articolo 8, paragrafi 4 e 5 (limitazione dell’uso di misure coercitive), all’articolo 9, paragrafo 2, lettera a) (rinvio dell’allontanamento), all’articolo 14, paragrafo 1, lettere b) e d) (prestazioni sanitarie d’urgenza e considerazione delle esigenze delle persone vulnerabili) e agli articoli 16 e 17 (condizioni di trattenimento)», oltre al rispetto del principio di *non refoulement* (art. 4, par. 4, Direttiva rimpatri).

17. Art. 10 *bis*, TU.

to dal giudice, piuttosto che sulla sanzione principale che sarà una sanzione pecuniaria. In questo modo possiamo procedere all'espulsione immediata con un provvedimento del giudice, applicando la Direttiva europea ma eliminando l'inconveniente che ne pregiudicherebbe l'efficacia, perché come ha dimostrato l'esperienza italiana l'invito ad andarsene significa che nessuno verrebbe più espulso»¹⁸.

La dottrina nazionale ha immediatamente stigmatizzato la scelta governativa, evidenziando il contrasto con l'obbligo di leale cooperazione, che impone agli Stati membri di astenersi dall'adozione di provvedimenti che possano ostacolare l'attuazione della norma comunitaria, e la tutela del principio dell'effetto utile, del tutto vanificato in caso di interpretazione estensiva della clausola di non applicazione della Direttiva¹⁹. La correttezza dell'opzione italiana (e dell'analoga francese) è stata definitivamente esclusa dalla Corte europea dei diritti umani, la quale ha chiarito che la facoltà di escludere l'applicazione della Direttiva «non può manifestamente essere interpretato[a], salvo privare la Direttiva della sua *ratio* e del suo effetto vincolante, nel senso che gli Stati possono omettere di applicare le norme e le procedure comuni previste dalla Direttiva in parola ai cittadini di Paesi terzi che abbiano commesso solo l'infrazione consistente nel soggiorno irregolare» (sentenza del 6 dicembre 2011, C-329/11, *Achughbabian*, § 41)²⁰.

4. Un capolavoro di circolare

L'ostinato rifiuto delle autorità italiane di adeguarsi alle modifiche introdotte dalla Direttiva rimpatri, in larga parte migliorative dello *status* del cittadino straniero disciplinato dal TU, trova la più alta espressione nella circolare

18. Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'Accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e di vigilanza in materia di immigrazione, *Audizione del Ministro dell'interno, Roberto Maroni, in merito alle misure avviate per migliorare l'efficacia della normativa in materia di immigrazione*, seduta del 15.10.2008, in www.camera.it/_dati/leg16/lavori/stenbic/30/2008/1015/s020.htm.

19. Collica M.T., *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vigente. Dalla difficile compatibilità col d.lgs. n. 286/1998 al necessario intervento correttivo: un percorso davvero concluso?*, «Diritto penale contemporaneo», 24.6.2011; Favilli C., *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, «Osservatorio sulle fonti», fasc. 2, 2009, www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-saggi/281-5-chiara-favilli.

20. Peraltro la sostituzione della pena pecuniaria con la misura dell'espulsione è possibile «qualora non ricorrano le cause ostantive indicate nell'articolo 14» (art. 16, TU), vale a dire allorché sia possibile l'allontanamento immediato dello straniero. Come noto si tratta di casi residuali, essendo necessari l'immediata identificazione dello straniero, la disponibilità di documenti di viaggio, la reperibilità del vettore e il rispetto dei tempi stringenti in cui l'allontanamento deve essere attuato, a cui si aggiunge l'ordinaria carenza di risorse della pubblica amministrazione.

pubblicata dal Ministero dell'interno, a firma del Capo della Polizia (la c.d. "circolare Manganelli"), a pochi giorni dalla scadenza del termine di recepimento²¹. Rivolgendosi alle Prefetture, autorità ordinariamente competenti all'emissione dei decreti di espulsione, il testo ricostruisce in forma semplificata e parziale alcune delle novità introdotte dalla Direttiva, affermandone da subito il contrasto con la normativa interna: «A differenza del novellato e tuttora vigente decreto legislativo n. 286 del 1998, che si fonda sull'immediata ed automatica espulsione dello straniero che soggiorna illegalmente sul territorio nazionale, la Direttiva n. 115 del 2008 introduce un meccanismo espulsivo "ad intensità graduale crescente"».

Il Ministero impartisce quindi una serie di "Direttive operative", esigendo in particolare che, accertata una condizione di soggiorno irregolare, si proceda a verificare «se sussistano motivi che impediscono di concedere allo straniero un termine per la partenza volontaria» e ricordando che la misura del trattamento amministrativo potrà essere adottata «a condizione che non possano essere applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive». Oneri invero insostenibili per i Prefetti, considerato che il TU vigente all'epoca non prevedeva né l'istituto della partenza volontaria e tantomeno le misure alternative al trattenimento²².

Il tentativo velleitario, e assai poco onorevole, di digerire una rivoluzione copernicana con una semplice circolare – autentico *topos* della politica legislativa italiana sull'immigrazione – risponde in realtà ad un'altra impellenza. Come spiega il Ministero, «Nelle more del recepimento, da parte dell'Italia, della Direttiva in questione, occorre considerare che: decorso il termine del prossimo 24 dicembre, lo straniero attinto da un provvedimento finalizzato al suo rimpatrio potrebbe impugnarlo e chiedere, alla competente autorità giudiziaria, di eccepirne la difformità rispetto ai contenuti della normativa comunitaria; il ricorso dello straniero potrebbe essere accolto poiché il giudice, in applicazione dei principi di diritto comunitario, è obbligato ad interpretare il diritto interno alla luce della lettera e dello scopo della Direttiva». Pertanto, preso atto del contrasto tra la norma nazionale e quella comunitaria, in barba all'onere di leale cooperazione, alla primazia del diritto comunitario e alla

21. Circolare del Ministero dell'interno del 17 dicembre 2010, in www.integrazionemigranti.gov.it/normativa/Documents/normativa/Normativa%20UE/Direttive/Da%20recepire/Circolare%20Interno%2017%20dicembre%202010.pdf.

22. Per completezza si segnala che la circolare introduce il concetto di "rischio di fuga", mutuato dalla norma comunitaria, ma anch'esso estraneo alla normativa nazionale. La definizione di tale nozione – la disponibilità di adeguate garanzie finanziarie, il possesso di un documento utile all'espatrio, l'utilizzabilità di un alloggio stabile non precario, il concreto interesse a tornare nel Paese d'origine o in un altro Paese terzo – anticipa il contenuto del "rischio di fuga" successivamente introdotto dal d.l. 89/11, convertito dalla l. 129/11. Si noti infine che la circolare non fa menzione degli istituti del riesame del trattenimento su istanza di parte e della cessazione della misura in assenza di alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento, pure previsti dalla Direttiva rimpatri (art. 15, par. 3 e 4).

tutela dei diritti fondamentali della persona – ahì lei, migrante – il Ministero non si adoperava al fine di promuovere il recepimento della Direttiva, ma sollecitava i Prefetti ad adottare decreti di espulsione le cui motivazioni siano «idonee a neutralizzare gli effetti del ricorso», così svelando la più autentica preoccupazione istituzionale.

5. Il bisturi di Lussemburgo

Il mancato recepimento della Direttiva rimpatri è all'origine del caos giurisprudenziale sulla sorte della famigerata norma, l'art. 14, co. 5 *ter*, TU, che punisce l'inosservanza degli ordini questorili di allontanamento dall'Italia con la detenzione da 6 mesi a 4 anni. L'orientamento maggioritario propendeva per l'efficacia diretta della Direttiva rimpatri. Il conseguente contrasto tra norma nazionale e comunitaria determinava l'assoluzione dello straniero perché *il fatto non sussiste* qualora fosse stata accertata *incidenter tantum* l'illegittimità dell'ordine del Questore; diversamente, allorché si fosse ritenuto di versare in un caso di *abolitio criminis*, l'assoluzione veniva giustificata perché *il fatto non è previsto dalla legge come reato*. Secondo una tesi minoritaria la Direttiva non avrebbe determinato alcuna conseguenza sulle previsioni penali nazionali, mentre ancora più marginale era la posizione di quanti negavano il carattere *self executing* della norma comunitaria.

La valanga che ha cancellato l'art. 14, co. 5 *ter*, TU, e che ha aperto la strada al (parziale) recepimento della Direttiva, è innescata dalla sentenza *El Dridi* della Corte di giustizia dell'Unione europea (28 aprile 2011, C-61/11 PPU). La procedura originava dal rinvio pregiudiziale operato dalla Corte d'appello di Trento, secondo la quale la carcerazione fino a 4 anni dello straniero unicamente responsabile della violazione di un ordine amministrativo di allontanamento dall'Italia, vale a dire un mero «passaggio intermedio della procedura amministrativa di rimpatrio», sembrava «contraria al principio di leale cooperazione, al conseguimento degli scopi della Direttiva 2008/115 e al suo effetto utile, nonché ai principi di proporzionalità, di adeguatezza e di ragionevolezza della pena».

Sottolineato che la procedura di allontanamento dello straniero prevista dalla normativa italiana «differisce notevolmente» da quella disegnata dalla Direttiva rimpatri, la Corte di giustizia dell'Unione europea non nega che gli Stati membri rimangano liberi di «adottare misure, anche penali, atte segnatamente a dissuadere tali cittadini dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati», ma esclude che gli stessi possano applicare una disciplina «sia pure di diritto penale, tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una Direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile». Pertanto, richiamando il principio per cui l'uso di misure coercitive è subordinato ai principi di proporzionalità ed efficacia²³, i giudici di Lussemburgo ne-

23. Considerando n. 13, Direttiva rimpatri.

gano che «al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo» gli Stati membri possano introdurre «una pena detentiva, come quella prevista all'art. 14, co. 5 *ter*, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un Paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale.

Essi devono, invece, continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, che continua a produrre i suoi effetti». La Corte puntualizza che una siffatta detenzione penale rischia di «compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta Direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare» e pertanto contrasta con le previsioni della Direttiva rimpatri²⁴.

Prima il ricorso alla carcerazione per quanti non cooperino al proprio allontanamento, poi il tentativo di eludere l'applicazione della Direttiva attraverso l'introduzione del reato di clandestinità. In meno di 8 mesi la Corte di Lussemburgo rimuove i due frutti più velenosi della malapianta italiana ed europea, la criminalizzazione della mobilità umana. Ma il terreno è ancora inquinato.

6. Perché tutto resti come prima

Obtorto collo, il Governo italiano mette finalmente mano al TU con il dichiarato proposito di recepire la Direttiva rimpatri²⁵. Il risultato è un affresco bizantino, gattopardesco e non di rado irrazionale di norme, in cui in realtà, come efficacemente osservato, «ogni disposizione mantiene la propria collocazione topografica»²⁶. L'allontanamento dello straniero continua, infatti, ad

24. Completa il *de profundis* del tentativo italiano di aggirare l'applicazione della Direttiva rimpatri attraverso la qualificazione dell'espulsione come sanzione penale la sentenza *Sagor* (6 dicembre 2012, C-430/11), con cui la Corte di Lussemburgo ribadisce che «uno Stato non può applicare una disciplina penale idonea a compromettere l'applicazione delle norme e delle procedure comuni sancite dalla Direttiva 2008/115, privando così quest'ultima del suo effetto utile (v. sentenze del 28 aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, Racc. p. I-3015, punto 55, e *Achughbabian*, *cit.*, punto 39)». Pertanto anche l'espulsione sostitutiva della pena pecuniaria prevista dal reato di «Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato» (art. 10 *bis*, TU) dovrà rispettare le garanzie della Direttiva.

25. Legge n. 129/11, rubricata «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 23 giugno 2011, n. 89, recante disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della Direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della Direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari».

26. Happacher C., *La direttiva rimpatri e la sua recezione in Italia*, «ADIR-L'altro diritto», 2012, www.adir.unifi.it/rivista/2012/happacher/cap6.htm.

essere previsto attraverso un decreto immediatamente esecutivo anche se sottoposto a impugnazione, mentre la concessione di un termine per la partenza volontaria è di fatto preclusa.

Al di là di alcuni omaggi formali alle norme comunitarie – tra tutti, la necessità di una valutazione “*caso per caso*” – il sostanziale aggiramento della Direttiva si realizza attraverso l’ampliamento esponenziale del concetto di “*rischio di fuga*” in presenza del quale è consentito procedere all’allontanamento coattivo e al trattenimento dello straniero. Come noto, la Direttiva non offre una definizione dell’istituto, limitandosi a indicare agli Stati membri la necessità di individuare «criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un cittadino di un Paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga»²⁷. L’elasticità della formula soddisfa le richieste di maggiore autonomia da parte dei Paesi membri, ma al contempo pregiudica l’omogeneità della nozione (e dunque delle prassi) tra le diverse legislazioni nazionali.

L’Italia recepisce la nozione nei seguenti termini: «Si configura il rischio di fuga di cui al co. 4, lettera b), qualora ricorra almeno una delle seguenti circostanze da cui il prefetto accerti, caso per caso, il pericolo che lo straniero possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione:

- a) mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità;
- b) mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato;
- c) avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità;
- d) non avere ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità, in applicazione dei co. 5 e 13, nonché dell’articolo 14;
- e) avere violato anche una delle misure di cui al co. 5.2.»²⁸.

È di immediata percezione l’esorbitante espansione dei confini dell’istituto attraverso l’individuazione di una serie di fattispecie il cui carattere obiettivo è quantomeno dubbio. In primo luogo, sebbene si richiami nuovamente (ma di tic linguistico si tratta) la valutazione “*caso per caso*”, è la stessa norma a prevedere che la semplice ricorrenza di “*almeno una*” delle ipotesi elencate integrerà necessariamente il rischio di fuga²⁹. Inoltre le prime tre ipotesi, in

27. Art. 3, par. 1, n. 7, Direttiva rimpatri.

28. Art. 13, co. 4 *bis*, TU.

29. «Ed allora risulta evidente che questa parte della nuova normativa sia stata predisposta per eludere la Direttiva rimpatri. Quale valutazione “caso per caso” potrà mai fare un questore, se non verificare se l’espellendo ha una residenza o un domicilio, se ha un passaporto, se risulta segnalato per false generalità? Questa è l’attività vincolata che la legge gli impone. Ma la valutazione caso per caso del pericolo concreto e attuale di fuga non può risolversi in un mero accertamento burocratico, pena la vanificazione dell’effetto utile della Direttiva», Savio G., *La nuova disciplina delle espulsioni dopo la legge 129/2011*, «MeltingPot», 30.8.2011, www.meltingpot.org/La-nuova-disciplina-delle-espulsioni-dopo-la-legge-129-2011.html#.XbIsAuf7TVq.

particolare, rivelano un'essenza puramente speculativa: l'assenza del passaporto ben può dipendere da fattori indipendenti dalla volontà dello straniero (la burocrazia delle rappresentanze diplomatico-consolari del Paese di origine); il possesso di documentazione idonea relativa a dimostrare la disponibilità di un alloggio è richiesta surreale in un Paese che sanziona con la reclusione da 6 mesi a 3 anni «chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ovvero cede, anche in locazione, un immobile ad uno straniero che sia privo di titolo di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione»³⁰; infine la precedente declinazione di false generalità, peraltro senza richiederne nemmeno l'accertamento in sede penale, non è indice dell'attualità di un rischio di fuga, ben potendo risalire a molti anni prima.

Il rischio di fuga "aumentato", cresciuto smisuratamente durante la trasposizione nella normativa nazionale, è la carta attraverso la quale il Governo italiano tenta nuovamente di vanificare le previsioni della Direttiva rimpatri. Questa volta con maggiore successo, come dimostrato dai dati diffusi dall'Osservatorio sulla giurisprudenza del Giudice di pace in materia di Immigrazione, *Lexilium*³¹: sui 135 decreti di espulsione adottati dalla Prefettura di Torino nel 2015 ed esaminati nell'ambito della ricerca, il rischio di fuga veniva ravvisato in 133 casi.

Più che marginale è quindi la possibilità di concedere un termine per la partenza volontaria, peraltro condizionata alla richiesta dello straniero e dunque all'adeguata informazione dello stesso, da attuare secondo il TU attraverso l'utilizzo di non meglio definite «schede informative plurilingue»³². In tali casi il legislatore nazionale impone anche un'indagine sulle condizioni patrimoniali dello straniero e l'applicazione di una o più misure associate al termine, evidentemente allo scopo di assicurare il rispetto del termine per la partenza. Anche tale previsione non risulta però conforme alla Direttiva, poiché l'opzione della partenza volontaria presuppone l'esclusione del rischio di fuga, oltretutto nella versione *extra-large* disegnata dal legislatore italiano, e non si giustifica pertanto il ricorso ad ulteriori misure, per inciso identiche a

30. Art. 12, co. 5 *bis*, TU.

31. L'Osservatorio sulla giurisprudenza del Giudice di pace in materia di immigrazione Lexilium ha raccolto e analizzato 1220 provvedimenti emessi dal GdP di Bari, Bologna, Prato, Roma e Torino, nel I e nel IV trimestre del 2015, relativi a procedimenti di: opposizione ai decreti di espulsione, convalida e proroga del trattenimento degli stranieri in attesa di espulsione, convalida dell'ordine di accompagnamento alla frontiera, convalida delle misure alternative al trattenimento. Ad oggi l'Osservatorio è l'unica ricerca sistematica a livello nazionale sulla giurisprudenza del Giudice di pace in materia di immigrazione (Mastromartino F., Rigo E., Veglio M., *Lexilium. Osservatorio sulla giurisprudenza in materia di immigrazione del Giudice di pace: sintesi rapporti 2015*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2017, www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it/allegati/lexilium/84-sintesi-ricerca/file).

32. Art. 13, co. 5.1, TU.

quelle previste in chiave alternativa al trattenimento (allorché, al contrario, sia stato ravvisato un rischio di fuga).

Nello specifico le misure associate al termine per la partenza volontaria sono la consegna del passaporto, l'obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato e l'obbligo di presentazione presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente. L'adozione delle misure deve essere convalidata dall'autorità giudiziaria, il Giudice di pace, nei termini di cui all'art. 13, Costituzione (48 + 48 ore), ma non è prevista la celebrazione di un'udienza. La violazione di una delle misure è punita con la pena pecuniaria da 3.000 a 18.000 euro, ennesimo reato satellite dalla funzione puramente propagandistica.

7. Gli ospiti in galera

Quanto alla misura del trattenimento, il legislatore nazionale sfrutta il recepimento della Direttiva per ampliare il novero di ipotesi che ne consentono l'adozione: la restrizione è infatti prevista quando l'accompagnamento immediato alla frontiera non è possibile «a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento». La formula, certamente priva di quel carattere di tassatività richiesto dall'art. 13, Costituzione, consegna alla pubblica amministrazione ampi margini di discrezionalità e consente il trattenimento anche per circostanze estranee alla volontà dello straniero.

A ciò si accompagna l'estensione della durata massima della misura da 6 a 18 mesi. La norma, che riprende testualmente una tra le più indegne previsioni della Direttiva, consente l'estensione del trattenimento fino a un anno e mezzo non solo in caso di mancata cooperazione dello straniero, previsione già di per sé ferocemente punitiva, ma anche nel caso di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi, rimettendo quindi la durata della compressione della libertà personale del trattenuto alla condotta delle rappresentanze dei Paesi di origine.

Nonostante la rimodulazione dei presupposti e della durata del trattenimento, nemmeno in tale circostanza il legislatore provvede alla disciplina delle udienze di proroga, in perdurante inosservanza della giurisprudenza della Corte di cassazione³³.

Novità assoluta è l'introduzione nel sistema italiano dell'istituto delle misure alternative al trattenimento. Se lo straniero dispone del passaporto e non è destinatario di un decreto di espulsione per motivi di pericolosità o terrorismo, il Questore «può disporre»³⁴ la consegna del passaporto, l'obbligo di dimora

33. Cass., sentenza 4544/2010, e successive.

34. Art. 14, co. 1 *bis*, TU.

in un luogo preventivamente individuato e l'obbligo di presentazione presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente. La discrezionalità rimessa alla pubblica amministrazione – che “potendo” disporre, può anche decidere di non farlo, adottando direttamente la misura del trattenimento – contrasta con la previsione comunitaria, secondo cui è possibile trattenere lo straniero «Salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive»³⁵. Peraltro l'irrazionalità del sistema italiano emerge se solo si considera che le stesse misure, in caso di concessione di un termine per la partenza volontaria – e dunque in assenza del rischio di fuga – sono invece previste con carattere di obbligatorietà, scelta di assoluto *non-sense* giuridico³⁶.

Come le analoghe misure associate alla concessione del termine per la partenza volontaria, le misure alternative al trattenimento devono essere comunicate entro 48 ore dall'adozione al Giudice di pace territorialmente competente, il quale provvede sulla convalida, confermando, revocando o modificando le misure, entro le 48 ore successive. Non è prevista la celebrazione di un'udienza, ma unicamente il diritto di presentare «personalmente o a mezzo di difensore memorie o deduzioni al giudice della convalida»³⁷. Anche in questo caso la violazione di una delle misure è punita con la multa da 3.000 a 18.000 euro. Da ultimo, allorché «non sia possibile l'accompagnamento immediato alla frontiera», il Questore può nuovamente procedere al trattenimento o all'emissione dell'ordine di allontanamento.

Le più evidenti omissioni della trasposizione della Direttiva riguardano il mancato recepimento del riesame del trattenimento su istanza di parte³⁸ e della cessazione della misura qualora non esista alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento³⁹, disposizioni a tutela del bene della libertà personale. La tenace resistenza contro il rispetto di tali previsioni ne ha enormemente rallentato il recepimento nel diritto nazionale: l'obbligo di terminare il trattenimento allorché «dalle circostanze concrete non emerga più alcuna prospettiva ragionevole che l'allontanamento possa essere eseguito»⁴⁰ verrà introdotto solo

35. Art. 15, par. 1, Direttiva rimpatri.

36. In merito al pericolo di deriva securitaria dello strumento delle misure alternative al trattenimento, la Suprema Corte ha affermato che «la convalida di misure alternative al trattenimento in funzione preventiva e di tutela della pubblica sicurezza, costituisce un provvedimento radicalmente illegittimo, sia in ordine alle condizioni specificamente previste dalla legge, in assenza di un provvedimento espulsivo efficace, sia in relazione al più generale parametro dell'art. 13 Cost.» (sent. 27692/18).

37. Art. 14, co. 1 *bis*, TU. La mancata previsione di un'udienza con la partecipazione necessaria del difensore dello straniero è stata sottoposta dalla Corte di cassazione, che con ordinanza 21931/18 ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale.

38. Art. 15, par. 3, Direttiva rimpatri.

39. Art. 15, par. 4, Direttiva rimpatri.

40. Art. 14, co. 5 *bis*, TU.

nel 2014⁴¹, mentre per il riconoscimento del diritto al riesame su istanza del trattenuto – istituto fortemente avversato dalla giurisprudenza di merito, in particolare dei Giudici di pace – si è dovuto attendere fino al 2017, quando la Corte di cassazione ha riconosciuto la diretta applicabilità della norma comunitaria, affermando che «il trattenimento possa (e debba, sia su richiesta e sia d'ufficio) essere riesaminato ad intervalli ragionevoli, sia dall'autorità amministrativa e sia, in caso di contestazioni, con il controllo di un'autorità giudiziaria». Rovesciando l'orientamento pressoché unanime della giurisprudenza di merito, che spesso qualificava inammissibili le istanze di riesame di parte, la Suprema Corte riconosce che «è pur consentita una domanda giudiziale di riesame del trattenimento dello straniero nel centro (C.I.E.) e che, mancando una apposita disciplina normativa al riguardo (per la non avvenuta trasposizione dell'art. 15 nell'ordinamento interno), esso possa farsi valere con lo strumento generico del procedimento camerale proponibile ai sensi dell'art. 737 e ss. codice di rito civile. [...] purché in essa si sottolinei la richiesta di un diverso esame dei presupposti del trattenimento alla luce di circostanze di fatto nuove o non considerate nella sede della convalida o delle sue proroghe, il giudizio è rettammente introdotto e il giudice deve pronunciarsi al riguardo, nel merito della richiesta»⁴².

Il legislatore disegna quindi il nuovo ordine di allontanamento dall'Italia dopo lo tsunami della sentenza *El Dridi*. Riecheggiando la previsione della Direttiva in merito alla partenza volontaria, il termine perentorio viene simbolicamente innalzato da 5 a 7 giorni; viene così mantenuto un lasso temporale estremamente breve «per eseguire immediatamente il provvedimento di espulsione o di respingimento», sebbene sia evidente che l'eventuale allontanamento a seguito di un trattenimento prorogabile fino a un anno e mezzo sia tutt'altro che immediato. In secondo luogo alla violazione dell'ordine non è più associata una sanzione detentiva ma unicamente pecuniaria (6.000-20.000 euro), e l'accertamento del reato è attribuito alla competenza del Giudice di pace, sempre più protagonista della materia dell'allontanamento degli stranieri non comunitari. Viene inoltre conservata la possibilità di reiterare all'infinito gli ordini di allontanamento in caso di inosservanza, con aumento della sanzione edittale (15.000-30.000 euro). Come nel caso del reato di ingresso e soggiorno illegale, il Giudice di pace può infine sostituire la pena pecuniaria con la mi-

41. Art. 3, co. 1, lett. f), L. 161/14. L'applicazione concreta di tale principio risulta del tutto residuale nonostante sia notorio che qualora la pubblica amministrazione non riesca ad eseguire il rimpatrio dello straniero trattenuto entro 30-40 giorni dall'avvio della misura, le possibilità di eseguire l'allontanamento nel periodo restante sono del tutto velleitarie.

42. Cass., sentenza 22932/17. Peraltro già nella citata sentenza *El Dridi*, i giudici della Corte di giustizia dell'Unione europea avevano affermato che «gli artt. 15 e 16 della Direttiva 2008/115 [...] come si evince dal punto 40 della presente sentenza, sono incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri li possano mettere in atto».

sura dell'espulsione, sebbene in concreto sia altamente improbabile, per non dire impossibile, che non esistano cause ostative all'esecuzione immediata se l'amministrazione è dovuta ricorrere all'emissione di un ordine questorile di allontanamento.

Da ultimo l'Italia opta per l'adozione del divieto di reingresso in ogni caso di espulsione, come già originariamente previsto dal TU.

Coerentemente con le previsioni della Direttiva, i termini di durata vengono ridotti a un minimo di 3 anni e un massimo di 5, salvo il caso delle espulsioni per pericolosità sociale, per le quali non è previsto un tetto massimo. Il divieto è revocabile, su istanza dell'interessato, fornendo la prova dell'ottemperanza, che nel caso dell'allontanamento volontario deve essere tempestiva, entro cioè il termine compreso tra 7 e 30 giorni concesso dal Prefetto.

Sul versante delle garanzie processuali, la debolezza delle previsioni della Direttiva lascia inalterato il sistema italiano. Gli *standard* comunitari in tema di diritto alla traduzione, che scatta solo su richiesta dello straniero, accesso al patrocinio a spese dello Stato, il cui termine di recepimento veniva posticipato di un anno per le resistenze di numerosi Stati membri, ed effetto automaticamente sospensivo delle impugnazioni, originariamente previsto dalla Commissione ma rimosso per l'opposizione di 11 Paesi membri e le riserve di altri 13⁴³, risultano infatti equivalenti, quando non deteriori, rispetto alla disciplina nazionale.

8. La rivoluzione sterilizzata

La rilettura della trasposizione della Direttiva rimpatri nel sistema italiano, a 8 anni di distanza, conferma le prime valutazioni di un recepimento «in misura omeopatica»⁴⁴, evidenziando profili di contrasto con le norme comunitarie e intrinseche irrazionalità.

L'involontaria denuncia contenuta nella c.d. "circolare Manganeli" è, infatti, ancora attuale: nonostante l'operazione di *maquillage* lessicale, l'inaccessibilità del termine per la partenza volontaria, la deformazione della nozione di rischio di fuga, l'immediata esecutività dell'espulsione contraddicono quel processo di allontanamento "*ad intensità graduale crescente*" disegnato dal legislatore comunitario. Ciò ha consentito la diffusione di prassi lesive dei diritti di difesa dello straniero, con particolare riferimento alla giurisprudenza dei Giudici di pace: la richiesta di sospensione dell'esecutività del provvedimento di espulsione è infatti sistematicamente ignorata o rigettata dall'autorità

43. Webber F., *The original EU Directive on return (expulsion)*, Statewatch analysis, in www.statewatch.org/news/2007/apr/eu-expulsion-sw-analysis-I.pdf.

44. Savio G., *op. cit.*

giudiziaria, il che contribuisce, insieme alla criminalizzazione del soggiorno irregolare, a spiegare la pressoché totale assenza dei ricorrenti all'udienza⁴⁵.

I procedimenti di opposizione all'espulsione si caratterizzano per istruttorie ordinariamente formali e approssimative, con tempi di definizione che superano abbondantemente i termini previsti dalla legge. La garanzia di un mezzo di ricorso effettivo contro il decreto di espulsione risulta di fatto disattesa.

La volontà elusiva delle autorità nazionali si manifesta, tra le varie disposizioni, anche nel recepimento delle garanzie previste per le persone vulnerabili. La Direttiva esige infatti che, durante il periodo concesso per la partenza volontaria o in caso di rinvio dell'allontanamento, «si tenga conto delle esigenze particolari delle persone vulnerabili»⁴⁶. Il legislatore italiano ha trasposto la previsione ricorrendo a una mera formula di stile, prevedendo che «Il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate»⁴⁷.

L'assenza di indicazioni in merito all'autorità competente ad accertare tale compatibilità, alle modalità operative, alle prerogative dello straniero vulnerabile svuotano di significato la previsione, offrendo paradossalmente alla magistratura meno scrupolosa un comodo strumento di delega in bianco all'amministrazione⁴⁸.

Le più gravi criticità riguardano ad ogni modo ancora la disciplina del trattamento, per effetto delle scarse garanzie offerte della Direttiva (e delle ancor più deficitarie previsioni del TU) e dell'affidamento del controllo giurisdizionale alla magistratura onoraria. Oltre che sintomo della discriminazione istituzionale nei confronti degli stranieri non comunitari – in nessun altro ambito il Giudice di pace può decidere in tema di libertà personale – la scelta rappresenta il fulcro della «sterilizzazione del controllo di legalità»⁴⁹ all'interno dei C.P.R.

Come segnalato dalla letteratura specialistica, l'ordinaria assenza di attività istruttoria, la ripetitività dei provvedimenti di convalida e proroga, l'impressio-

45. Come documentato da Lexilium, l'Osservatorio sulla giurisprudenza del Giudice di pace in materia di immigrazione, il numero di sospensioni dell'esecutività dei provvedimenti impugnati è addirittura inferiore al numero di accoglimenti nel merito, circostanza che testimonia la carenza di garanzie per i ricorrenti.

46. Art. 14, par. 1, lett. d), Direttiva rimpatri. Per persone vulnerabili la Direttiva intende «i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in gravidanza, le famiglie monoparentali con figli minori e le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale» (art. 3, par. 1, n. 9).

47. Art. 19, co. 2 bis, TU.

48. Si pensi al trattamento nei C.P.R., luoghi caratterizzati da assoluta promiscuità, disposto nei confronti di vittime di tratta di esseri umani o richiedenti protezione internazionale, ipotesi assai ricorrente nella prassi.

49. Savio G., *op. cit.*

nante brevità delle udienze⁵⁰ descrivono un'attività giurisdizionale burocratica e cartolare, incapace di valorizzare le posizioni della giurisprudenza di legittimità e della Corte europea dei diritti umani sulla necessità di sindacare incidentalmente la manifesta illegittimità del decreto di espulsione. Il mantra delle argomentazioni utilizzate da gran parte della giurisprudenza di merito – l'espulsione come atto dovuto, il rifiuto della discrezionalità in favore degli automatismi, il giudice quale mero controllore formale dell'operato amministrativo – ne testimonia l'arroccamento su canoni anacronistici, che affondano le radici nell'era antecedente alla Direttiva rimpatri. Il quadro descrive la sostanziale rinuncia alla giurisdizione, costretta alla retroguardia e fiaccata da un tasso di serialità elevato nel caso delle espulsioni, assoluto nel caso dei trattenimenti.

Parallelamente il ricorso alle misure alternative al trattenimento e la concessione di un termine per la partenza volontaria, in luogo dell'esecuzione coattiva dell'espulsione, continuano a essere largamente disattesi. Nel 2015 a Bari, Roma e Torino, sedi di un C.P.R., in nessun caso l'amministrazione ha adottato misure alternative al trattenimento, le cui prime, contenute, applicazioni risalgono al 2016. La condizione di grave afflizione in cui versano molti trattenuti e la concreta improbabilità di essere rilasciati dal Centro a seguito di un provvedimento giudiziario di non convalida o non proroga del trattenimento – ipotesi statisticamente inferiore al 5% dei casi nel C.P.R. di Torino – concorrono a spiegare la diffusione dell'autolesionismo, che dalle aule di giustizia sposta la lotta per la libertà sulla superficie dei corpi⁵¹.

9. Il futuro a tinte fosche

Il decennale della Direttiva rimpatri ha celebrato il sostanziale fallimento di quella «politica di rimpatrio efficace quale elemento necessario di una politica d'immigrazione correttamente gestita»⁵² auspicata dal legislatore comunitario. Gli scarsi risultati in termini di allontanamento (45,8% in 2016, 36,6% in 2017 sul totale delle decisioni di rimpatrio emesse nell'UE) hanno quindi spinto la Commissione europea a proporre la rifusione attraverso un'ulteriore generale compressione delle garanzie individuali degli stranieri. Le principali innovazioni riguardano:

- l'ampliamento del concetto di rischio di fuga attraverso una lista (non tassativa) di 16 indicatori;
- l'obbligo in capo allo straniero in fase di rimpatrio di collaborare alla propria identificazione e all'ottenimento dei documenti di viaggio;

50. Metà delle 169 convalide e la quasi totalità delle 99 proroghe esaminate nel 2015 presso l'Ufficio del Giudice di pace di Torino non superano i 5 minuti di durata.

51. HRMLC, *Uscita di emergenza. La tutela della salute dei trattenuti nel C.P.R. di Torino*, maggio 2018, www.iuctorino.it/wp-content/uploads/Uscita-di-Emergenza-Rapporto-CPR-Torino-HRMLC-2018-Final.pdf.

52. Considerando n. 4, Direttiva rimpatri.

- l’innalzamento del periodo minimo di trattenimento a 3 mesi;
- la possibilità di trattenere gli stranieri che presentano profili di pericolo per la sicurezza nazionale e l’ordine pubblico;
- l’istituzione di una procedura semplificata di rimpatrio alla frontiera – legata all’analoga prevista in materia di protezione internazionale – di regola senza possibilità di un termine per la partenza volontaria, con contrazione dei termini per l’impugnazione e ricorso a speciali luoghi di detenzione;
- la riduzione a 5 giorni dei termini per l’impugnazione nel caso dei richiedenti asilo la cui domanda è stata definitivamente respinta;
- l’obbligo per gli Stati membri di istituire programmi di rimpatrio volontario, riducendone il periodo minimo per l’esecuzione (attualmente corrispondente a 7 giorni);
- la possibilità di emettere divieti di ingresso anche nei confronti degli stranieri irregolarmente soggiornanti in uscita dal territorio dell’Unione.

In linea con le riforme del diritto comunitario degli ultimi anni e l’Agenda europea sulla migrazione, le modifiche invocate sferrano l’ennesimo attacco allo statuto normativo dello “straniero irregolare” in Europa. L’iniziativa ha incontrato la ferma opposizione della Commissione LIBE (Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo), la quale ha contestato la presunta efficacia delle nuove proposte, non a caso avanzate in assenza di un preventivo rapporto sull’attuazione e sull’impatto della Direttiva. Inoltre è stato sottolineato l’ulteriore carico di sofferenza che le misure previste comporteranno sulla vita e sui diritti fondamentali degli stranieri, oltre ai nuovi costi per l’UE e gli Stati membri⁵³.

Il rinnovato investimento sul rimpatrio coattivo a scapito della partenza volontaria – e in particolare sulla misura del trattenimento, di cui si ampliano presupposti e durata – tradisce l’ossessione detentiva che ha conquistato il discorso politico europeo. In assenza di accordi di riammissione, su cui non a caso l’UE sta concentrando grandi sforzi diplomatici e finanziari⁵⁴, la segregazione degli stranieri privi di un titolo di soggiorno è opzione altamente simbolica e altrettanto inefficace. L’esperienza italiana racconta che il tasso di rimpatrio

53. Commissione LIBE, *Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast)* (COM(2018)0634–C8-0407/2018 - 2018/0329(COD)), 16.1.2019, www.europarl.europa.eu/doceo/document/LIBE-PR-632950_EN.pdf.

54. Oltre a una serie di accordi con Paesi di origine e transito (il più noto dei quali con la Turchia, raggiunto il 18 marzo 2016), nel novembre del 2015 l’UE ha lanciato l’Emergency Trust Fund for Africa (EUTF), un piano di «stabilizzazione e risposta alle cause della migrazione irregolare e dello sfollamento in Africa» del valore di circa 4 miliardi e mezzo di euro (https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/index_en). Si veda in questo volume Gennari L., Cecchini L.C., Crescini G., pp. 133 ss.

tri delle persone trattenute è storicamente attestato intorno al 50%, quota assai modesta, oltre che del tutto indipendente dalla durata massima della misura⁵⁵.

Eppure, ciò che è più grave, nessuna attenzione è dedicata al destino di quanti, pur colpiti da una decisione di allontanamento, non possono essere rimpatriati (c.d. *non removables*). Non si tratta solo di chi non collabora alla propria identificazione, ma anche di chi non può essere espulso per ragioni indipendenti dalla propria volontà, in primo luogo per l'impossibilità di ottenere la documentazione necessaria. Nonostante gli sforzi dell'UE, ogni anno circa 300mila persone ricevono una decisione di rimpatrio che non viene eseguita⁵⁶. Nei confronti degli stranieri il cui allontanamento sia differito, la Direttiva attribuisce un minimo *carnet* di garanzie (in ambito familiare, sanitario e, per i minori, educativo) oltre al diritto di ricevere una comunicazione scritta relativa alla sospensione del rimpatrio⁵⁷.

Sebbene quasi tutti gli Stati membri prevedano percorsi di regolarizzazione individuale per gli stranieri che non possono essere rimpatriati, il diritto comunitario non stabilisce alcun obbligo sul punto⁵⁸.

Inoltre, come visto, la Direttiva e la Corte di Lussemburgo non precludono il ricorso alla criminalizzazione di chi non possa essere allontanato, con l'unico limite dell'ostacolo all'esecuzione del rimpatrio.

Ecco dunque riconfigurarsi il rischio, aumentato dalla proposta di rifusione, che al fallimento delle politiche di rimpatrio segua un più ampio ricorso allo strumento penale nei confronti di chi è privo di un titolo di soggiorno.

La filosofia che permea la Direttiva rimpatri, e in particolare la proposta di rifusione, trasporta sul territorio dell'UE quella politica di separazione e rifiuto che affonda le radici nell'apartheid, nella messa al bando dello straniero non autorizzato, "a cui non è permesso" il soggiorno. Ciò che lo attende è una moderna morte civile, presagio nefasto per la civiltà giuridica europea.

55. Parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113, 15 ottobre 2018, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/17ebd9f9895605d7cdd5d2db12c79aa4.pdf.

56. Lutz F., *Non-removable Returnees under European Union Law Status Quo and Possible Developments*, EMN expert seminar, Riga, 22/23 marzo 2017, in www.emn.lv/wp-content/uploads/1.Lutz_non-removables-EMN-seminar-handout.pdf.

57. Art. 14, Direttiva rimpatri. Con la sentenza *Abdida* (18 dicembre 2014, C-562/13), la Corte di giustizia dell'Unione europea ha ampliato la portata di tale previsione fino alle «necessità primarie di un cittadino di Paese terzo affetto da una grave malattia [destinatario di una decisione di ritorno, n.d.r.] qualora quest'ultimo sia privo dei mezzi per provvedere egli stesso alle proprie esigenze».

58. Come ricordato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, la Direttiva «non mira a disciplinare le condizioni di soggiorno sul territorio di uno Stato membro dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare e nei cui confronti non sia possibile ovvero non sia stato possibile eseguire una decisione di rimpatrio. Tuttavia, l'articolo 6, paragrafo 4, della Direttiva 2008/115 consente agli Stati membri di rilasciare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura un permesso di soggiorno autonomo o un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio sia irregolare» (sentenza *Mahdi*, 5 giugno 2014, C-146/14 PPU).

Espulsioni amministrative, respingimenti e trattenimenti: analisi dell'evoluzione normativa alla luce della giurisprudenza costituzionale

di *Guido Savio**

Sommario: 1. Note introduttive. – 2. Dalla legge Martelli alla Turco-Napolitano. – 3. La legge Bossi-Fini. – 4. La sentenza n. 105/2001 della Corte costituzionale e il suo “seguito”, – 4.1. Il “seguito” normativo, – 4.2. il “seguito” giurisdizionale. – 5. Gli aspetti procedurali. – 6. L'espulsione per motivi di sicurezza dello Stato e quella per prevenzione del terrorismo, anche internazionale. – 7. I limiti all'esercizio della potestà espulsiva in presenza di vincoli genitoriali o familiari. – 8. La tutela legale verso i respingimenti: una storia emblematica di disinvoltura legislativa. – 9. Lo statuto speciale del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale. – 10. Brevi note conclusive.

1. Note introduttive

L'evoluzione storica della disciplina dei provvedimenti ablativi, da adottare nei confronti dei cittadini di Paesi terzi che non hanno (o non hanno più) titolo per soggiornare legalmente in Italia e quella della loro esecuzione, è emblematica del crescente approccio securitario che ha caratterizzato la legislazione italiana di settore negli ultimi vent'anni.

Come si cercherà di dimostrare, infatti, dopo la prima normativa organica in materia di immigrazione – il d.l. n. 416/1989, convertito, con modificazioni, nella l. n. 39/1990 – la disciplina successiva è andata via via inasprendosi sia per quanto concerne le tipologie espulsive, ma, soprattutto, con riferimento alla fase esecutiva dei provvedimenti ablativi sempre più affidati a forme restrittive della libertà personale per scongiurare il rischio di fuga, cioè per fronteggiare il timore che il destinatario del provvedimento ablativo si sottragga alla sua esecuzione. La fideistica fiducia del legislatore al ricorso a misure coercitive toccò il suo apice con la legge c.d. “Bossi-Fini” (l. n. 189/2002), che

* Avvocato ASGI del foro di Torino.

ampliò l'ambito di applicazione della detenzione amministrativa coniugandola con fattispecie penali in funzione servente e supplente rispetto alla inefficace azione amministrativa¹. Anche i “pacchetti sicurezza” emanati alla fine dello scorso decennio in vista della scadenza del termine di recepimento della Direttiva 2008/115/CE (c.d. “Direttiva rimpatri”)² entrambi caratterizzati da connotazioni restrittive sul piano del diritto penale dell’immigrazione (si pensi all’aggravante di “clandestinità” di cui all’art. 61, n. 11 *bis*, c.p. – successivamente dichiarata incostituzionale con sent. n. 249/2010 – ed alla contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale di cui all’art. 10 *bis*, d.lgs. 286/98) hanno inciso profondamente sullo statuto giuridico dello straniero cercando di fare “terra bruciata” all’irregolare al punto che il Presidente Napolitano si sentì in dovere di inviare una missiva al Presidente del Consiglio dei Ministri ed ai Ministri dell’interno e della giustizia³, in occasione della promulgazione della legge n. 94/2009 osservando che «il nostro ordinamento giuridico risulta seriamente incrinato da norme oscuramente formulate, contraddittorie, di dubbia interpretazione o non rispondenti ai criteri di stabilità e certezza della legislazione: anche per le difficoltà e le controversie che ne nascono in sede di applicazione».

L'utilizzo della restrizione della libertà personale quale strumento di controllo del fenomeno migratorio – attuato con il circuito detenzione amministrativa e penale – entrò temporaneamente in crisi allo scadere del termine di recepimento della Direttiva rimpatri (dicembre 2010) e, soprattutto, a seguito della sentenza *El Dridi* della Corte di giustizia dell’Unione europea (aprile 2010) che decretò il *de profundis* della detenzione in carcere per non avere ottemperato all’ordine di allontanamento⁴, ma la normativa di tardivo recepimento della Direttiva⁵ confermò la detenzione amministrativa quale strumento centrale della politica italiana dei rimpatri.

Lo scenario migratorio successivo mutò in conseguenza delle c.d. “primavere arabe” che anticiparono la stagione degli sbarchi sulle coste italiane degli ultimi anni.

1. Si tratta dei reati d’inosservanza all’ordine di allontanamento del questore previsti dall’art. 14, co. 5 *ter* e *quater*, d.lgs. 286/98 che sono esaminati nel capitolo relativo alle fattispecie penali.

2. Il d.l. n. 92/2008, convertito, con modificazioni, nella l. n. 125/2008 e legge n. 94/2009.

3. Dieci anni dopo, anche il Presidente Mattarella avvertirà la necessità di inviare un messaggio di monito ai Presidenti dei due rami del Parlamento in occasione della promulgazione della l. n. 77/2019 c.d. “Decreto sicurezza *bis*” di salviniana memoria: mutano i contesti storici, ma resta invariato il ruolo di garanzia formale della Presidenza della Repubblica.

4. Circa l’impatto della Direttiva 2008/115/CE e del suo recepimento sul sistema espulsivo interno, si veda in questo volume Veglio M., pp. 567 ss.

5. Legge n. 129/2011.

Tale mutamento fu gestito con la dichiarazione dello stato di emergenza umanitaria nel biennio 2011-2013 che evidenziò le lacune del sistema di accoglienza italiano, contestualmente l'attenzione del discorso pubblico sulle migrazioni si concentrò sugli sbarchi e sui richiedenti protezione, più che sugli immigrati irregolari già presenti: la protezione internazionale assume ora una dimensione assorbente dell'intera questione migratoria, per fronteggiare la quale non serve più l'opzione di contrasto posta in essere negli anni precedenti fondata sul diritto penale in funzione ausiliaria della funzione amministrativa. Il paradigma di contrasto muta radicalmente e si poggia sull'esternalizzazione dei controlli di frontiera da un lato per impedire le partenze, e, d'altro canto, sull'approccio *hotspot* in attuazione dell'agenda europea sulle migrazioni del 2015. È in questo contesto che muta anche l'intera questione della detenzione amministrativa che viene dislocata in luoghi diversi, non solo più i vecchi centri (che con l'occasione cambiano nome: CPR invece che CIE) ma la privazione della libertà personale avviene nei centri di crisi (versione italiana dell'*hotspot*), in non meglio precisati "luoghi idonei" individuati dall'autorità di pubblica sicurezza, e nelle zone di transito portuali e aeroportuali, dando luogo a forme di detenzione *sine titulo*. Non solo, il nuovo paradigma individua anche nuovi utenti: i richiedenti asilo, intorno ai quali si costruisce una nuova forma di detenzione *ad hoc*, distinta da quella degli irregolari "ordinari", come il trattenimento a fini identificativi.

E in questo intricato quadro che cercheremo di orientare la nostra indagine tenendo ferma la barra nella direzione dell'attenzione alla salvaguardia dei diritti fondamentali delle persone, esaminando le principali decisioni della Corte costituzionale ed il loro "seguito" normativo e giurisprudenziale.

2. Dalla legge Martelli alla Turco-Napolitano

L'art. 7, d.l. 30.12.1989, n. 416, convertito con modificazioni nella legge n. 39/90 prevedeva, nell'ambito della prima legge organica in materia di immigrazione, l'espulsione amministrativa degli stranieri condannati con sentenza passata in giudicato per uno dei reati per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza (ferme restando le espulsioni disposte dal giudice penale), di quelli che avessero violato le disposizioni concernenti l'ingresso e il soggiorno, di quanti si fossero resi responsabili di altri illeciti (violazioni fiscali, in materia di intermediazione di manodopera, sfruttamento della prostituzione, violenza carnale e delitti contro la libertà sessuale), e, in generale, di quelli appartenenti alle categorie di persone pericolose secondo i criteri indicati dalle norme in materia di misure di prevenzione.

L'espulsione era disposta dal prefetto, con decreto motivato e previo nulla osta dell'autorità giudiziaria per il caso di sottoposizione dello straniero a procedimento penale, ferma restando la possibilità di espulsione da parte del

Ministro dell'interno per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato. Quanto alle modalità esecutive, in prima battuta l'espulsione prefettizia era eseguita mediante intimazione allo straniero ad abbandonare entro 15 giorni il territorio dello Stato, ovvero a presentarsi in questura per l'accompagnamento in frontiera entro lo stesso termine, in caso di inottemperanza si procedeva con accompagnamento alla frontiera coattivo.

In caso di impedimenti all'esecuzione dell'espulsione (necessità di identificazione, acquisizione di documenti) il questore aveva facoltà di chiedere al Tribunale la misura della sorveglianza speciale senza formalità, eventualmente con l'obbligo di soggiorno in una determinata località. In caso di violazione degli obblighi disposti con la sorveglianza speciale, era prevista una sanzione penale – fino a due anni di reclusione – con arresto in flagranza. Quanto alla tutela giurisdizionale, questa era devoluta alla giurisdizione amministrativa: ricorso al TAR del domicilio eletto con termini dimezzati e con previsione di effetto sospensivo automatico.

Mentre le condizioni legittimanti l'adozione dei provvedimenti espulsivi non differivano granché da quelle previste nelle normative successivamente entrate in vigore, è rilevante sottolineare che l'esecuzione del provvedimento ablativo era lasciata all'iniziativa del singolo (peraltro entro un termine congruo di 15 giorni) e l'intervento statale, in casi determinati, era parzialmente giurisdizionalizzato (sorveglianza speciale disposta dal tribunale, ma senza contraddittorio), con previsione di sanzione penale solo in caso di violazione degli obblighi disposti dal provvedimento giudiziario e non di quello amministrativo (come l'inottemperanza all'ordine di allontanamento questorile di successiva previsione). L'opzione della giurisdizione amministrativa era coerente con la titolarità di un mero interesse legittimo in capo allo straniero espulso a non essere allontanato.

Circa dieci anni dopo, la legge 6.3.1989, n. 40 – poi trasfusa nell'attualmente vigente decreto legislativo 286/98 – abrogò la legge "Martelli" e innovò la disciplina dei provvedimenti ablativi. Innanzitutto venne introdotto l'istituto del respingimento, tanto immediato quanto differito, e, quanto alle espulsioni amministrative, si confermò la differenziazione tra ministeriali e prefettizie con una migliore tipizzazione delle seconde corrispondente a quelle tuttora vigenti (ingresso illegale, soggiorno illegale e pericolosità sociale).

Ma le più rilevanti innovazioni riguardarono la fase esecutiva dell'espulsione. Si prevede, infatti, che l'espulsione fosse eseguita con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica:

- nei casi di espulsione ministeriale e nei casi di trattenimento in Italia oltre il termine prefissato con l'intimazione a lasciare il territorio nazionale;
- nei casi di espulsione per motivi di pericolosità sociale, sempre che l'amministrazione rilevasse il concreto pericolo che lo straniero si sottraesse all'esecuzione del provvedimento;

- nei casi di espulsione per ingresso illegale dello straniero privo di documenti, sempre che il prefetto rilevasse il pericolo di cui al punto che precede, tenuto conto del suo inserimento sociale, familiare e lavorativo (rischio di fuga “temperato” rispetto ai casi di pericolosità sociale).

In tutti gli altri casi residuali l'espulsione conteneva l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro 15 giorni, seguendo le prescrizioni impartite per il viaggio e la presentazione al posto di frontiera. È facile rilevare un notevole margine di discrezionalità conferito dalla legge all'amministrazione: il rischio di fuga, ovvero il concreto pericolo che lo straniero si sottragga all'esecuzione dell'espulsione fece capolino per la prima volta nell'ordinamento⁶ quale strumento che consente – a insindacabile giudizio prefettizio – l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, cioè, come vedremo tra poco, la restrizione della libertà personale in via amministrativa.

Quanto alla tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti espulsivi (che dei respingimenti non ci si curava), la competenza a conoscere le relative controversie fu conferita al pretore, con ricorso da introdursi entro soli cinque giorni dalla notifica del provvedimento e decisione nei dieci giorni successivi. Il brevissimo termine per proporre ricorso (dilatato a trenta giorni nei soli casi di accompagnamento immediato, quindi con ricorso da proporsi dall'estero tramite consolato) è certamente sintomatico dell'urgenza nel decidere e, al tempo stesso, spiega il mutamento di giurisdizione rispetto alla normativa previgente: non si tratta di considerare lo straniero titolare di un diritto soggettivo a restare sul territorio nazionale (in luogo di un mero interesse legittimo), quanto piuttosto di accelerare le procedure⁷; in tal senso la procedura camerale *ex art. 737 c.p.c.* è certamente più consona rispetto ai più lenti meccanismi di notifica dei ricorsi previsti dalla giustizia amministrativa. Restava ferma la competenza del TAR Lazio, sede di Roma a dirimere le controversie conseguenti alle espulsioni ministeriali.

Tuttavia, la più rilevante novità introdotta dalla legge in commento fu la detenzione amministrativa, introdotta per la prima volta in Italia.

In caso di impossibilità di eseguire con immediatezza l'espulsione con accompagnamento in frontiera (con esclusione, quindi, dei casi in cui l'espulsione veniva disposta con intimazione), oppure il respingimento, per necessità di soccorso dello straniero, o per necessità di procedere ad accertamenti sulla sua identità o nazionalità, ovvero per acquisire i documenti per il viaggio oppure per reperire il vettore, il questore disponeva che lo straniero fosse trattenuto

6. Un notevole ampliamento della nozione di rischio di fuga si riscontrerà nella formulazione attuale dell'art. 13, co. 4 *bis*, d.lgs. 286/98 derivante dal recepimento della Direttiva rimpatri ad opera della l. 129/2011.

7. Da notare la coincidenza dei termini di quindici giorni previsti per l'espulsione con intimazione con quelli previsti per la decisione dei ricorsi: cinque giorni per l'introduzione della causa e dieci per la decisione.

presso uno dei centri di permanenza temporanea e assistenza (CPTA), dandone notizia al pretore entro il termine massimo di 48 ore, il pretore, a sua volta, provvedeva alla convalida del trattenimento (o alla non convalida) entro le successive 48 ore con procedimento *ex art. 737 c.p.c.*, in contraddittorio con l'interessato ed il suo difensore: il decreto di convalida costituiva titolo per la limitazione della libertà personale per venti giorni, prorogabile per altri dieci giorni su richiesta del questore. Avverso i decreti di convalida e di proroga era data facoltà di ricorso per Cassazione, senza efficacia sospensiva. Ecco qui delineati i tratti salienti della detenzione amministrativa che sono rimasti immutati, nei loro elementi essenziali (a parte i termini di durata del trattenimento), fino ad oggi. Tuttavia la detenzione amministrativa nasce come strumento circoscritto a casi eccezionali e nel tempo breve.

3. La legge Bossi-Fini

Com'è noto, la legge n. 189/2002 ha apportato importanti modifiche al d.lgs. 286/2009 conseguente alla legge n. 40/89 sopra sommariamente richiamata. Per quanto concerne i temi oggetto di questa esposizione, la novella del 2002 si articolava innanzitutto prevedendo l'immediata esecutività di tutte le espulsioni amministrative, anche se sottoposte a gravame, con accompagnamento immediato alla frontiera, con l'unica eccezione dell'espulsione conseguente a permesso di soggiorno scaduto e non rinnovato nei termini, per il qual caso si procedeva con le forme dell'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro 15 giorni. Quindi, quella che era la regola secondo la Turco-Napolitano, è diventata l'eccezione. Qui si tocca con mano l'evidente cambio di registro in termini restrittivi: l'espulsione coattiva e immediata diventa la regola, salvo l'impossibilità da parte dell'amministrazione di darne esecuzione, come vedremo tra poco.

Conseguentemente si modifica, ampliandone a dismisura la portata, l'istituto del trattenimento amministrativo, teoricamente applicabile ogniqualvolta non si possa procedere all'accompagnamento immediato e coatto alla frontiera dello straniero espulso, salvo prevedere – nella consapevolezza che i centri di identificazione ed espulsione non hanno la capienza necessaria per trattenere la totalità dei teorici destinatari di provvedimenti di trattenimento – l'ordine di allontanamento del questore, a mente del quale se l'amministrazione non riesce (per sua incapacità) a dare applicazione ai suoi provvedimenti, lo straniero destinatario di un decreto espulsivo o di respingimento deve autoespellersi nel breve termine di cinque giorni, pena l'arresto obbligatorio in flagranza per un reato contravvenzionale che verrà dichiarato incostituzionale nel 2004⁸. Ve-

8. Art. 14, co. 5 *ter* e *quater*, d.lgs. 286/98.

niva pertanto introdotto il ricorso allo strumento penale in funzione sussidiaria dell'azione amministrativa.

In conseguenza della teorica immediata esecutività coattiva del decreto espulsivo, il termine per l'impugnazione al Tribunale veniva portato da cinque a sessanta giorni, coerentemente alla previsione – si ribadisce del tutto astratta e teorica – che il ricorso sarebbe dovuto essere presentato dal Paese in cui lo straniero era stato immediatamente accompagnato.

Con l'occasione si modificano i termini massimi di trattenimento amministrativo: non più venti giorni, prorogabili a trenta, ma trenta prorogabili a sessanta. Quindi, il trattenimento è disposto sia in attesa dell'esecuzione di tutte le tipologie di espulsione, che per l'esecuzione dei respingimenti differiti e si configura come un vero e proprio incidente di esecuzione nell'effettuazione dell'allontanamento a causa di impedimenti temporanei che ne impediscono l'esecuzione. Trattandosi di disposizione che autorizza la restrizione della libertà personale occorrerebbe che i presupposti fossero tipizzati espressamente dalla legge, in omaggio al principio di tassatività delle fattispecie che incidono sul bene fondamentale della libertà. Qui i «casi previsti dalla legge» (art. 13, co. 1, Cost.) legittimanti il trattenimento sono quanto mai vaghi, e, pertanto, non sono nemmeno conoscibili anticipatamente dal destinatario della misura che, pur con tutta la buona volontà, talvolta non potrebbe evitare di essere trattenuto, come nel caso di indisponibilità del vettore che è indipendente dalla volontà dell'interessato.

In conclusione, con la Bossi-Fini l'uso della forza entra a pieno titolo come strumento ordinario di controllo dell'immigrazione irregolare: o con l'accompagnamento forzato, eventualmente preceduto dal trattenimento, ovvero con l'arresto, in caso di inottemperanza all'ordine di polizia.

4. La sentenza n. 105/2001 della Corte costituzionale e il suo “seguito”...

La previsione di una detenzione senza reato, disposta sempre dall'autorità amministrativa di polizia e mai dalla magistratura, suscitò un vivace dibattito nella cultura giuridica garantista al punto di sollecitare l'intervento della Corte costituzionale. Con ben ventisette ordinanze di remissione il Tribunale di Milano⁹ sollevò, in riferimento agli artt. 13, co. 2 e 3, Cost., altrettante questioni di legittimità costituzionale degli artt. 13 e 14, d.lgs. 286/98 nella parte in cui non prevedono:

- che la mancata convalida del trattenimento, in caso di insussistenza dei presupposti di cui all'art. 13 (quelli legittimanti l'emissione dell'espulsione)

9. L'abolizione delle preture fu disposta con d.lgs. 19.2.1998, n. 51 a far data dal 2.6.1999.

elida gli effetti dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica;

- che il provvedimento di accompagnamento alla frontiera (non solo quello di trattenimento) sia comunicato all'autorità giudiziaria ed assoggettato a convalida giurisdizionale nelle successive 48 ore;
- che la permanenza nel centro consegua a provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria per il periodo di tempo da questa indicato.

È interessante rammentare la tesi, sostenuta dall'Avvocatura erariale e oggetto di discussione accademica all'indomani dell'introduzione della detenzione amministrativa, secondo cui i giudici remittenti muovessero da un presupposto erroneo, incidendo la misura dell'accompagnamento alla frontiera solo sulla libertà di circolazione e non su quella personale.

La Consulta, con la sentenza in epigrafe indicata del 22.3.2001, dichiarò non fondate tali questioni nei termini di cui alla motivazione qui di seguito sinteticamente riassunta.

Innanzitutto, la Corte affermò che il trattenimento dello straniero negli appositi centri «è misura incidente sulla libertà personale che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'art. 13 Cost. [...] Si determina dunque [...] quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla libertà personale». Successivamente, con riferimento al bilanciamento del bene della libertà con altri beni costituzionalmente protetti, la stessa sentenza dichiarò che «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possano esser percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risulterne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani». Questo passaggio motivazionale merita di essere ricordato come alto monito, sovente disatteso, ancor più in epoca recente come le vicende dell'esternalizzazione dei controlli alle frontiere, della chiusura dei porti e del Memorandum con la Libia dimostrano.

Peraltro, non solo il trattenimento, ma pure l'accompagnamento alla frontiera «inerisce alla materia regolata dall'art. 13 della Costituzione, in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione».

Tanto premesso, la Corte dichiarò non fondate le questioni poste dai remittenti con riferimento alla natura amministrativa del provvedimento limitativo della libertà personale, ponendo l'accento sulla pienezza del controllo giurisdizionale che si attua con l'udienza di convalida. Infatti, secondo la Consulta, «il sindacato del giudice [...] deve investire i motivi che hanno indotto l'ammini-

strazione a disporre [...] l'accompagnamento alla frontiera che è causa immediata della limitazione della libertà personale e insieme fondamento della successiva misura del trattenimento», tant'è che «anche in assenza di una espressa previsione in tal senso [...] nell'ipotesi che il giudice ritenga insussistenti o non congruamente motivate le ragioni per le quali l'autorità di polizia [...] abbia disposto l'esecuzione dell'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera, il diniego di convalida travolgerebbe, insieme al trattenimento, anche la misura dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica».

Vengono così definiti i poteri del giudice della convalida che costituiscono l'unica garanzia della pienezza della riserva di giurisdizione, nella materia restrittiva della libertà personale, posto che – rammenta la Consulta – l'onere di trasmissione degli atti al giudice «non può avere altro significato se non quello di rendere possibile un controllo giurisdizionale pieno, e non un riscontro meramente esteriore, quale si avrebbe se il giudice della convalida potesse limitarsi ad accertare l'esistenza di un provvedimento di espulsione purchessia. Il giudice dovrà rifiutare la convalida tanto nel caso in cui un provvedimento di espulsione manchi del tutto, quanto in quello in cui tale provvedimento, ancorché esistente, sia stato adottato al di fuori delle condizioni previste dalla legge».

Questa fondamentale sentenza della Corte costituzionale, forse la più rilevante in tema di espulsioni, trattenimenti ed *habeas corpus* ha avuto un seguito ben al di sotto delle aspettative, sia dal punto di vista della evoluzione legislativa che da quello del recepimento giurisprudenziale.

Merita dunque porre attenzione al “seguito”.

4.1. ... il “seguito” normativo

Come s'è visto, la sentenza n. 105/2001 aveva precisato a chiare lettere che non solo il trattenimento ma pure l'accompagnamento coattivo alla frontiera inerisce alla materia della restrizione della libertà personale, cui consegue che devono trovare applicazione la riserva di legge e quella di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost. per cui si rende necessaria l'udienza di convalida dell'accompagnamento, non prevista dalla normativa.

Il legislatore corse pertanto ai ripari, ricorrendo alla decretazione d'urgenza con il d.l. 4/4/2002 n. 51 anche al fine di «fornire le garanzie previste dall'art. 13 della Costituzione agli stranieri per i quali sia stato disposto l'accompagnamento alla frontiera». Venne quindi inserito nel testo dell'art. 13, d.lgs. 286/98 il co. 5 *bis*, che prevedeva la convalida dell'accompagnamento alla frontiera da parte del procuratore della Repubblica entro 48 ore dalla comunicazione dell'adozione del provvedimento da parte del questore, senza contraddittorio, ferma restando l'immediata esecutività del provvedimento. In sede di conversione, con la legge 7.6.2002, n. 106, venne opportunamente sot-

tratta la competenza per questo tipo di convalida al procuratore della Repubblica ed attribuita al Tribunale in composizione monocratica.

A seguito di numerose eccezioni di legittimità costituzionale ad opera dei Tribunali, che lamentavano la lesione dell'art. 13 Cost. laddove la disposizione di nuovo conio prevedeva una convalida meramente cartolare, senza contraddittorio, da eseguirsi dopo l'esecuzione dell'allontanamento coatto e, quindi, in buona sostanza, a cose fatte, senza che l'eventuale mancata convalida potesse in alcun modo spiegare i suoi effetti sulla privazione della libertà personale ormai definitivamente compromessa e sottratta al preventivo vaglio giurisdizionale, la Consulta, con la sentenza n. 222/2004, depositata il 15 luglio, dichiarò illegittimità costituzionale della norma impugnata nella parte in cui «non prevede che il giudizio di convalida debba svolgersi in contraddittorio prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa».

Un peggior “seguito” della sentenza n. 105/2001 non sarebbe stato immaginabile: a incostituzionalità si sommò incostituzionalità.

Questa volta il ricorso alla decretazione d'urgenza era davvero giustificato: in meno di sessanta giorni dal deposito della sentenza n. 222 il Governo emanò il decreto legge 14 settembre, convertito con modificazioni nella legge 12.11.2014, n. 27, che riscrisse la disposizione incostituzionale, prevedendo correttamente la celebrazione del giudizio di convalida dell'accompagnamento alla frontiera entro i canonici termini dettati dall'art. 13 Cost. Tuttavia, con l'occasione il legislatore si levò un sassolino dalla scarpa sottraendo ai giudici togati del Tribunale tutto il contenzioso in materia di espulsioni amministrative prefettizie e di trattenimento per attribuirlo ai Giudici di pace (con l'eccezione della contestuale pendenza di giudizi in materia di unità familiare e, ovviamente, di quelli riguardanti i richiedenti asilo, per i quali resta ferma la competenza dei Tribunali). In questo modo il legislatore si è liberato della ingombrante presenza dei giudici togati che, come le citate sentenze dalla Corte costituzionale dimostrano, non hanno esitato a sommergere la Consulta di questioni di legittimità costituzionale delle nuove normative. Non sarà un caso, forse, che analoghe questioni non vennero più portate all'attenzione della Corte, quantomeno in modo da superare il rigoroso vaglio di ammissibilità.

L'attribuzione di queste delicate competenze alla magistratura onoraria, che mai si è vista delegare competenze in materia privativa della libertà personale, né prima né dopo la legge 271/2004, non ha altro significato se non quello di sterilizzare il controllo giurisdizionale sulla privazione della libertà personale dei migranti in via amministrativa.

Anche sotto questo profilo, davvero un pessimo “seguito”.

4.2. ... il “seguito” giurisdizionale

La Corte costituzionale, con la citata sentenza 105/2001, ha altresì delineato incidentalmente i poteri istruttori del giudice della convalida, tanto del trattenimento che dell’accompagnamento, posto che l’onere di trasmissione degli atti al giudice «non può avere altro significato se non quello di rendere possibile un controllo giurisdizionale pieno, e non un riscontro meramente esteriore, quale si avrebbe se il giudice della convalida potesse limitarsi ad accertare l’esistenza di un provvedimento di espulsione purchessia. Il giudice dovrà rifiutare la convalida tanto nel caso in cui un provvedimento di espulsione manchi del tutto, quanto in quello in cui tale provvedimento, ancorché esistente, sia stato adottato al di fuori delle condizioni previste dalla legge». D’altronde, anche l’art. 14, co. 4, d.lgs. 286/98 prescrive che il giudice provvede alla convalida, previa verifica dei requisiti previsti dall’art. 13 (quelli legittimanti l’espulsione) e dallo stesso art. 14, relativi alla sussistenza dei presupposti per il trattenimento.

Cionondimeno, l’interpretazione fornita dalla Cassazione è costante nel ritenere che «il sindacato del giudice della convalida del trattenimento è meramente formale, essendo limitato al solo decreto di trattenimento e non comprendendo la legittimità del provvedimento presupposto di espulsione». Insomma, il giudice della convalida dovrebbe solo limitarsi a verificare “esistenza e validità” del decreto espulsivo e ciò in palese contrasto con la necessità un sindacato pieno, a 360 gradi.

La questione è di fondamentale importanza per la tutela dei diritti dei migranti trattenuti, basti pensare che una volta convalidato il trattenimento, l’accompagnamento coattivo in frontiera può avvenire in qualunque momento, anche in caso di impugnazione giurisdizionale, vanificando così le legittime aspettative dell’espellendo a vedere esaminato compiutamente il suo caso prima di essere allontanato. Invero, eventuali illegittimità dell’atto presupposto dell’accompagnamento (il decreto di espulsione o di respingimento) possono essere fatte valere in sede di ricorso, che però sarà valutato ad espulsione o respingimento avvenuti. Infatti, il legislatore ha delineato un sistema di tutela a doppio binario: un giudizio obbligatorio a cognizione limitata (quello inerente la convalida) ed un giudizio eventuale (se l’interessato propone ricorso) ma a cognizione piena. Il risultato è intuitivo: l’eventuale pronuncia favorevole nel merito potrebbe rivelarsi inutile, attesa l’immediata esecutività dei provvedimenti ablativi.

Soltanto con ordinanza 5.6.2014 n. 12069, la sesta sezione civile della Cassazione ha parzialmente modificato il proprio orientamento sui limiti della cognizione del giudice della convalida del trattenimento (e dell’accompagnamento) in relazione all’art. 5, §1, lett. f) della CEDU.

Infatti, partendo dalla citata norma convenzionale che consente la privazione della libertà personale «se si tratta [...] della detenzione regolare di una

persona [...] contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione», l'ordinanza s'interroga sul significato della "regolarità" della detenzione alla luce della giurisprudenza della Corte EDU e ravvisa una possibile incompatibilità dell'art. 14, d.lgs. 286/98 (come sinora interpretato restrittivamente dalla stessa Corte di cassazione) con la norma CEDU, che si tradurrebbe in una questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 cit. per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost. dacché al giudice della convalida è inibito ogni sindacato sull'illegittimità dell'espulsione, neppure nei casi in cui questa fosse "manifesta" e, quindi, la conseguente detenzione fosse pacificamente "irregolare". La Cassazione conclude per un'interpretazione "convenzionalmente", e quindi costituzionalmente orientata della norma interna nel senso che «in sede di convalida del decreto del questore di trattenimento [...] il giudice è investito del potere di rilevare incidentalmente [...] la manifesta illegittimità del decreto di espulsione», avendo cura di precisare che lo stesso principio è applicabile anche alla convalida dell'accompagnamento alla frontiera *ex art. 13, co.5 bis, d.lgs. 286/98*.

Tuttavia, siccome non sempre è chiaro cosa si intenda per "manifesta illegittimità" del decreto espulsivo, né quale sia la soglia al di sotto della quale l'illegittimità non è manifesta, l'applicazione pratica di questo principio è assai controversa. Siccome è manifesto ciò che è chiaro e intelligibile, molto dipende dalle produzioni probatorie che il difensore del trattenuto riesce a recuperare nel brevissimo termine (spesso *ad horas*) a disposizione prima della celebrazione dell'udienza di convalida. Se poi – come avviene sovente nella prassi – il difensore è nominato d'ufficio e nulla conosce della situazione pregressa del proprio assistito, è gioco forza che eventuali profili d'illegittimità non emergeranno mai. Questo insano "seguito" della sentenza 105/2001 certifica la mortificazione del diritto di difesa nelle procedure quotidiane di convalida dei trattenimenti e degli allontanamenti.

5. Gli aspetti procedurali

Questioni strettamente connesse con l'esercizio dei poteri istruttori e decisorii sono quelle relative agli aspetti procedurali. Merita evidenziarne alcune che sono state sottoposte a scrutinio costituzionale. Con plurime ordinanze del Tribunale di Milano (ben 13!), la Corte venne investita della idoneità del rito camerale *ex art. 737 c.p.c.* ad assicurare la pienezza del contraddittorio e dell'esplicazione delle difese nelle procedure di convalida del trattenimento, in riferimento agli artt. 3,10,13,24 e 111 Cost. In particolare, i giudici remittenti dubitavano che il rito consentisse i necessari accertamenti in ordine alla sussistenza delle ragioni addotte dall'autorità di polizia e in ordine alle allegazioni difensive. La Corte (ord. n. 35/2002) dichiarò la manifesta infondatezza delle questioni evidenziando che la procedura camerale «quando sia prevista sen-

za specifiche limitazioni del contraddittorio, non viola di per sé il diritto di difesa» e successivamente precisando che «l'art. 738, co. 3, c.p.c. attribuisce al giudice il potere di assumere informazioni [...] che è assai più ampio di quello attribuito al giudice dall'art. 213 c.p.c. poiché non ha esclusivamente come destinatario una pubblica amministrazione ma può essere indirizzato nei confronti di qualsiasi soggetto, pubblico o privato, in grado di fornire elementi affidabili e postula che le risposte possano essere fornite con qualunque mezzo di comunicazione, compresi quelli più moderni e tecnologicamente avanzati, dei quali l'autorità giudiziaria, in procedimenti caratterizzati da speditezza e tuttavia concernenti la libertà personale, deve essere dotata». Lapidarie parole per dire che la celerità dei giudizi di convalida non può andare a discapito della tutela della libertà personale e che i giudici della convalida possono e debbono fare istruttoria, affatto impedita dal giudizio camerale.

A titolo meramente esemplificativo, se si considera che, secondo la ricerca *Lexilium*¹⁰, metà delle 169 convalide e la quasi totalità delle 99 proroghe esaminate nel 2015 presso l'Ufficio del Giudice di pace di Torino non superano i 5 minuti di durata, si avrà contezza di come alcuna attività istruttoria viene concretamente effettuata. L'ennesimo "seguito" è rimasto lettera morta.

Altra questione centrale nella prassi quotidiana inerisce la possibilità di accordare la tutela cautelare nei ricorsi avverso le espulsioni amministrative, la cui rilevanza è intuitiva se solo si pone mente al fatto che si tratta di provvedimenti dotati di immediata esecutività, anche se sottoposti a gravame o impugnazione. All'indomani dell'entrata in vigore della l. 40/1998 – quando il contesto normativo prevedeva un termine perentorio di soli 5 giorni per presentare ricorso, mentre la decisione doveva essere presa entro il termine ordinario dei successivi 10 giorni, senza che la normativa espressamente prevedesse la facoltà di accordare la sospensione dell'efficacia esecutiva dell'atto impugnato – alcuni pretori dubitarono della legittimità della norma sotto il profilo dell'art. 24 Cost.

La Corte dichiarò l'infondatezza della questione, con sentenza n. 161/2000, osservando come non fosse necessaria la tutela cautelare per una procedura destinata a risolversi in tempi così rapidi. Tuttavia, la Consulta suggerì un'interpretazione secondo cui la c.d. "sospensiva" «è possibile allorché patologicamente deviando dallo schema normativo astratto, il procedimento non possa concludersi nei dieci giorni fissati».

Oggi la procedura è quella del rito sommario di cognizione (art. 18, d.lgs. 150/2011) che non prevede espressamente la possibilità di accedere alla tutela cautelare che, tuttavia, è possibile ottenere ai sensi dell'art. 5, d.lgs. 150/2011

10. Mastromartino F., Rigo E., Veglio M., *Lexilium. Osservatorio sulla giurisprudenza in materia di immigrazione del Giudice di Pace: sintesi rapporti 2015*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2017, p. 4, www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/allegati/lexilium/84-sintesi-ricerca/file.

anche se, nella prassi non viene accordata nella stragrande maggioranza dei casi. Con grave pregiudizio del diritto di difesa del migrante specie quando l'espulsione è disposta contestualmente al diniego di rinnovo del permesso di soggiorno. In queste situazioni occorre ricorrere avanti il giudice amministrativo avverso il provvedimento presupposto ed a quello ordinario avverso quello consequenziale: siccome la giurisprudenza (Cass. civ. sez. VI, 11.7.2012, n. 11719) non consente al giudice ordinario di sindacare, neppure incidentalmente, la legittimità del provvedimento di rifiuto del titolo di soggiorno, in ragione del rigido riparto di giurisdizione, è di solare evidenza che solo la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento ablativo consente un rimedio effettivo in attesa della decisione (almeno cautelare) del TAR. Viceversa, l'interessato può essere espulso prima ancora che venga valutata la legittimità del rifiuto della sua domanda di rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno.

Quella descritta è forse la più grave conseguenza derivante dalla perfida previsione dell'immediata esecutività dei decreti di espulsione.

Un'altra sentenza d'infondatezza – e tuttavia foriera di rilevanti suggerimenti pratici – è la n. 198/2000 della Corte costituzionale. Si dubitava della conformità dell'art. 13, co. 8, d.lgs. 286/98, rispetto ai parametri di cui agli artt. 24 e 113 Cost., nella parte in cui non consentiva la tardiva opposizione avverso i decreti espulsivi del prefetto allorquando (ipotesi frequentissima) lo straniero non ne avesse avuto piena conoscenza, senza sua colpa, a causa dell'omessa traduzione dell'atto in lingua a lui conosciuta¹¹.

Nell'occasione la Consulta ebbe a precisare che «lo straniero (anche irregolarmente soggiornante) gode di tutti i diritti fondamentali della persona umana, tra i quali quello di difesa, il cui esercizio effettivo implica che il destinatario di un provvedimento, variamente restrittivo della libertà di autodeterminazione, sia messo in grado di comprenderne il contenuto e il significato. La traduzione del decreto di espulsione è dunque preordinata ad assicurare la sua effettiva conoscibilità [] L'esigenza primaria di non vanificare il diritto di azione fa sì che nell'ipotesi di ignoranza senza colpa del provvedimento di espulsione – in particolare per l'inosservanza dell'obbligo di traduzione dell'atto – debba ritenersi non decorso il termine per impugnare». In tal modo legittimando ricorsi tardivi ove il termine per impugnare non fosse stato rispettato a causa della violazione dell'obbligo di traduzione.

11. L'obbligo di traduzione del decreto di espulsione in lingua conosciuta al destinatario, con le indicazioni della modalità di impugnazione, è previsto dall'art. 13, co. 7, d.lgs. 286/98.

6. L'espulsione per motivi di sicurezza dello Stato e quella per prevenzione del terrorismo, anche internazionale

L'art. 3, legge 31 luglio 2005, n. 155 (normativa introdotta dal c.d. "decreto Pisanu" dopo gli attentati a Madrid e Londra del 2005), prevede un provvedimento amministrativo di espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo: il Ministro dell'interno, o su sua delega il prefetto, possono disporre l'espulsione dello straniero appartenente ad una delle categorie di cui all'art. 18 della legge 22 maggio 1975, n. 152 (c.d. "legge Reale"¹²), o nei cui confronti vi siano fondati motivi per ritenere che la permanenza nel territorio dello Stato possa, in qualsiasi modo, agevolare organizzazioni o attività terroristiche internazionali.

Gravi dubbi di legittimità costituzionale riguardavano le disposizioni procedurali, la cui applicazione però scadeva il 31 dicembre 2007. In prossimità della scadenza di detto termine il d.l. 29 dicembre 2007, n. 249 introdusse l'obbligo della preventiva convalida dell'espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo da parte del Tribunale in composizione monocratica ed abrogò la possibilità di sospendere il processo conseguente al ricorso in opposizione a tale espulsione per due anni, per il caso di apposizione del segreto d'indagine o di Stato. Poiché però il d.l. n. 249/2007 non fu convertito in legge le modifiche introdotte nel 2007 persero valore, così come dal 31 dicembre 2007 sono decadute le disposizioni processuali "eccezionali".

Quel che oggi resta di tale normativa è la previsione sostanziale di tale tipologia espulsiva che, però, s'intreccia con la fattispecie del provvedimento amministrativo di espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato prevista dall'art. 13, co. 1, TU. Infatti, l'art. 3, l. 155/2005 così testualmente inizia: «Oltre a quanto previsto dagli artt. 9, co. 5, e 13, co. 1, d.lgs. 286/98, il Ministro dell'interno o, su sua delega, il prefetto può disporre l'espulsione». La questione è ancora oggi rilevante perché non sempre è agevole, nella prassi, distinguere la condotta di chi, pur agendo in ambiti nei quali sono presenti persone ed organizzazioni dedite al terrorismo, non compia alcuna attività agevolatrice (costui potrebbe essere espulso ai sensi del co. 1 dell'art. 13 TU per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato), rispetto alla condotta di chi, invece, ponga in essere condotte adjuvanti organizzazioni terroristiche internazionali, nei cui confronti sarà applicabile l'espulsione specifica prevista dall'art. 3 l.155/05.

12. L'art. 18 della legge n. 152/1975 è stata abrogato dall'art. 120 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione emanato con d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 e non è stato sostituito. Tuttavia, le fattispecie che erano previste nella disposizione abrogata sono pressoché integralmente riprodotte nelle lett. d), e), f), g), h), i) dell'art. 4 d.lgs. n. 159/2011.

La Corte costituzionale con sentenza 10/14 dicembre 2007, n. 432 si occupò della possibile sovrapposibilità dell'espulsione ministeriale prevista dall'art. 3 l. 155/05, con quella – sempre ministeriale – prevista dall'art. 13, co. 1, TU. Merita riportare i passaggi salienti della motivazione della pronuncia della Corte: «Il giudice rimettente mostra di condividere l'interpretazione dell'amministrazione, nel senso che l'art. 13, co. 1, d.lgs. 286/98 sarebbe stato integrato dalle disposizioni contenute nell'art. 3 [...] con l'effetto di estendere a tutti i casi di espulsione (*ministeriale, ndr.*) il regime processuale di nuova introduzione (*regime procedurale ormai decaduto*) [...] non si pone però il quesito se il citato art. 3 abbia creato invece una situazione a se stante, per la quale soltanto siano applicabili le norme più restrittive previste espressamente per coloro che pongano in essere condotte agevolatrici delle organizzazioni terroristiche [...] Solo sovrapponendo l'art. 13 citato e l'art. 3, l. 155/05 si giunge alla configurazione del sistema [...] censurato dallo stesso giudice. Diversa potrebbe essere la valutazione se le due norme non si ritenessero sovrapponibili, con la conseguenza della concedibilità della misura cautelare della sospensione dell'efficacia del provvedimento di espulsione, secondo il regime generale non derogato dalla normativa vigente per i provvedimenti adottati in base all'art. 13 d.lg. 286/98».

La Corte lasciò intendere che è ben possibile ritenere che le due espulsioni ministeriali non siano affatto sovrapponibili (tale orientamento è stato condiviso dal TAR Lazio, sede di Roma, sez. 1 *ter*, sent. 14.1.2009, n. 155). La consapevolezza che si tratta di due tipologie di espulsioni distinte fa ritenere illegittimo un eventuale provvedimento amministrativo di espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo allorché manchino i presupposti di agevolazione effettiva di organizzazioni terroristiche.

7. I limiti all'esercizio della potestà espulsiva in presenza di vincoli genitoriali o familiari

L'art. 19, co. 2, d.lgs. 286/98 annovera, tra le persone nei cui confronti non sono possibili espulsioni o respingimenti, le donne in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono.

La Corte cost. con sent. n. 376/2000 dichiarò l'illegittimità costituzionale di questa disposizione nella parte in cui non estendeva il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio. Corte cost. sent. 444/2006 invece rigettò analoghe questioni inerenti il convivente *more uxorio* della donna in stato di gravidanza, perché nell'ordinamento giuridico italiano la paternità naturale non si presume durante la gravidanza, ma si ha col riconoscimento del figlio dopo la nascita. Peraltro sulla base di tali argomentazioni si dovrebbe ritenere che se la tutela non può estendersi al sedicente padre convivente *more uxorio* pri-

ma della nascita del figlio, difettando la presunzione di paternità, si dovrebbe riconoscerla dopo la nascita del figlio che sia stato riconosciuto come tale dal padre naturale e, in tal caso, la tutela dovrebbe essere limitata temporalmente fino al compimento del sesto mese del figlio naturale.

L'inespellibilità accordata nei casi in esame non ha natura permanente e si configura come sospensione della potestà espulsiva in ragione della tutela che l'ordinamento riconosce alle donne in gravidanza e nel periodo immediatamente successivo alla nascita del figlio. In queste situazioni, debitamente accertate tramite certificazione sanitaria, la donna e il marito convivente hanno diritto al rilascio di un permesso di soggiorno per cure mediche che non consente l'esercizio di attività lavorativa (art. 28, co. 1, lett. c), d.p.r. 394/1999).

In tema di ingresso e soggiorno di cittadini stranieri, l'art. 5, co. 5, d.lgs. 286/98, prevede che: «Nell'adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'art. 29, si tiene conto anche della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese di origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale».

La sentenza n. 202/2013 della Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del citato art. 5, co. 5, nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che ha esercitato il diritto all'unità familiare o al familiare ricongiunto, e non anche allo straniero che “*abbia legami familiari nel territorio dello Stato*”, coronando così un indirizzo giurisprudenziale già orientato a valorizzare i legami familiari esistenti in Italia, indipendentemente dal fatto che si fosse fatto ricorso all'istituto del ricongiungimento familiare *ex art. 29, d.lgs. 286/98*.

Infatti, «Il Consiglio di Stato, ha accolto l'istanza di sospensione del provvedimento impugnato [*rifiuto di rinnovo del permesso di soggiorno*] con riferimento ad una recente giurisprudenza, la quale ha affermato come situazioni familiari costituite o in via di regolarizzazione in Italia, siano pienamente assimilabili alla situazione di ricongiungimento familiare e siano meritevoli della stessa tutela prevista dall'art. 5, co. 5, secondo periodo del d.lgs. 286/98 come modificato dal d.lgs. 5/2007; nel senso, cioè, di richiedere all'amministrazione una valutazione ponderata dei legami familiari e della durata del soggiorno in Italia, rispetto alla gravità del reato cui si riferisce la sentenza di condanna [*nel caso di specie, evidentemente ostativa al rinnovo del titolo di soggiorno*] e alla effettiva persistenza di ragioni di tutela della sicurezza e tranquillità pubblica» (Cons. St., sez. III, 5.9.2012, n. 4713).

È importante richiamare i passaggi più importanti della motivazione della sentenza 202/2013 della Consulta. Si legge che «la tutela della famiglia e dei minori assicurata dalla Costituzione implica che ogni decisione sul rilascio o

sul rinnovo del permesso di soggiorno di chi abbia legami familiari in Italia debba fondarsi su una attenta ponderazione della pericolosità concreta ed attuale dello straniero condannato, senza che il permesso di soggiorno possa essere negato automaticamente, in forza del solo rilievo della subita condanna per determinati reati. Nell'ambito delle relazioni interpersonali, infatti, ogni decisione che colpisce uno dei soggetti finisce per ripercuotersi anche sugli altri componenti della famiglia e il distacco dal nucleo familiare, specie in presenza di figli minori, è decisione troppo grave perché sia rimessa in forma generalizzata e automatica a presunzioni di pericolosità assolute, stabilite con legge, e ad automatismi procedurali, senza lasciare spazio ad un circostanziato esame della situazione particolare dello straniero interessato e dei suoi familiari».

Inoltre la Corte rammenta che l'art. 8 CEDU esprime un livello di tutela dei rapporti familiari equivalente alla protezione accordata alla famiglia nel nostro ordinamento costituzionale.

Per quanto concerne il regime delle espulsioni, è noto che l'art. 13, co. 2 *bis*, d.lgs. 286/98 prevede una fattispecie analoga a quella di cui al citato art. 5, co. 5 dichiarata parzialmente incostituzionale: prescrivendo che, nell'adottare il provvedimento di espulsione per motivi connessi all'irregolarità amministrativa dell'ingresso e/o del soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto ai sensi dell'art. 29, si tiene conto anche della natura e effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, cultura o sociali con il suo Paese di origine.

La giurisprudenza ha inteso verificare la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 13, co. 2 *bis*, d.lgs. 286/98, alla luce dei principi espressi dalla sentenza 202/2013 della Consulta e, pertanto, estendere la protezione rafforzata che è prevista in tema di rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno per chi abbia vincoli familiari "di fatto" meritevoli di tutela al pari di chi ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, anche alle ipotesi di espulsione per irregolarità dell'ingresso o del soggiorno.

La Corte di cassazione, con sentenza n. 15362 del 22 luglio 2015 ha stabilito che «in tema di espulsione del cittadino straniero, l'art. 13, co. 2 *bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998, secondo il quale è necessario tener conto, nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, della natura e dell'effettività dei vincoli familiari, della durata del soggiorno, nonché dell'esistenza di legami con il Paese d'origine, si applica – con valutazione caso per caso, in coerenza con la Direttiva comunitaria 2008/115/CE – anche al cittadino straniero che abbia legami familiari nel nostro Paese, ancorché non nella posizione di richiedente formalmente il ricongiungimento familiare, in linea con la nozione di diritto all'unità familiare delineata dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 8 CEDU e fatta propria dalla sentenza n. 202 del 2013 della Corte cost., senza distinguere tra vita privata e familiare, trattandosi di estrinsecazioni del medesimo diritto fondamentale

tutelato dall'art. 8 cit., che non prevede gradazioni o gerarchie». Nello stesso senso: Cassazione civile, sez. VI, 3/9/2014, n. 18608; sez. I, ord. 23957/2018; sez. I, n. 781 del 15.1.2019.

In conclusione, la sent. 202/2013 ha avuto un “seguito” giurisprudenziale estensivo, che, tuttavia, pare spesso ignorato dall'amministrazione.

8. La tutela legale verso i respingimenti: una storia emblematica di disinvoltura legislativa

L'individuazione dei mezzi di tutela giurisdizionale esperibili avverso i provvedimenti di respingimento (sia immediati che differiti) è stata per anni problematica, perché il d.lgs. 286/98 non li indica espressamente. Peraltro il Codice frontiere Schengen (art. 13, co. 3) prevede che le persone respinte abbiano diritto di presentare ricorso, pur senza efficacia sospensiva automatica, conformemente alla legislazione nazionale.

Poiché dunque la legislazione statale non individuava la giurisdizione competente, dottrina e giurisprudenza erano divise tra un orientamento che propendeva per la giurisdizione amministrativa e un altro per quella ordinaria. Militava a favore della prima tesi – ricorso al T.A.R. – la constatazione della natura di atto amministrativo del decreto di respingimento, che, stante il principio di tassatività delle impugnazioni, ricadrebbe nel perimetro della giurisdizione amministrativa, in assenza di diverse indicazioni normative derogatorie al principio generale, com'è previsto, invece, per i ricorsi avverso le espulsioni prefettizie la cui cognizione è attribuita al Giudice di pace. Viceversa, i fautori della giurisdizione ordinaria ritenevano che il provvedimento di respingimento alla frontiera rappresentasse, per omogeneità contenutistica e funzionale, una *species* rispetto al *genus* provvedimento di espulsione rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario (T.A.R. Sicilia, 6. aprile 2009, n. 668; T.A.R. Calabria 20 aprile 2006, n. 432; T.A.R. Campania 16 maggio 2007, n. 2140).

La questione, relevantissima nella prassi, è stata risolta dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, con sentenza 17.6.2013, n. 15115, a seguito di proposizione di regolamento di giurisdizione, per quanto concerne i respingimenti differiti. È stata affermata la sussistenza della giurisdizione ordinaria, sulla scorta delle seguenti considerazioni: «il provvedimento del questore diretto al respingimento incide su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo: l'atto è infatti correlato all'accertamento positivo di circostanze-presupposti di fatto esaustivamente individuate dalla legge (art. 10, co. 1 e 2, TU) ed all'accertamento negativo della insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni vigenti che disciplinano la protezione internazionale [...] pertanto, in mancanza di norma derogatrice che assegni al giudice amministrativo la cognizione dell'impugnazione dei respingimenti, deve trovare applicazione il criterio generale secondo cui la giurisdizione sulle controversie

aventi ad oggetto diritti soggettivi, proprio in ragione dell'inesistenza di margini di ponderazione di interessi in gioco da parte dell'amministrazione, spetta al giudice ordinario». Inoltre, la competenza è del Tribunale territorialmente competente «non potendosi [] applicare analogicamente la speciale competenza del Giudice di pace prevista [] per l'impugnazione dei provvedimenti di espulsione e dovendosi dare corso alla generale e residuale attribuzione di competenza di cui all'art. 9 c.p.c.» (Cass. SSUU. 17.6.2013 n. 15115).

Per quanto concerne la giurisdizione relativa alle impugnazioni dei respingimenti immediati, il Consiglio di Stato, III sez., con sentenza 13.9.2013 n. 4543, sulla scia della citata sentenza delle Sezioni unite della Cassazione, ha stabilito la giurisdizione del giudice ordinario anche per questa tipologia di respingimenti. Interessante è la motivazione del supremo organo di giustizia amministrativa, perché chiarisce molto bene la differenza tra respingimenti ed espulsioni: «[] il potere di respingimento è lo stesso, e identica è la posizione dello straniero che ne è destinatario. La differenza tra le due fattispecie considerate dall'art. 10 consiste in ciò: che il caso ordinario e normale è il respingimento *in limine*, ossia immediato; e dal sistema si deduce che, di norma, se tale potere non viene esercitato esso si estingue, subentrando il diverso potere di espulsione [...] Tuttavia, nelle ipotesi considerate dal co. 2 (*respingimento differito*) la norma consente – a titolo eccezionale – che il potere di respingimento sopravviva e venga ancora esercitato benché lo straniero abbia fisicamente varcato la linea di frontiera. In altre parole, le ipotesi derogatorie ed eccezionali del co. 2 si risolvono in una *factio iuris* per cui lo straniero materialmente entrato nel territorio nazionale si considera invece ancora in *limine* e quindi soggetto a quel potere di respingimento che – senza la *factio iuris* – non potrebbe essere più esercitato. Ma come si vede il potere dell'autorità è sempre lo stesso e identica è la condizione giuridica dello straniero».

In conclusione, la competenza a dirimere le controversie in materia di respingimenti era del Tribunale ordinario in composizione monocratica in conseguenza dei citati arresti giurisprudenziali del 2013.

A seguito dell'entrata in vigore della l. 46/2017, che ha istituito le sezioni specializzate in materia di immigrazione, si potrebbe prospettare l'ipotesi che la cognizione a conoscere le controversie in materia di respingimenti, tanto immediati quanto differiti, sia attribuibile a tali sezioni.

Tuttavia, a ben vedere, l'art. 3 di tale legge, che disciplina la competenza per materia di queste sezioni, non prevede affatto la materia dei respingimenti, molto probabilmente a causa di una “dimenticanza” del legislatore, che nemmeno si è posto la questione. Anche se lo stesso legislatore si è premurato di modificare l'art. 6, co. 3, d.lgs. 142/2015 che disciplina le ipotesi in cui una richiesta di protezione internazionale venga avanzata da uno straniero in pendenza di trattenimento amministrativo finalizzato all'esecuzione dell'espulsione, prevedendo che rimanga ristretto nel C.P.R. quando vi sono fondati motivi per ritenere che la domanda sia stata avanzata al solo scopo di ritardare o im-

pedire l'esecuzione dell'espulsione: in tale ipotesi, la competenza a provvedere alla ri-convalida della misura (successiva a quella del Giudice di pace) è pacificamente attribuita alla sezione specializzata per l'immigrazione del Tribunale, trattandosi di materia che inerisce la protezione internazionale.

Tuttavia, poiché nei C.P.R. possono essere trattenuti pure i respinti in via differita (in attesa della loro identificazione e del reperimento del vettore per l'allontanamento), nel caso in cui la domanda di protezione fosse avanzata da un trattenuto respinto, i Tribunali più avveduti non ri-convalidavano il trattenimento, posto che la norma faceva espresso riferimento solo allo straniero trattenuto in attesa dell'esecuzione dell'espulsione e non anche del respingimento, dovendosi dare stretta interpretazione alla norma nel pieno rispetto del principio di stretta legalità vigente in materia di privazione della libertà personale *ex art. 13 Cost.*

Al solo fine di ovviare a questa "lacuna", il legislatore del 2017 ha modificato il citato art. 6, co. 3 inserendo l'ipotesi dello straniero trattenuto in attesa di esecuzione di un decreto di respingimento. È agevole notare come nel 2017 il legislatore si sia occupato del respingimento solo per consentire la prosecuzione del trattenimento nei confronti di un respinto richiedente protezione internazionale, ma non anche per disciplinare con chiarezza le forme di tutela giurisdizionale per gli stranieri oggetto di provvedimento di respingimento.

La questione si è ulteriormente complicata a seguito delle modifiche all'art. 10, co. 2, TU apportate con la legge n. 132/2018, di conversione del d.l. n. 113/2018.

L'occasione che ha dato origine alla riforma è conforme alle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale in termini di adeguamento delle garanzie sul controllo giurisdizionale dei respingimenti differiti, le conseguenze sono, invece, nettamente peggiorative. All'origine c'è la sentenza n. 275/2017 della Consulta che, nel dichiarare l'inammissibilità per difetto di rilevanza di una questione di legittimità costituzionale relativa alla norma in questione, tuttavia concluse nei seguenti termini: «l'inammissibilità delle questioni non può esimersi la Corte dal riconoscere la necessità che il legislatore intervenga sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, considerando che tale modalità esecutiva restringe la libertà personale (sentenze n. 222 del 2004 e n. 105 del 2001) e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all'art. 13, terzo co., Cost.». Il cui "seguito" lascia a dir poco stupefatti per l'estrema disinvoltura del legislatore, come di seguito si dirà.

In effetti l'accompagnamento coattivo alla frontiera, nei casi di respingimento differito, non prevedeva la convalida giurisdizionale, a differenza dell'accompagnamento alla frontiera degli espulsi. Il legislatore, accogliendo il monito della Consulta, ha introdotto il co. 2 *bis* nell'art. 10 TU prevedendo che al provvedimento di respingimento differito si applichino le procedure di convalida di cui all'art. 13, co. 5 *bis*, 5 *ter*, 7 e 8, TU cioè l'identica procedura

prevista per le espulsioni amministrative, ivi compresa la convalida dell'accompagnamento e la ricorribilità al Giudice di pace.

L'attribuzione della competenza al Giudice di pace anche a conoscere delle controversie sui respingimenti differiti è palese stante l'espreso richiamo, contenuto nell'art. 10 co. 2 *bis* TU di nuovo conio, all'art. 13, co. 8, TU a mente del quale le controversie avverso i decreti di espulsione sono disciplinate dall'art. 18, d.lgs. 150/2011 il quale, a sua volta, attribuisce la competenza al Giudice di pace del luogo in cui ha sede l'autorità che ha emesso il provvedimento. Queste controversie sono regolate dal rito sommario di cognizione, salvo quanto diversamente previsto. Il giudizio è definito con ordinanza non appellabile.

La ricostruzione delle competenze sopra esposta palesa la totale irragionevolezza del sistema delineato dalla giurisprudenza di legittimità e dal legislatore.

Infatti, a conoscere delle controversie relative ai respingimenti immediati sussiste la competenza del Tribunale ordinario a mente della sentenza SSU 17.6.2013 n. 15115 (senza peraltro che sia chiaro se siano competenti le sezioni specializzate in materia di immigrazione, istituite a quattro anni di distanza dalla citata sentenza e senza che sia definito il rito applicabile, si potrebbe ipotizzare il rito sommario). Invece, a conoscere delle controversie sui respingimenti differiti sussiste la competenza del Giudice di pace, regolata dal rito sommario con alcune peculiarità definite all'art. 18, d.lgs. 150/2011. Con l'unica eccezione dell'ipotesi del respinto trattenuto che formuli istanza di protezione internazionale, la cui ri-convalida spetta alla sezione specializzata del tribunale.

Sfugge davvero la *ratio* del sistema delineato. La competenza per materia varia in funzione del momento in cui viene disposto il respingimento: *in limine* oppure quando la frontiera è superata, ma, grazie a quella che il Consiglio di Stato definisce *fictio iuris*, ancora permane il potere di respingere. Pare evidente che, forse senza che il legislatore nemmeno se ne sia reso conto, si perviene ad una sostanziale sovrapposizione dei respingimenti differiti con le espulsioni per ingresso illegale. Ed a maggior ragione se si considera che la legge n. 132/2018, di conversione del d.l. n. 113/2018, ha altresì introdotto i co. 2 *ter*, *quater*, *quinquies* e *sexies* nel testo originario dell'art. 10 TU che prevedono:

- a) il divieto di reingresso dello straniero destinatario di respingimento differito per un periodo da tre a cinque anni, la cui trasgressione è punita con la reclusione da uno a quattro anni cui consegue l'espulsione con accompagnamento immediato;
- b) la reclusione da uno a cinque anni per lo straniero che reitera il reingresso, dopo essere stato già denunciato ed espulso;
- c) l'obbligo di arresto anche fuori dei casi di flagranza e rito direttissimo;
- d) la segnalazione del respinto in via differita nel Sistema d'informazione Schengen ai fini della inammissibilità negli Stati firmatari della omonima convenzione.

Tuttavia una differenza resta, e pure rilevante, perché all'istituto del respingimento, in entrambe le sue forme, non si applica la "Direttiva rimpatri" 2008/115/CE che, all'art. 2, rubricato "*Ambito di applicazione*" prevede, al § 2, lett. a), che «gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente Direttiva ai cittadini di Paesi terzi sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'articolo 13 del codice frontiere Schengen ovvero fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro».

Con la legge n. 121/2011, di recepimento nel diritto interno della Direttiva in questione, il legislatore si è avvalso della facoltà accordata agli Stati membri dal citato art. 2 e, conseguentemente, le disposizioni dello strumento normativo sovranazionale, in primo luogo la concessione di un termine per la partenza volontaria ed il riesame del trattenimento, non si applicano ai respingimenti. Non a caso, invero, anche il nuovo co. 2 *bis* dell'art. 10 TU non richiama i co. 5, 5.1 e 5.2 dell'art. 13 che disciplina l'istituto della concessione del termine per la partenza volontaria.

Il che consente all'autorità di PS di avere mano libera nel disporre il respingimento differito degli stranieri nei centri *hotspot*, cui segue il trattenimento nei C.P.R., sempre che lo straniero non riesca a formulare tempestivamente domanda di protezione internazionale.

9. Lo statuto speciale del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale

Il tema dei respingimenti conduce inevitabilmente a prendere in esame le forme di trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, proprio per la stretta correlazione funzionale esistente tra "approccio *hotspot*" e l'istituto del respingimento. Seppure il tema esuli da questa trattazione, varrà la pena ricordare che presso i "punti di crisi" (la versione italiana dell'*hotspot*) si verifica una prima distinzione tra le persone da avviare alle operazioni di rimpatrio (frettolosamente individuate come migranti economici sulla base del Paese di presunta provenienza) per il tramite del respingimento e coloro da avviare alle procedure di protezione. Tuttavia, anche ove il migrante riesca a dar corpo alla sua domanda di protezione, cionondimeno l'ordinamento consente il suo trattenimento nei casi che ora esamineremo.

Nonostante l'art. 6, co. 1, d.lgs. 142/2015 prescriva che «il richiedente non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda» le deroghe a questo principio generale sono numerose. In primo luogo, il citato art. 6 impone il trattenimento del richiedente nei C.P.R. quando abbia commesso gravi crimini contro l'umanità, quando sia nelle condizioni per essere espulso per

motivi di pericolosità sociale, di sicurezza dello Stato o di prevenzione del terrorismo e ove sussista il rischio di fuga (in caso di ricorso reiterato a false dichiarazioni sulla propria identità al solo fine di evitare di essere espulso, ovvero non abbia ottemperato alle misure alternative al trattenimento o abbia violato quelle imposte in occasione della concessione del termine per la partenza volontaria): in tutti questi casi il richiedente deve essere trattenuto (sempre che vi sia disponibilità di posti nei C.P.R.). Inoltre, continua ad essere trattenuto il richiedente che presenti la domanda di protezione in pendenza di trattenimento, se vi siano fondati motivi per ritenere che la domanda sia strumentale ad evitare l'esecuzione del respingimento o dell'espulsione per cui il trattenimento è in atto. A questo proposito, si consideri l'estrema difficoltà a conoscere il contenuto della domanda di protezione – peraltro non compiutamente esplicitata, per la ovvia ragione che ancora non si è tenuta l'audizione in commissione territoriale -, ragion per cui in questi casi si è in presenza di una presunzione di strumentalità della domanda che determina la ri-convalida del trattenimento da parte del tribunale. Si apre così una parentesi, nell'ambito del trattenimento pre-espulsivo, finalizzata all'esame della domanda di protezione, terminata la quale riprende il trattenimento finalizzato all'esecuzione del provvedimento ablativo sempre che, ovviamente, non venga riconosciuta una forma di protezione.

Siccome il trattenimento del richiedente asilo può protrarsi fino ad un massimo di un anno, è evidente la natura "punitiva" di tale previsione volta a scoraggiare l'inoltro di domande di protezione in pendenza di trattenimento.

Orbene, se si considera che l'espulsione o il respingimento possono essere disposti fin dall'arrivo del migrante nell'*hotspot*, ove i problemi di accesso alla procedura di protezione sono ben noti, è assai frequente che costui non abbia modo di avanzare domanda di protezione tempestivamente e sia costretto a farlo solo dopo essere stato condotto nel C.P.R., perché ritenuto apoditticamente migrante economico. Ecco allora evidente la stretta consequenzialità tra approccio *hotspot* e trattenimento.

Su questi temi hanno inciso profondamente sia la legge n. 46/2017 (di conversione del c.d. "decreto Minniti" n. 17/2017) che la legge n. 132/2018 (di conversione del c.d. "primo decreto Salvini" n. 113/2018) nei termini che seguono.

La l. 46/17 ha introdotto l'art. 10 *ter* nel d.lgs. 286/98 recante «disposizioni per l'identificazione dei cittadini stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare»: lì si prevede che i migranti siano condotti presso i punti di crisi per essere fotosegnalati ai sensi del Regolamento Eurodac. È il tentativo di fornire veste giuridica all'approccio hotspot, senza che tuttavia sia regolamentata la permanenza di fatto in questi centri, in cui può perpetrarsi una privazione della libertà personale *sine titulo*, una sorta di anticipazione di fatto del trattenimento legislativamente normato.

Sulla base di questa previsione s'innesta il nuovo co. 3 *bis*, d.lgs. 142/2015 introdotto dalla legge 132/18 che disciplina il trattenimento dei richiedenti protezione a fini identificativi. Si prevede il trattenimento fino a 30 giorni di costoro proprio nei centri di cui all'art. 10 *ter* per la determinazione della loro identità o cittadinanza. Se nell'arco di questo termine non è possibile effettuare tali verifiche, il richiedente può essere trattenuto nei C.P.R. per un periodo massimo di 180 giorni.

E così il cerchio *hotspot* - C.P.R. si chiude. L'*hotspot* è l'anticamera del C.P.R.

Senza considerare, *dulcis in fundo*, che non sono certamente necessari 7 mesi per identificare un richiedente asilo, posto che, com'è noto, è inibito all'amministrazione prendere contatti con i consolati dei Paesi di origine dei richiedenti e, quindi, l'identificazione si concreta ed esaurisce nella comparazione dei rilievi fotodatoscopici con quelli inseriti nelle varie banche dati in uso alle forze di polizia, operazione che può e deve essere compiuta in poche ore.

Il combinato disposto delle norme appena esaminate disegna un trattenimento speciale per il richiedente asilo di dubbia legittimità, sia con riferimento alla normativa eurounitaria che con riferimento ai parametri di ragionevolezza e tutela della libertà personale previsti dalla nostra Costituzione. Anche se fino ad ora alcuna questione risulta sollevata, è assai probabile che presto la Consulta sarà chiamata a valutare la legittimità di queste inutili e vessatorie previsioni normative.

La criminalizzazione dello straniero irregolare: uno sguardo d'insieme sul ventennio appena trascorso

di *Luca Masera**

Sommario: 1. Premessa. – 2. Dalle norme penali del T.U.L.P.S. al Testo Unico del 1998. – 3. La legge Bossi-Fini del 2002 e le modifiche del 2004: gli anni della carcerazione di massa degli stranieri irregolari. – 4. I c.d. Pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009: la circostanza aggravante e il reato di clandestinità. – 5. La sentenza El Dridi della Corte di giustizia dell'Unione europea e l'illegittimità della pena detentiva per lo straniero inottemperante all'ordine di allontanamento. – 6. La riforma del 2011 e la sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria. – 7. Il decreto sicurezza del 2018 e l'incriminazione del reingresso a seguito di esecuzione di un provvedimento di respingimento differito. – 8. Dalla carcerazione di massa al diritto penale simbolico: lo straniero irregolare rimane un destinatario irrinunciabile della sanzione penale. – 9. Sintesi e conclusioni.

1. Premessa

Il diritto penale ha svolto un ruolo significativo nel delineare gli ultimi vent'anni di politica legislativa in materia di immigrazione. Il ventennio appena trascorso vede, in effetti, lo sviluppo di quello che è diventato un autonomo (e inedito) settore della parte speciale del diritto penale, definito appunto *diritto penale dell'immigrazione*: cioè l'insieme di fattispecie incriminatrici che, a partire dal finire degli anni Novanta, sono state introdotte (e a più riprese modificate) al fine di contrastare il fenomeno dell'immigrazione irregolare.

L'intervento penalistico in materia si articola attraverso due diverse tipologie di incriminazione. Da un lato vi sono le figure di reato che puniscono le diverse forme di favoreggiamento delle migrazioni irregolari, e risultano dunque imputabili a soggetti (italiani o stranieri) non direttamente coinvolti nel percorso migratorio; dall'altro vi sono le figure criminose che a vario titolo

* Luca Masera, professore di Diritto Penale presso Università di Brescia.

sanzionano l'ingresso o la permanenza irregolari nel territorio dello Stato, e puniscono quindi direttamente i migranti irregolari.

Mentre la scelta di criminalizzare il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (cui è dedicato in questo volume il saggio di Angelo Caputo¹) ha rappresentato una costante della nostra legislazione recente, anche in ragione dei vincoli sovranazionali in tal senso, l'atteggiamento punitivo nei confronti dello straniero irregolare (su cui concentreremo in via esclusiva l'attenzione nel nostro contributo) si è invece declinato in maniera assai diversa nel corso degli ultimi vent'anni. La decisione di punire o meno con la sanzione penale lo straniero in ragione della sua mera irregolarità amministrativa ha, infatti, un contenuto profondamente *politico*, in quanto contribuisce in maniera significativa a definire l'approccio che l'ordinamento giuridico nel suo complesso esprime nei confronti del fenomeno migratorio, ed è per questo una scelta variabile a seconda delle sensibilità espresse in materia migratoria dalle diverse maggioranze che si sono alternate in questo periodo alla guida del nostro Paese.

In questo saggio, piuttosto che passare in rassegna ciascuna delle numerose fattispecie penali attualmente applicabili allo straniero irregolare, è nostra intenzione ripercorrere le linee di sviluppo che hanno caratterizzato il diritto penale dell'immigrazione dell'ultimo ventennio. Una volta ricostruiti i momenti salienti di tale sviluppo, e fornito un quadro sintetico della normativa vigente, concluderemo con qualche breve considerazione di carattere generale sul significato complessivo del ricorso alla sanzione penale quale strumento di gestione dei fenomeni migratori.

2. Dalle norme penali del T.U.L.P.S. al Testo Unico del 1998

Sino a che il legislatore non prese contezza, verso la fine degli anni Ottanta, della necessità di predisporre una analitica disciplina del soggiorno dei cittadini stranieri (extracomunitari) nel nostro Paese, la regolamentazione di tale fenomeno era affidata a poche e generiche disposizioni del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza di epoca fascista (T.U.L.P.S., r.d. 18.6.1931, n. 773). Per quanto riguarda le condotte penalmente rilevanti, l'art. 142 imponeva allo straniero di presentarsi, entro tre giorni dall'ingresso nel territorio dello Stato, all'autorità di polizia per «dare contezza di sé e fare la dichiarazione di soggiorno», obbligo la cui inottemperanza, ai sensi dell'art. 17, era punita con la pena alternativa dell'arresto fino a tre mesi o dell'ammenda; ulteriore ipotesi di reato (punita con la pena dell'arresto da uno a sei mesi) si configurava, ai sensi dell'art. 152, co. 3, quando lo straniero non si attenesse all'itinerario fissato dall'autorità prefettizia nel foglio di via obbligatorio; infine, era punito all'art. 151 con l'arresto da due a sei mesi lo straniero espulso che facesse il-

1. Si veda in questo volume Caputo A., pp. 164 ss.

legalmente ritorno nel nostro Paese. Benché, dunque, l'ingresso illegale dello straniero non costituisca di per sé un reato, a determinate condizioni il soggiorno irregolare poteva rivestire rilevanza penale, ma le fattispecie applicabili erano di minima gravità (reati contravvenzionali, puniti con modeste pene detentive)².

Nel concitato susseguirsi di interventi normativi che, a partire dalla fine degli anni Ottanta, precedono l'emanazione del Testo Unico nel 1998, l'opzione penale viene dapprima abbandonata (la c.d. legge Martelli - d.l. 30.12.1989, n. 416, conv. in legge 28.2.1990, n. 39, abroga gli artt. 142 e 152, e non prevede alcuna nuova fattispecie penale in capo allo straniero irregolare che non ottemperi all'ordine di lasciare lo Stato) e poi nuovamente ripresa (con il c.d. decreto Conso, d.l. 14.6.1993, n. 187, conv. in legge 12.8.1993, n. 296, viene sanzionato penalmente lo straniero che «non si adopera per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente»: fattispecie che sarà dichiarata incostituzionale per contrasto con il principio di tassatività, vista l'insanabile genericità della condotta richiesta allo straniero³).

Il Testo Unico sull'immigrazione del 1998 (c.d. legge Turco-Napolitano, d.lgs. 286/1998) conferma le opzioni di politica-criminale della legge Martelli, limitando l'uso della sanzione penale alla sola ipotesi dello straniero espulso che faccia illegalmente rientro in Italia (art. 13 co. 13 TU, che sostituisce l'abrogato art. 151 T.U.L.P.S., confermandone la cornice edittale: l'illecito reingresso configura ancora una contravvenzione punita con l'arresto da due a sei mesi). L'opzione di fondo è quella di non criminalizzare la condizione di irregolarità, affidando a misure di natura amministrativa l'onere di contrastare il fenomeno dell'immigrazione irregolare, mediante la predisposizione di un rigoroso sistema di esecuzione dei provvedimenti espulsivi (è con il TU del 1998 che viene introdotta la figura della *detenzione amministrativa* in attesa del rimpatrio).

Nell'impianto originario del TU, il diritto penale è dunque chiamato a ricoprire un ruolo tutto sommato marginale nel complessivo sistema di contrasto all'immigrazione irregolare, non configurandosi fattispecie penali legate al mero *status* di illegalità del soggiorno, salva l'ipotesi di reingresso irregolare.

2. Per un'analisi della normativa antecedente al 1998, cfr. per tutti il fondamentale lavoro di Caputo A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 171 ss.

3. Corte cost. 13 febbraio 1995, n. 34: per un commento alla decisione, cfr. Visconti C., *Determinatezza della fattispecie penale e bilanciamento di interessi*, «Il Foro italiano», II, 1995, p. 2773 ss. e Marinucci G., Dolcini E., *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 148 s.

3. La legge Bossi-Fini del 2002 e le modifiche del 2004: gli anni della carcerazione di massa degli stranieri irregolari

La vittoria alle elezioni politiche del 2001 della coalizione di centro-destra, che aveva fatto dell'inasprimento del contrasto all'immigrazione irregolare uno dei punti di forza del programma di Governo, comporta un radicale mutamento di rotta. All'interno di un generale irrigidimento delle procedure di esecuzione dei provvedimenti espulsivi, la modifica più significativa in materia penale introdotta con la c.d. legge Bossi-Fini (l. 30.7.2002, n. 189) consiste nella previsione di un reato contravvenzionale (punito con l'arresto da sei mesi ad un anno) a carico dello straniero che non ottemperi all'ordine di allontanamento impartitogli dal questore quando non sia possibile procedere immediatamente al rimpatrio o quando non sia possibile trattenere lo straniero in un centro di detenzione amministrativa (art. 14 co. 5 *ter* TU); in via poi del tutto eccezionale, trattandosi di una mera contravvenzione, il co. 5 *quinquies* dell'art. 14 dispone l'arresto obbligatorio dell'autore del fatto.

Proprio l'evidente irragionevolezza di prevedere come obbligatoria l'applicazione della misura pre-cautelare dell'arresto per un reato in relazione al quale, trattandosi di una semplice contravvenzione, il giudice non aveva poi la possibilità di disporre alcuna misura cautelare limitativa della libertà (con l'assurdo risultato di udienze di convalida dell'arresto destinate inevitabilmente a concludersi con l'immediata rimessione in libertà dell'arrestato, se non responsabile di altro reato), spinge nel luglio del 2004 la Corte costituzionale⁴ a dichiarare l'incostituzionalità della previsione dell'arresto obbligatorio per violazione degli artt. 3 e 13 Cost.

La reazione del legislatore alla censura di costituzionalità interviene in tempi rapidissimi. Già nel mese di settembre viene emanato un decreto legge (d.l. 14.9.2004, n. 241, conv. in l. 12.11.2004, n. 271), che trasforma il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento da contravvenzione in delitto, punito con la pena della reclusione da uno a quattro anni: un quadro edittale che consente, ai sensi dell'art. 280 co. 2 c.p.p., l'applicazione della custodia cautelare in carcere, superando così i rilievi di irragionevolezza formulati dalla Corte costituzionale. Ad inasprire poi ulteriormente la disciplina viene previsto per tale reato l'arresto obbligatorio e l'obbligo di procedere con rito direttissimo.

Nei sette anni in cui è rimasta in vigore con il quadro sanzionatorio introdotto nel 2004⁵, il delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento

4. Corte cost. 15 luglio 2004, n. 223: per un commento, cfr. la nota di Calcagno E., *Permanenza illecita nel territorio dello Stato: illegittimità costituzionale e limiti applicativi*, «Diritto penale e processo», 2005, p. 304 ss.

5. Come vedremo nei prossimi paragrafi, nell'aprile 2011 la sentenza *El Dridi* della Corte di giustizia dell'Unione europea affermerà l'inapplicabilità della pena detentiva prevista per tale reato, e nell'estate del 2011 il legislatore interverrà per sostituire alla pena detentiva la pena pecuniaria.

di cui all'art. 14 co. 5 *ter*⁶ ha raffigurato uno dei titoli di reato in assoluto più ricorrenti davanti ai nostri giudici penali, al punto da interessare in molti distretti di Corte d'appello quasi la metà di tutti i processi che venivano celebrati con il rito direttissimo. In questi anni, per lo straniero l'effettivo ingresso nel circuito carcerario, in ragione della mera condizione di irregolarità del soggiorno, era una prospettiva assai concreta se non probabile.

Nello scorso decennio, quindi, la politica di contrasto all'immigrazione irregolare ha fatto della *carcerazione* degli stranieri irregolari uno dei capisaldi dell'apparato sanzionatorio. Tale criminalizzazione di massa, che per le sue dimensioni ha costituito un *unicum* nel panorama europeo, si è articolata intorno alla fattispecie delittuosa di inottemperanza all'ordine di allontanamento, che ha condotto in carcere in questi anni migliaia di stranieri, che non avevano commesso altro reato che quello derivante, ai sensi di tale norma, dalla loro condizione di irregolarità.

Sin dalle prime settimane successive alla riforma del 2004, la scelta del legislatore di inasprire in modo così significativo il trattamento penale del migrante irregolare aveva in verità destato perplessità in molti giudici penali, che in diverse occasioni avevano eccepito l'incostituzionalità del reato ai sensi degli artt. 3 e 27 co. 3 Cost., in ragione proprio dell'irragionevole durezza dell'arsenale sanzionatorio. In effetti, l'art. 14 co. 5 *ter* TU rappresenta un'ipotesi speciale rispetto alla figura generale di inosservanza di un ordine dell'autorità tipizzata all'art. 650 c.p.: se la figura generale configura una contravvenzione punita con pena alternativa, non pare ragionevole che la figura speciale arrivi a integrare gli estremi di un delitto punito con un massimo edittale che consente la custodia cautelare in carcere.

La Corte costituzionale, nelle numerose pronunce in cui si è occupata del tema⁷, ha tuttavia sempre giudicato le questioni infondate, ritenendo che il significativo differenziale di pena rispetto alla figura generale di inosservanza di un ordine dell'autorità trovasse giustificazione nella finalità della norma speciale di tutelare in modo particolarmente rigoroso il bene giuridico di primario rilievo del controllo dei flussi migratori. La Corte, in verità, non si esime dal criticare anche aspramente il complessivo strumentario repressivo predisposto negli anni dal legislatore, evidenziando una gestione politico-criminale del fenomeno migratorio certo non rispondente a criteri di razionalità

6. Nelle ipotesi di reiterata inottemperanza all'ordine di allontanamento, si applicava la fattispecie di cui all'art. 14 co. 4 *quater*, ove era prevista la pena della reclusione da uno a cinque anni.

7. Cfr. *ex multis* Corte cost. 5/2004 e soprattutto Corte cost. 22/2007 («Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2007, p. 173, con nota di Savio G.), le cui affermazioni vengono testualmente riprese da tutte le decisioni successive: per un'analisi della giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 14 co. 5 *ter*, sia consentito il rinvio a Maserà L., "Art. 14 TU Imm.", in Dolcini E., Gatta G.L. (a cura di), *Codice penale commentato*, IPSOA, IV ed., Milano, 2015, p. 2826 ss.

e di ragionevolezza⁸, ma la violazione del principio di ragionevolezza non è talmente *evidente* da legittimare un suo intervento in senso ablativo.

La giurisprudenza ordinaria (specie di merito) ha poi provato a restringere in via ermeneutica l'ambito di applicazione del delitto di cui all'art. 14 co. 5 *ter*, in particolare attraverso un'interpretazione estensiva della clausola del "senza giustificato motivo" presente nella struttura della fattispecie, che veniva intesa secondo alcuni orientamenti sino a ritenere integrato un giustificato motivo ogni volta che l'imputato svolgeva un'attività lavorativa (ovviamente irregolare) essenziale per il sostentamento suo e della sua famiglia; orientamenti che peraltro non hanno mai trovato riscontro in sede di legittimità, ove il giustificato motivo veniva limitato a situazioni ove fossero emersi elementi (come lo stato di totale impossidenza dello straniero, o la presenza di ostacoli giuridici al rimpatrio) che rendevano concretamente impossibile per lo straniero adempiere all'ordine di lasciare il territorio italiano⁹.

Per concludere, la "resistenza" offerta da una parte non esigua della magistratura penale a dare applicazione ad una norma considerata ingiusta ed irragionevole non ha tuttavia potuto impedire che centinaia di processi per il reato in esame venissero celebrati ogni giorno nei Tribunali di tutta la penisola, ed in applicazione di tale norma centinaia di stranieri venissero privati della libertà (in custodia cautelare o in esecuzione di una sentenza definitiva) per la sola ragione che il loro soggiorno in Italia era irregolare. Il delitto qui in esame, ben più della norma-manifesto introdotta nel 2009 all'art. 10 *bis* TU (il c.d. reato di clandestinità, su cui ci soffermeremo nel prossimo paragrafo), ha rappresentato il vero volto del diritto penale dell'immigrazione nel ventennio appena trascorso.

4. I c.d. Pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009: la circostanza aggravante e il reato di clandestinità

Nel 2008, all'esito di una campagna elettorale in cui era risultato ancora una volta centrale il tema della sicurezza pubblica e delle strategie di contrasto all'immigrazione irregolare, la coalizione di centro-destra risultata vincitrice emana con decretazione d'urgenza una prima *tranche* di un più ampio in-

8. «Occorre riconoscere che il quadro normativo in materia di sanzioni per l'ingresso illecito o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, anche per interventi legislativi successivi a pronunce di questa Corte, presenta *squilibri, sproporzioni e disarmonie*, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa»: cfr. Corte cost. 22/2007, § 7.3 del "considerato in diritto".

9. Per una ricognizione della giurisprudenza in relazione all'interpretazione della clausola del "senza giustificato motivo", cfr. ancora Masera L., "Art. 14 TU Imm.", *op. cit.*, p. 2813 ss.

tervento in materia di sicurezza pubblica (c.d. Pacchetto sicurezza 2008, d.l. 23.5.2008, n. 92, conv. in l. 24.7.2008, n. 125), con importanti modifiche in tema di diritto penale dell'immigrazione¹⁰. La modifica più rilevante è costituita dall'introduzione di una nuova circostanza aggravante comune, che comporta per ogni reato compiuto da uno straniero irregolare l'aumento della pena sino ad un terzo per «l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale» (c.d. *circostanza aggravante di clandestinità*, art. 61 n. 11 *bis* c.p.).

L'estate successiva viene varata la seconda parte delle riforme in materia di sicurezza pubblica (c.d. Pacchetto sicurezza 2009, l. 15.7.2009, n.94), dove ancora una volta grande risalto viene attribuito alla questione dell'immigrazione irregolare¹¹. La novità più significativa (ed assai enfatizzata sui media) dell'intero pacchetto è l'introduzione del c.d. *reato di clandestinità* (art. 10 *bis* TU, che configura peraltro una fattispecie contravvenzionale, punita con la sola sanzione pecuniaria dell'ammenda).

Il reato rappresenta nell'intendimento della maggioranza l'ultimo passaggio per portare a compimento il percorso di criminalizzazione dello straniero irregolare, non punendosi più con la sanzione penale, ai sensi dell'art. 14 co. 5 *ter*, soltanto lo straniero espulso che non adempie all'ordine di allontanarsi, ma configurandosi con la nuova norma come reato già l'ingresso o la permanenza irregolari.

Entrambe le disposizioni suscitano da subito gravi perplessità nei commentatori¹², e da parte della giurisprudenza di merito sono numerose le eccezioni di incostituzionalità, che verranno risolte con due importanti decisioni assunte nella medesima udienza dalla Corte costituzionale nel luglio 2010¹³.

10. Per un commento al complesso dell'intervento normativo, cfr. tra gli altri Aa.Vv., Mazza O., Viganò F. (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008 (con commento alle riforme in materia di immigrazione di Masera L., "Immigrazione", p. 3 ss.), e Aa.Vv., "*Decreto sicurezza*": tutte le novità, IPSOA, Milano, 2008 (con commenti di Gatta G.L., "Modifiche in tema di circostanze del reato", p. 27 ss. e Corbetta S., "Modifiche alla Bossi-Fini", p. 193 ss.).

11. Per un commento, cfr. tra gli altri Aa.Vv., Mazza O., Viganò F. (a cura di), *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, Giappichelli, Torino, 2009 (con commento alle riforme in materia di immigrazione di Masera L., "'Terra bruciata' attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti", p. 27 ss.), e Aa.Vv., Corbetta S., Della Bella A., Gatta G.L. (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009 (con commenti alle diverse riforme in materia di immigrazione di Barbuto G., Caputo A., Pistorelli L.).

12. Per quanto riguarda in particolare la circostanza aggravante, che è stata oggetto delle critiche più aspre da parte della dottrina, cfr. *ex multis* Dodaro G.D., *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2008, p. 1634 ss. e Gatta G.L., *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11 bis c.p.): uguaglianza calpestata, op. cit.*, 2009, p. 713 ss.

13. Corte cost. 5 luglio 2010, n. 249, relativa alla circostanza aggravante: per un commento, cfr. in particolare Viganò F., *Nuove prospettive per il controllo di costituzionali-*

La Corte dichiara incostituzionale l'aggravante, per contrasto con il principio di *uguaglianza-ragionevolezza* (risolvendosi la norma in un'irragionevole discriminazione degli stranieri irregolari fondata su una presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità) e con il *principio di offensività* (basandosi l'aumento di pena non su una maggiore gravità oggettiva o soggettiva del fatto di reato, ma sulla qualità di "clandestino" dell'autore del fatto); mentre viene reputato costituzionalmente legittimo il reato di clandestinità, che secondo la Corte non contrasta con il principio di offensività, posto che la norma non punisce lo straniero per il suo *status*, ma per la sua *condotta* di ingresso o di permanenza irregolare nel territorio dello Stato, e posto che il bene giuridico tutelato dalla norma è identificabile nell'interesse dello Stato a regolare in modo ordinato i flussi migratori¹⁴.

Il primo decennio del secolo si conclude, dunque, con il completamento dell'edificio sanzionatorio iniziato a costruire con la riforma del 2002: non solo lo straniero espulso che non ottemperi all'ordine di allontanamento viene punito con la pena della reclusione ai sensi dell'art. 14 co. 5 *ter*, ma costituisce reato (anche se non è prevista la pena detentiva) già la mera irregolarità del soggiorno, sin dal momento dell'ingresso irregolare nel territorio italiano.

5. La sentenza *El Dridi* della Corte di giustizia dell'Unione europea e l'illegittimità della pena detentiva per lo straniero inottemperante all'ordine di allontanamento

In totale distonia con il clima politico dell'epoca, ed in modo del tutto inaspettato, a cambiare radicalmente il quadro interviene nell'aprile 2011 la sentenza *El Dridi* della Corte di giustizia dell'Unione europea, che dichiara l'inapplicabilità dell'art. 14 co. 5 *ter* TU, in quanto la pena detentiva ivi prevista risulta in contrasto con il principio dell'*effetto utile* nell'applicazione

tà in materia penale, «Giustizia e Costituzione», 2010, e Degl'Innocenti L., Tovani S., *La Corte costituzionale dichiara illegittima la cd. aggravante di clandestinità*, «Diritto penale e processo», 2010, p. 1172 ss.; Corte cost. 5 luglio 2010, n. 250, relativa al reato: per un commento, cfr. *ex multis* Caputo A., *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, «Diritto penale e processo», 2010, p. 1187 ss.; per un commento ad entrambe le decisioni, cfr. Masera L., *Corte costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2010, p. 1373 ss.

14. Corte cost. 250/2010: «Il bene giuridico del reato è agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo ed alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo, bene giuridico *strumentale*, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni giuridici '*finali*', di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata, [...] 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».

della *Direttiva rimpatri* (Direttiva 2008/115/CE). Si tratta di una decisione storica, che ha ridisegnato anche per gli anni a venire il volto del diritto penale dell'immigrazione in Italia come negli altri Stati dell'Unione, e per questo, pur a distanza di quasi dieci anni, non ci pare inutile ricordare il percorso che portò a tale decisione.

Nel dicembre del 2010, erano giunti al termine i due anni previsti al momento dell'approvazione della Direttiva rimpatri per l'adeguamento delle legislazioni interne ai principi dalla stessa stabiliti. La Direttiva in questione aveva una *duplice finalità*, chiaramente enucleata nei "Considerando" introduttivi alla stessa: da un lato il legislatore comunitario intendeva contribuire ad implementare «una politica di rimpatrio *efficace* quale elemento necessario di una politica di immigrazione correttamente gestita» (cons. n. 4); al contempo, la Direttiva mirava ad elaborare «norme comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro *diritti fondamentali* e della loro dignità» (cons. n. 2). Le norme elaborate in sede comunitaria, e contenenti una analitica disciplina delle procedure amministrative e delle garanzie da mettere in opera nell'esecuzione dei provvedimenti di rimpatrio, intendevano quindi pervenire ad un *bilanciamento* tra l'interesse a rendere celeri ed effettivi i rimpatri, e l'interesse a che tale efficacia non venisse perseguita a discapito dei diritti fondamentali degli stranieri irregolarmente soggiornanti.

Il sistema italiano di esecuzione dei rimpatri all'epoca vigente presentava numerosi ed evidenti profili di contrasto con il modello della Direttiva. Basti pensare – per limitarsi agli aspetti di incompatibilità più evidenti – che nel nostro sistema la modalità ordinaria di esecuzione del rimpatrio era l'accompagnamento coattivo alla frontiera (art. 13 co. 4 TU), mentre nel sistema comunitario in prima battuta l'autorità nazionale doveva concedere allo straniero un termine per la partenza volontaria, potendo ricorrere all'esecuzione coattiva solo in presenza di determinate circostanze (art. 7 Direttiva); oppure ancora che, nel caso si rivelasse necessaria l'applicazione di misure coercitive volte ad evitare la fuga dello straniero in attesa del rimpatrio, il nostro sistema prevedeva come unica misura la detenzione amministrativa, mentre la Direttiva disponeva che fosse possibile ricorrere alla privazione di libertà dello straniero solo quando nel caso specifico si fossero rivelati insufficienti altri strumenti meno coercitivi (come l'obbligo di firma o la prestazione di una cauzione: art. 15 Direttiva).

Nei due anni lasciati dalla Direttiva agli Stati per il suo recepimento, il legislatore italiano non aveva provveduto ad adeguare il sistema interno alle prescrizioni comunitarie, sicché, una volta scaduto il termine per l'adeguamento, fissato al 24 dicembre 2010, è la giurisprudenza a cominciare a dare attuazione alla Direttiva, applicandone le disposizioni dotate di effetto diretto che risultano in contrasto con la disciplina interna.

Contrariamente però a quanto sarebbe stato logico attendersi, non sono i Giudici di pace – competenti in materia di convalida dei provvedimenti am-

ministrativi di espulsione e di trattenimento, e dunque nei settori ove sono più evidenti le difformità della normativa interna rispetto a quella comunitaria – a dare per primi applicazione alla Direttiva, ma i giudici penali ordinari, interessati alla diretta applicabilità di alcune norme della Direttiva in relazione al delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento di cui all'art. 14 co. 5 *ter* e *quater*.

Riprendendo infatti una tesi sostenuta in dottrina già qualche mese prima della scadenza del termine di attuazione¹⁵, una parte consistente della giurisprudenza di merito perviene ad assolvere gli imputati per tale delitto, sulla base dell'argomento che la Direttiva, fissando dei precisi limiti funzionalistici e temporali alla privazione amministrativa di libertà dello straniero in attesa del rimpatrio (il trattenimento secondo la Direttiva può avere una durata massima di diciotto mesi), impedisca al legislatore interno di comminare in sede penale allo straniero una pena detentiva sino a quattro anni per la medesima condotta di inottemperanza all'ordine di allontanamento che la Direttiva prevede come presupposto del trattenimento amministrativo. La maggiore difficoltà di tale argomentazione sta nel fatto che la Direttiva detta una disciplina del trattenimento amministrativo, ma non fa alcun riferimento alla detenzione conseguente ad una condanna penale; tuttavia, secondo i sostenitori di questa tesi, se si consentisse al legislatore nazionale di sottrarsi agli obblighi imposti dalla Direttiva soltanto perché la privazione della libertà ha formalmente natura penale e non amministrativa, ciò significherebbe accettare una indebita *truffa delle etichette*, che avrebbe come risultato quello di violare il principio dell'*effetto utile* nell'interpretazione della Direttiva, posto che si consentirebbe allo Stato di privare della libertà lo straniero irregolare per un periodo di tempo superiore a quello massimo fissato dalla Direttiva¹⁶.

Tale soluzione viene ben presto aspramente criticata, sia in dottrina che in giurisprudenza, contestandosi in radice la possibilità di derivare vincoli al legislatore penale interno da una Direttiva che si occupa soltanto di disciplinare le procedure amministrative di esecuzione dei rimpatri. Si sviluppa così nel giro di poche settimane un dibattito assai intenso¹⁷, di grande rilievo nella prassi visto l'ingentissimo numero di procedimenti che quotidianamente vengono celebrati per questi reati: per superare la situazione di incertezza,

15. Cfr. Viganò F., Masera L., *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2010, p. 560 ss. e Viganò F., Masera L., *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri": scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, «Cassazione penale», 2010, p. 1710 ss.

16. Così in estrema sintesi Viganò V., Masera L., *op. cit.*

17. Per un'approfondita ricostruzione dei diversi orientamenti, sia dottrinali che giurisprudenziali, cfr. per tutti Natale A., *La direttiva 2008/115/CE ed i reati previsti dall'art. 14 d.lgs. 286/1998*, «Diritto penale contemporaneo», 27.2.2011, e Masera L., «Art. 14 TU Imm», *op. cit.*, p. 2828 ss.

diversi giudici (di merito e di legittimità)¹⁸ decidono di rimettere con rinvio pregiudiziale la questione alla Corte di giustizia dell'Unione europea, chiedendo all'interprete di ultima istanza del diritto comunitario se gli artt. 15 e 16 Direttiva ostino alla comminazione di una significativa pena detentiva nei confronti dello straniero che non ottemperi all'ordine di lasciare il territorio dello Stato.

La Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenza *El Dridi*¹⁹) ritiene fondata la tesi dell'incompatibilità, proponendo in motivazione molti dei passaggi argomentativi sviluppati dalla dottrina e dalla giurisprudenza interne che già erano pervenute al medesimo esito interpretativo²⁰.

Lo snodo centrale della motivazione riguarda la *possibilità di inferire dalla Direttiva*, che non si occupa esplicitamente della materia penale, un *divieto di comminare una pena detentiva* a carico dello straniero inadempiente all'ordine di allontanamento. La sentenza, pur affermando che gli Stati membri «restano liberi di adottare misure, anche penali, atte segnatamente a dissuadere i cittadini di Paesi terzi dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati» (§ 52), ritiene tuttavia che la previsione della pena della reclusione privi di *effetto utile* le disposizioni della Direttiva, in quanto «una tale pena, segnatamente in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla Direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare; in particolare [...] una normativa nazionale quale quella oggetto del procedimento principale può ostacolare l'applicazione delle misure di cui all'art. 8, § 1 dir.²¹, e ritardare l'esecuzione della decisione di rimpatrio» (§ 59).

Decisivo risulta, dunque, nell'argomentazione della Corte, il ricorso al canone ermeneutico dell'effetto utile, che tradizionalmente viene utilizzato dalla giurisprudenza europea per estendere il contenuto precettivo di una normativa comunitaria al di là del suo contenuto letterale. Mentre però tale principio era

18. Cfr. Tribunale di Milano, 24 gennaio 2011; Corte d'appello di Trento, 2 febbraio 2011; Cass. 8 marzo 2011, n. 11050, tutte in «Diritto penale contemporaneo», 24.1.2011, 2.2.2011 e 8.3.2011.

19. CGUE, 28 aprile 2011, C-61/11 PPU, *El Dridi*, «Diritto penale contemporaneo», 29.4.2011.

20. Per un'analisi della sentenza, cfr. tra i primi Viganò F., Masera L., *Addio art. 14*; Collica M.T., *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vigente*; Di Martino A., Raffaeli R., *La libertà di Bertoldo: "direttiva rimpatri" e diritto penale italiano*, «Diritto penale contemporaneo», 4.5.2011, 24.6.2011 e 26.7.2011; Favilli C., *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia*, «Diritto penale contemporaneo», 2011, p. 904 ss.

21. Art. 8, § 1: «Gli Stati membri adottano tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria a norma dell'art. 7, § 4, o per mancato adempimento dell'obbligo di rimpatrio entro il periodo per la partenza volontaria concesso a norma dell'art. 7».

stato invocato nel dibattito interno in riferimento all'obiettivo della Direttiva di garantire allo straniero irregolare la tutela dei propri diritti fondamentali (nella specie, il diritto a non essere privato della libertà personale per un periodo superiore a quello massimo fissato dalla Direttiva), la Corte sembra invece individuare nell'efficacia del sistema di rimpatrio la finalità che verrebbe frustrata dalla previsione della pena detentiva, posto che la detenzione ha come inevitabile conseguenza il rinvio dell'esecuzione del rimpatrio. Delle due finalità che, secondo la stessa ricostruzione operata dalla Corte in apertura della motivazione, hanno ispirato l'intervento del legislatore comunitario (l'implementazione di un sistema di rimpatrio efficace, ma anche rispettoso dei diritti fondamentali dello straniero), la sentenza, al momento di portare a conclusione il proprio *iter* argomentativo, valorizza quella dell'*efficacia*, evitando di affermare esplicitamente che la previsione della pena detentiva comporti una violazione dei diritti riconosciuti allo straniero dalla normativa europea.

Le successive decisioni della CGUE in materia di diritto penale dell'immigrazione confermano poi questa impostazione del problema. I diritti fondamentali sono assenti dall'impianto motivazionale della sentenza *Achughbaban* della Grande Sezione del dicembre 2011, che dichiara l'incompatibilità con la Direttiva del reato di soggiorno irregolare di cui all'art. 621-1 del Codice francese dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri (*Ceseda*), in quanto la pena di un anno di reclusione per lo straniero irregolare prevista dalla norma francese può ostacolare la celerità del rimpatrio, a meno che il processo penale intervenga quando la procedura amministrativa di allontanamento sia ormai terminata senza esito²²; né si fa cenno ai diritti fondamentali nella sentenza *Sagor* del dicembre 2012, ove invece la Corte salva il nostro reato contravvenzionale di cui all'art. 10 *bis* TU, essendo comminata la sola pecuniaria che non è d'ostacolo, al contrario della pena detentiva, all'esecuzione più rapida possibile del rimpatrio²³.

Tanto quando accerta l'incompatibilità tra normativa interna e Direttiva, tanto quando la nega, la Corte ragiona solo in termini di efficacia delle procedure di rimpatrio; la finalità di tutela dei diritti fondamentali dello straniero, da cui pure aveva preso avvio la riflessione, è ormai del tutto assente dalla *ratio decidendi* delle pronunce successive ad *El Dridi*.

22. CGUE, Grande Sezione, 6.12.2011, C-329/11, *Achughbaban*; per un commento alla decisione, cfr. D'Ambrosio L., *Se una notte d'inverno un sans papiers: la Corte di Giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare "conforme" e "non conforme" alla direttiva rimpatri*, «Diritto penale contemporaneo», 26.1.2012, e Raffaelli R., *La direttiva rimpatri ed il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbaban nell'ordinamento italiano*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2011, p. 74 ss.

23. CGUE, I sez., 6.12.2012, C-430/11, *Sagor*, con nota di Viganò F., *La corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e Direttiva rimpatri*, «Diritto penale contemporaneo», 7.12.2012.

6. La riforma del 2011 e la sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria

Le decisioni della CGUE, come noto, non producono effetti solo nel giudizio al cui interno sono state pronunciate, ma hanno efficacia vincolante per i giudici di tutti gli Stati membri²⁴. In ragione della sentenza *El Dridi*, di conseguenza, l'art. 14 co. 5 *ter* TU viene immediatamente disapplicato in tutti i procedimenti in corso: in questo senso si orientano già le primissime decisioni della Cassazione (rese note addirittura il giorno stesso del deposito della sentenza europea), nelle quali si precisa altresì che la disapplicazione imposta dalla CGUE equivale nei suoi effetti ad una *abolitio criminis*, con conseguente cessazione anche degli effetti delle sentenze definitive di condanna passate in giudicato²⁵. Nelle settimane successive alla sentenza, centinaia di stranieri vengono dunque scarcerati in applicazione dei principi formulati dai giudici europei: un caso rimasto unico di effetti così significativi sul sistema penale di uno Stato membro derivanti da una decisione della CGUE.

Oltre a dichiarare inapplicabile la fattispecie-chiave dell'intero apparato sanzionatorio in materia di immigrazione irregolare, la sentenza *El Dridi* aveva altresì posto in rilievo come fosse l'intero sistema di esecuzione dei provvedimenti espulsivi vigente in Italia ad essere in contrasto con la disciplina comunitaria²⁶. Un intervento normativo di adeguamento della disciplina interna alla Direttiva non era quindi più procrastinabile, pena il rischio che fosse tutto il sistema amministrativo dei rimpatri (e non solo il delitto di cui all'art. 14) a risultare inapplicabile da parte dei giudici interni; e il 24 giugno 2011, con sei mesi esatti di ritardo rispetto al termine di attuazione fissato dalla Direttiva, il Governo con decreto legge (d.l. 24.6.2011, n. 89, conv. in l. 2.8.2011, n. 129) ha infine provveduto a ristrutturare l'intera procedura esecutiva dei provvedimenti espulsivi alla luce delle indicazioni fornite dalla normativa comunitaria²⁷.

24. Per una interessante ricognizione degli effetti della sentenza *El Dridi* in un altro Paese dell'Unione, cfr. D'Ambrosio L., *I rapporti tra diritto UE e diritto penale francese in materia di immigrazione irregolare alla luce della sentenza El Dridi*, «Diritto penale contemporaneo», 22.7.2011.

25. Cfr. Cass. 28 aprile 2011, n. 22105, *Tourghi*, e Cass. 28 aprile 2011, n. 24409, *Trajkovic*, entrambe «Diritto penale contemporaneo», 7.6.2011 e 12.7.2011

26. Cfr. § 50, dove la Corte constata come «la procedura di allontanamento prevista dalla normativa italiana in discussione nel procedimento principale differisce notevolmente da quella stabilita nella Direttiva».

27. Per diverse considerazioni critiche nei confronti della riforma, cfr. tra gli altri Collica M.T., *Gli effetti...*, *op. cit.*; Masera L., «Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa?», in Gaboardi A., Gargani A., Morgante G., Presotto A., Serraino M. (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 67 ss.; Natale A., *La direttiva 2008/115/CE ed il decreto legge di attuazione - Prime riflessioni a caldo*, «Diritto penale contemporaneo», 24.6.2011; Savio G., *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2011, p. 30 ss.

Limitando qui la nostra attenzione alle sole modifiche riguardanti il sistema di norme penali applicabili allo straniero irregolare, l'impressione che si ricava è quella di un legislatore che *obtoro collo* si adegua alle prescrizioni della CGUE, facendo tuttavia il possibile per non rinunciare a quella bulimia sanzionatoria che ne aveva caratterizzato il recente operato.

Di fronte infatti alla inequivoca dichiarazione della sentenza *El Dridi* circa l'illegittimità dell'uso della pena detentiva nel contesto della procedura di rimpatrio, il legislatore del 2011, invece di cogliere l'occasione della riforma per rivedere *funditus* la scelta pan-penalistica del primo decennio del secolo, ha ribadito tale opzione, sostituendo semplicemente alla pena detentiva prevista in precedenza per i delitti di cui all'art. 14 la sanzione pecuniaria della multa²⁸, ed altresì estendendo la qualificazione in termini penalistici alle condotte di inottemperanza ai nuovi obblighi (alternativi al trattenimento) che l'autorità può disporre nelle more del rimpatrio²⁹.

Il Testo Unico successivo alla riforma del 2011 è dunque ancora ricchissimo di fattispecie penali, che però a differenza del passato non comminano più sanzioni detentive (salva l'unica eccezione del delitto di illecito reingresso, punito all'art. 13 co. 13 TU, ancora attualmente punito con la pena della reclusione da uno a quattro anni, e da uno a cinque anni nei casi di violazione reiterata di cui al co. 13 *bis*), ma soltanto sanzioni pecuniarie. Certo la differenza non è di poco conto, ma rimane confermato il velleitarismo di voler combattere con lo strumento penale un fenomeno di massa e dalla portata storica come è diventata l'immigrazione nel nostro Paese negli ultimi decenni.

Oltre alla sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria per i delitti di cui all'art. 14, l'altra rilevante novità in materia penale introdotta con la riforma del 2011 è l'attribuzione al Giudice di pace, invece che al giudice ordinario, della competenza per i delitti puniti dall'art. 14 co. 5 *ter* e *quater* e per gli altri delitti di inosservanza degli obblighi imposti dall'autorità, oltre che per la contravvenzione di ingresso e soggiorno irregolare di cui all'art. 10 *bis* TU (di competenza del Giudice di pace sin dalla sua introduzione nel 2009). Con l'effetto, quindi, che a partire dal 2011 (e a tutt'oggi) il diritto

28. A seguito della riforma qui in commento, nelle ipotesi di inottemperanza all'ordine di allontanamento l'art. 14 co. 5 *ter* commina la pena della multa da 10.000 a 20.000 euro o da 6.000 a 15.000 euro (a seconda dei motivi che avevano condotto all'espulsione dello straniero), mentre nelle ipotesi di reiterazione punite dal co. 5 *quater* la pena è della multa da 15.000 e 30.000: il quadro edittale non ha più subito modifiche successive, ed è quindi quello ancora attualmente vigente.

29. Il riferimento è ai delitti di cui agli artt. 13 co. 5.2 e 14 co. 1 *bis* TU, che puniscono con la multa da 3.000 a 18.000 euro lo straniero inottemperante ad una delle nuove misure cautelari alternative al trattenimento (consegna del passaporto, obbligo di dimora, obbligo di presentazione alla polizia) introdotte nel 2011 in attuazione della Direttiva rimpatri.

penale dell'immigrazione³⁰ è pressoché interamente nelle mani dei Giudici di pace, con l'unica eccezione dei delitti di illecito reingresso di cui all'art. 13 co. 13 e 13 *bis* TU (e, dopo il 2018, di cui all'art. 10 co. 2 *ter* e *quater* TU), che in quanto puniti con pena detentiva sono rimasti di competenza della magistratura ordinaria.

7. Il decreto sicurezza del 2018 e l'incriminazione del reingresso a seguito di esecuzione di un provvedimento di respingimento differito

Dopo diversi anni in cui il legislatore non era intervenuto nell'ambito di materia qui allo studio, nel 2018 (con il d.l. in materia di "immigrazione e sicurezza" n. 113 del 4.10.2018, conv. in l. n. 132 del 1.12.2018, noto come decreto Salvini³¹) il novero di reati applicabili allo straniero in ragione del suo *status* di irregolarità si è arricchito di due nuove fattispecie delittuose (art. 10 co. 2 *ter* e 2 *quater* TU), che puniscono con la reclusione da uno a quattro anni (o da uno a cinque anni nei casi di violazione reiterata) lo straniero che abbia violato il divieto di reingresso emanato con il provvedimento di respingimento di cui all'art. 10 co. 2 (c.d. respingimento differito).

La genesi della riforma è complessa, e proviamo qui a sintetizzarla in termini molto rapidi. La procedura di respingimento differito, su cui è intervenuta la recente riforma, è praticabile in due distinte situazioni (sul punto non è intervenuto l'ultimo decreto, che ha lasciato immutato il testo dell'art. 10 co. 2): quando lo straniero ha fatto ingresso irregolarmente nello Stato, ma viene fermato all'ingresso o subito dopo (lett. *a*), oppure quando lo straniero, individuato come irregolare prima dell'ingresso in Italia, è ammesso temporaneamente nel territorio dello Stato per necessità di pubblico soccorso (lett. *b*). Tali situazioni non sono che una *species* dell'ipotesi generale di allontanamen-

30. Almeno per quanto riguarda le fattispecie applicabili allo straniero in quanto irregolare, qui oggetto di attenzione; il giudice penale ordinario rimane competente per i delitti di favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno irregolari, puniti con severe pene detentive dall'art. 12 TU.

31. Tra i molti commenti al decreto, ed in particolare alle norme in materia di diritto penale dell'immigrazione che interessano in questa sede, cfr. Aimi A., *Il "Decreto Sicurezza" 2018: i profili penalistici*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2019, p. 137 ss.; Curi F. (a cura di), *Il decreto Salvini - Immigrazione e sicurezza. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 conv. con mod. in legge 1° dicembre 2018, n. 132*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019; Daniele M., *La detenzione come deterrente dell'immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, «Diritto penale contemporaneo», 11, 2018, p. 95 ss.; Manacorda S., *Il contrasto penalistico della tratta e del traffico dei migranti nella stagione della chiusura delle frontiere*, «Diritto penale e processo», 2018, p. 1389 ss.; Masera L., *La crimmigrazione nel decreto Salvini*, «Legislazione penale», 2019, p. 9 ss.; Pepino L., *Le nuove norme su immigrazione e sicurezza: punire i poveri*, «Questione giustiziana», 12.12.2018; Riscicato L., *Il confine e il confino: uno sguardo d'insieme alle disposizioni penali del "decreto sicurezza"*, «Diritto penale e processo», 2019, p. 15 ss.

to dello straniero che ha fatto ingresso irregolarmente in Italia, che trova la propria disciplina all'art. 13 co. 2 lett. a: quando lo straniero entrato in modo irregolare si trova in una delle condizioni descritte all'art. 10 co. 2, in luogo dell'art. 13 si applica l'art. 10.

Dalla sussistenza di una di tali condizioni, derivavano prima della riforma conseguenze assai rilevanti in termini di disciplina. In luogo della procedura di espulsione prefettizia di cui all'art. 13, che nei casi di esecuzione coattiva prevede la convalida giudiziaria del decreto questorile di accompagnamento a mezzo della forza pubblica, il questore poteva procedere direttamente con proprio provvedimento al rimpatrio coattivo, senza necessità di chiederne la convalida al Giudice di pace.

Nella prassi, poi, l'istituto aveva trovato larghissima applicazione, specie per quanto riguarda le ipotesi di ammissione temporanea per necessità di soccorso. Gli stranieri presenti nei Centri di soccorso e prima accoglienza (i c.d. *hotspot*, il più noto dei quali è senz'altro quello di Lampedusa), se non chiedevano l'accesso a qualche forma di protezione e non risultavano rientrare in alcuna delle categorie di soggetti vulnerabili di cui all'art. 19 co. 1, risultavano destinatari di un provvedimento questorile di respingimento differito, che ne consentiva, ove concretamente possibile, il rimpatrio immediato, senza alcun passaggio presso l'autorità giudiziaria.

Sino all'ultima riforma, però, per lo straniero irregolare, l'essere destinatario di un provvedimento di respingimento differito ex art. 10 co. 2 TU, piuttosto che di un'espulsione per ingresso illecito ex art. 13 co. 2 lett. a) TU, non significava soltanto vedersi privato della garanzia di una convalida giudiziale del provvedimento, ma comportava al contempo una conseguenza favorevole di grandissima importanza. Mentre infatti dall'adozione di un provvedimento di espulsione deriva sempre, ai sensi dell'art. 13 co. 13 TU, un *divieto di reingresso* (di durata più o meno lunga a seconda del tipo di espulsione e delle circostanze del caso concreto), la cui violazione configura una fattispecie delittuosa punita con pena detentiva (il reato di illecito reingresso, cui si è già fatto cenno sopra), per le ipotesi di respingimento la legge non prevedeva l'applicazione di alcun divieto di reingresso. In termini molto semplici, ciò significa che sino alla recente novella lo straniero rimpatriato sulla base di un decreto di espulsione non poteva tornare in Italia per un certo numero di anni, pena la commissione di un delitto severamente punito, mentre allo straniero destinatario di un provvedimento di respingimento differito non era in alcun modo precluso il ritorno in Italia, posto che il decreto di respingimento non conteneva un divieto di reingresso.

Una censura esplicita del respingimento differito giunge nel dicembre 2017 da parte della Corte costituzionale³², con una decisione rispetto alla quale

32. Corte cost., 20.12.2017, n. 275, con nota di Bonetti P., *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, «Diritto, Im-

l'intervento ora in esame può senz'altro considerarsi un esempio di "legislazione reattiva". Il Tribunale di Palermo aveva eccepito l'incostituzionalità della disciplina di cui all'art. 10 co. 2 per violazione dell'art. 13 Cost., in quanto l'esecuzione del respingimento, che comportava un'incidenza sulla libertà personale dello straniero, veniva compiuta senza il vaglio dell'autorità giudiziaria. La Corte, per motivi che non è qui necessario riprendere, dichiara il ricorso inammissibile per difetto di rilevanza, posto che nel caso di specie non si era verificata quella forma di restrizione della libertà personale della cui legittimità dubitava il rimettente.

L'irrelevanza della questione non impedisce comunque alla Corte di formulare una critica decisa alla legittimità dell'istituto: «l'inammissibilità delle questioni non può esimere la Corte dal riconoscere la necessità che il legislatore intervenga sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, considerando che tale modalità esecutiva restringe la libertà personale (sentenze n. 222 del 2004 e n. 105 del 2001) e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all'art. 13, terzo co., Cost.»³³. Le parole della Corte sono molto chiare. In quanto provvedimento incidente sulla libertà personale, il respingimento differito con accompagnamento coattivo deve rispettare il disposto dell'art. 13 co. 3 Cost.: posto che la normativa vigente prima dell'attuale riforma non prevedeva alcun controllo dell'autorità giudiziaria, dalle parole della sentenza ne derivava con tutta evidenza l'illegittimità, che la Corte non aveva dichiarato per la sola ragione che nel caso concreto l'incidente di costituzionalità era risultato inammissibile.

Il decreto Salvini non fa dunque, per quanto ora di interesse, che accogliere il monito della Corte, introducendo nell'art. 10 TU il co. 2 *bis*, ove si prevede l'applicabilità anche ai casi di respingimento differito della disciplina in tema di convalida da parte dell'autorità giudiziaria (il Giudice di pace) del provvedimento di accompagnamento coattivo prevista per i casi di espulsione dall'art. 13 TU. Oggi, dunque, rimane di esclusiva competenza dell'autorità amministrativa solo il respingimento immediato, che in quanto rifiuto all'ingresso non comporta alcuna forma di incidenza sulla libertà personale; mentre il respingimento differito con rimpatrio coattivo, in quanto provvedimento che incide sulla libertà personale, è attratto nell'ambito di disciplina delle espulsioni a mezzo della forza pubblica, ove è garantito il rispetto delle condizioni di legittimità di cui all'art. 13 Cost.

La riconduzione del respingimento differito alla disciplina delle espulsioni operata dalla novella non si limita però agli aspetti di maggiore garanzia di

migrazione e Cittadinanza», 1, 2018, p. 1 ss., e Carlino V., *Il respingimento differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica*, «Federalismi.it», 17, 2018, p. 1 ss., cui rinviamo anche per i riferimenti ai numerosi lavori che, prima della sentenza del 2017, avevano posto in luce i profili di incostituzionalità del respingimento differito.

33. Corte cost., n. 275/2017, § 4 del «Considerato in diritto».

quest'ultima rispetto a quella dei respingimenti, ma comporta anche l'estensione dei profili di maggiore afflittività propri di tale regime.

Come allo straniero espulso, pure al destinatario del respingimento di cui all'art. 10 co. 2 TU (e non invece, è bene ricordarlo, allo straniero respinto alla frontiera ai sensi del co. 1, su cui non è intervenuta la riforma), è previsto oggi dall'art. 10 co. 2 *ter* che si applichi un divieto di reingresso, che ai sensi del co. 2 *sexies* ha una durata compresa tra i tre e i cinque anni.

Le conseguenze sanzionatorie in caso di violazione di tale divieto sono esattamente ricalcate sulla disciplina dell'espulsione. Il nuovo art. 10 co. 2 *ter* prevede che in caso di trasgressione al divieto di reingresso si applichi la reclusione da uno a quattro anni con contestuale espulsione mediante accompagnamento immediato alla frontiera (la norma è identica all'art. 13 co. 13), mentre al co. 2 *quater* è prevista la reclusione da uno a cinque anni quando l'illecito reingresso sia compiuto dallo straniero «già denunciato per il reato di cui al co. 2 *ter* ed espulso» (è la medesima formula utilizzata per i casi di espulsione dall'art. 13 co. 13 *bis*); per entrambi i nuovi delitti, è poi previsto ai sensi del nuovo co. 2 *quinqüies* l'arresto obbligatorio anche fuori dei casi di flagranza ed il rito direttissimo (la medesima disciplina applicabile nelle ipotesi di espulsione *ex art.* 13 co. 13 *ter*).

Le nuove incriminazioni previste in materia di immigrazione irregolare dal decreto Salvini non sono dunque il segno di una inversione di tendenza rispetto all'uso della sanzione penale *detentiva* nei confronti del migrante irregolare, che abbiamo visto risultare recessivo dopo l'intervento del 2011 della Corte di giustizia dell'Unione europea, quanto piuttosto rappresentano la logica conseguenza dell'estensione all'istituto del respingimento differito della disciplina in materia di espulsione, disposta dal legislatore in conformità a quanto richiesto dalla Corte costituzionale³⁴.

Bisogna, tuttavia, notare come la platea dei destinatari delle nuove incriminazioni sia quanto mai ampia: come visto sopra, infatti, il respingimento differito trova frequente applicazione rispetto ai rimpatri dei migranti che approdano irregolarmente sulle nostre coste meridionali. Le diverse centinaia di migranti che vengono ogni anno rimpatriati sulla base di un provvedimento di respingimento differito, prima della riforma, se tornavano irregolarmente in Italia, si rendevano responsabili del solo reato di ingresso irregolare di cui all'art. 10 *bis* TU; oggi, in virtù del divieto di reingresso che si accompagna al respingimento, il loro eventuale ritorno in Italia prima della scadenza del reato configura i nuovi delitti previsti all'art. 10 co. 2 *ter* e 2 *quater* TU.

Vi è insomma la concreta possibilità che le nuove norme penali in tema di respingimento differito, passate in sordina nel clamore mediatico del decreto Salvini, si rivelino in realtà le fattispecie dall'impatto più significativo tra quelle introdotte dal decreto. Certo non si raggiungeranno i numeri pre-2011,

34. In questo senso anche Aimi A., *op. cit.*, p. 143 s.

considerato come l'ipotesi di illecito reingresso sia comunque statisticamente assai più rara rispetto alle ipotesi di permanenza irregolare successiva ad un ordine di allontanamento. Ma è ben possibile che nei prossimi mesi la nuova disciplina in materia di respingimenti porti ad un aumento anche significativo dei processi penali per illecito reingresso, e quindi degli stranieri condannati a pena detentiva in ragione della mera irregolarità del loro soggiorno. L'inerzia del sistema, anche in mancanza di una precisa scelta di politica criminale, ha come riportato il pendolo del contrasto all'immigrazione irregolare di nuovo verso il polo del ricorso alla pena detentiva.

8. Dalla carcerazione di massa al diritto penale simbolico: lo straniero irregolare rimane un destinatario irrinunciabile della sanzione penale

Prima di concludere con qualche valutazione di sintesi sul ventennale sviluppo del diritto penale dell'immigrazione che abbiamo appena terminato di descrivere, ci pare utile riepilogare molto rapidamente le fattispecie di reato oggi applicabili allo straniero irregolare³⁵, nei termini risultanti dalle molteplici riforme sin qui ripercorse.

Per quanto concerne le fattispecie punite con pena detentiva, gli unici reati legati alla condizione di irregolarità che oggi possono portare in carcere lo straniero irregolare sono i *delitti di illecito reingresso* (a seguito di espulsione *ex art. 13 co. 13 e co. 13 bis TU*, o a seguito di respingimento differito *ex art. 10 co. 2 ter e quater*): a tali reati è rimasta applicabile la medesima disciplina (reclusione sino a quattro anni, arresto obbligatorio, rito direttissimo) che prima del 2011 si applicava anche ai delitti di inottemperanza all'ordine di allontanamento di cui all'art. 14 TU, oggi puniti con la sola pena pecuniaria.

È ragionevole una simile disparità di trattamento sanzionatorio tra due figure di reato (l'illecito reingresso e la permanenza irregolare) che presentano un contenuto non così dissimile di disvalore? A me pare di no, anche perché la diversificazione tra tali ipotesi non deriva affatto da una consapevole scelta di politica-criminale, ma non è che una conseguenza collaterale della sentenza *El Dridi*, e del fatto che, al contrario che in relazione alla fattispecie di inottemperanza all'ordine di allontanamento, in relazione alle ipotesi di illecito reingresso la CGUE non ha ritenuto la previsione di una pena detentiva in contrasto con la Direttiva rimpatri³⁶. In effetti, sin da quando il legislatore ave-

35. Per un'analisi delle singole fattispecie, oltre ai diversi commentari alla legislazione penale complementare, cfr. in particolare l'approfondito, anche se ormai non più recentissimo, lavoro di Caputo A., "I reati in materia di immigrazione", in Palazzo F., Paliero C.E. (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2012.

36. Cfr. CGUE, IV sez., 1.10.2015, *Celaj*, n. C-290/14, «Diritto penale contemporaneo», 5.10.2015, con nota di Maserà L.; per un commento molto critico alla decisione, cfr.

va deciso (nel 2002) di sanzionare penalmente le ipotesi di inottemperanza ad un ordine di allontanamento, il trattamento sanzionatorio delle due fattispecie era sempre stato identico, a conferma che nella prospettiva del legislatore le due ipotesi avevano la medesima carica offensiva rispetto al bene giuridico protetto (il controllo dei flussi migratori). Dopo la pronuncia della CGUE, il legislatore si è trovato costretto a rinunciare alla pena detentiva per le ipotesi di irregolare permanenza, ma si è guardato bene dal rinunciare a tale sanzione per le ipotesi di illecito reingresso, visto che ad esse non fa riferimento la giurisprudenza della CGUE. Il risultato è che due fattispecie tra loro molto simili, e che il legislatore aveva sempre punito allo stesso modo, ora risultano agli antipodi della scala di gravità dei delitti: da un lato un delitto punito con la sola pena pecuniaria, dall'altro un delitto che ha margini edittali per cui è consentita la custodia cautelare in carcere. Per quanto l'irragionevolezza di tale soluzione risulti innegabile, ritengo tuttavia quanto mai improbabile che essa possa sfociare in una dichiarazione di incostituzionalità, visto che in diverse occasioni la giurisprudenza ha sottolineato le profonde differenze che intercorrono tra i due reati (*in primis*, l'inottemperanza ha natura omissiva, mentre il reingresso è un reato commissivo), e difficilmente dunque il delitto di inottemperanza potrebbe essere individuato come idoneo *tertium comparationis* per valutare in un giudizio di costituzionalità *ex art. 3 Cost.* la congruità della pena prevista per il delitto di illecito reingresso³⁷.

Ad eccezione poi delle ipotesi di illecito reingresso, tutte le altre fattispecie penali applicabili al migrante irregolare sono oggi punite con la sola pena pecuniaria. L'ingresso e il soggiorno irregolari sono puniti con l'ammenda dalla contravvenzione di cui all'art. 10 *bis* TU, mentre configurano dei delitti (puniti con la pena della multa) le varie ipotesi di inottemperanza ad ordini dell'autorità emanati nell'ambito della procedura di rimpatrio (i delitti di inottemperanza all'ordine di allontanamento di cui all'art. 14 co. 5 *ter* e *quater* TU, e i delitti di violazione delle prescrizioni disposte in sostituzione del trattenimento amministrativo *ex art. 13 co. 5.2 e 14 co. 1 bis* TU).

Dopo dunque un decennio in cui la sanzione penale (ed *in primis* la sanzione detentiva) era stata al centro della strategia di contrasto all'immigrazione irregolare, l'intervento nel 2011 della Corte di giustizia dell'Unione europea ha costretto il legislatore interno a fare a meno della pena detentiva nei confronti degli stranieri irregolari. La Corte, come abbiamo visto, ha ritenuto la

in particolare Romano A., "Circumstances... are clearly distinct": la detenzione dello straniero per il delitto di illecito reingresso nella sentenza *Celaj* della Corte di giustizia, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2015, p. 109 ss.

37. Per qualche considerazione più distesa sulla legittimità costituzionale e comunitaria del delitto di illecito reingresso, sia consentito il rinvio a Maserà L., *Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la direttiva rimpatri*, «Diritto penale contemporaneo», 4, 2013, p. 241 ss.

pena detentiva in contrasto con la Direttiva non tanto perché lesiva dei diritti fondamentali dello straniero, quanto perché d'ostacolo all'implementazione di un sistema di rimpatri efficace.

Evidentemente le ragioni dell'efficienza hanno in questo momento storico più presa che quelle dei diritti, pure nelle motivazioni delle sentenze delle Corti supreme: anche quando propongono una soluzione che ha come effetto quello di estendere la tutela dei diritti, i giudici del Lussemburgo preferiscono addurre a sostegno delle loro conclusioni motivi di efficienza, che specie in materia di immigrazione hanno assai più *appeal* comunicativo rispetto alla necessità di rispettare i diritti fondamentali degli stranieri irregolari.

In seguito a tale intervento, ed alle modifiche normative che da esso sono scaturite, il diritto penale dell'immigrazione ha perduto gran parte dell'importanza che ha rivestito nel primo decennio del secolo, quando i delitti di inottemperanza all'ordine di allontanamento hanno portato in carcere migliaia di stranieri. Il diritto penale dell'immigrazione costituisce oggi un esempio paradigmatico di "*diritto penale simbolico*". Non si vuole rinunciare alla penalizzazione del migrante irregolare, per il messaggio simbolico di forte contrasto all'immigrazione irregolare che trasmette all'opinione pubblica il ricorso alla sanzione penale, e non potendosi applicare pene detentive, si comminano pene pecuniarie severissime³⁸, che considerate le caratteristiche socio-economiche della platea di destinatari sono destinate inevitabilmente a risultare del tutto ineffettive.

Significativa di questo invincibile richiamo che il ricorso alla sanzione penale per il migrante irregolare esercita sui decisori politici è la recente vicenda della mancata depenalizzazione dell'art. 10 *bis* TU. L'ampia legge delega del 2014 in tema di depenalizzazione (l. n. 67 del 28.4.2014) prevedeva esplicitamente la trasformazione in illecito amministrativo delle condotte di ingresso e soggiorno irregolare punite dall'art. 10 *bis* TU. Al momento di esercitare la delega, il Governo procede a depenalizzare tutte le numerose fattispecie di reato indicate nella legge-delega (tra cui anche reati classici, come l'ingiuria o il danneggiamento semplice)³⁹, con un'unica eccezione, rappresentata proprio dal reato di cui all'art. 10 *bis* TU, che non viene fatto oggetto di alcuna modifica.

Le motivazioni pubblicamente addotte dal Governo a sostegno di tale scelta sono disarmanti nell'ammettere la natura meramente simbolica che si attribuisce all'intervento penale in tema di immigrazione. Il Ministro dell'interno,

38. Da 5.000 a 10.000 euro per il reato di cui all'art. 10 *bis* TU, addirittura da 15.000 a 30.000 per quello di cui all'art. 14 co. 5 *quater*.

39. Per un commento all'intervento di depenalizzazione, cfr. *ex multis* Gatta G.L., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, «Diritto penale contemporaneo», 25.1.2016, e Gullo A., *La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi: un'analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15.1.2016*, «Legislazione penale», 29.7.2016.

sentito in sede parlamentare⁴⁰, riconosce infatti che il reato in esame è privo di capacità deterrente (e dunque *inutile*), visto che non può avere alcuna credibilità la minaccia di una forte sanzione pecuniaria nei confronti di soggetti privi di risorse economiche come normalmente sono gli stranieri irregolari (sono rarissimi, se non eccezionali, i casi in cui le sanzioni applicate per il soggiorno irregolare dal Giudice di pace vengono effettivamente riscosse). Il Ministro riconosce altresì che la configurazione dell'ingresso irregolare come reato può risultare addirittura *dannosa* rispetto all'obiettivo di un efficace contrasto alle migrazioni irregolari: gli stranieri che giungono sulle imbarcazioni dei trafficanti, e la cui testimonianza è ovviamente decisiva per individuare gli scafisti che hanno gestito il viaggio, in quanto irregolari commettono *ipso facto* il reato di ingresso irregolare *ex art. 10 bis TU*, e devono per questo motivo essere sentiti dall'autorità giudiziaria con le cautele previste dall'art. 363 c.p.p. per l'interrogatorio di persona imputata di reato commesso, mentre se il reato di cui all'art. 10 *bis TU* venisse depenalizzato potrebbero essere molto più agevolmente sentiti come persone informate dei fatti, senza l'assistenza del difensore e con l'obbligo di dire la verità. Il reato di clandestinità è dunque, per la stessa ammissione dei rappresentanti del Governo, un reato inutile e dannoso, ma non si procede alla sua abrogazione pur richiesta dalla legge-delega, perché si teme che all'opinione pubblica giunga il messaggio (quanto mai impopolare) di un allentamento del contrasto all'immigrazione irregolare.

La criminalizzazione del migrante irregolare è ormai talmente radicata nel sentire collettivo, che neppure un Governo di centro-sinistra ha avuto il coraggio di abrogare il reato di clandestinità. Il binomio immigrazione-sicurezza – dopo quasi un ventennio dalla legge Bossi-Fini del 2002 che ne è stata l'antesignana – è diventato inscindibile⁴¹, e la sanzione penale (non importa se in

40. Cfr. i resoconti stenografici delle audizioni rese in vista del parere delle Camere sul disegno di decreto legislativo, disponibili sul sito della Camera e del Senato.

41. La questione dell'approccio securitario alla materia migratoria e della criminalizzazione della condizione di irregolarità del soggiorno è stata oggetto di attenzione, negli ultimi vent'anni, da parte di molti ed autorevoli penalisti: senza pretese di completezza, cfr. tra gli altri Caputo A., *Immigrazione, politiche del diritto, qualità della democrazia. Diseguali, illegali, criminali*, «Questione giustizia», 1, 2009, p. 86 ss.; Cavaliere A., *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, «Critica del diritto», 1, 2013, p. 17 ss.; Donini M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, «Questione giustizia», 1, 2009, p. 101 ss.; Ferrajoli L., *La criminalizzazione degli immigrati*, «Questione giustizia», 5, 2009, p. 9 ss.; Manna A., *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina tra simbolismo penale e colpa d'autore*, «Cassazione penale», 2, 2011, p. 446 ss.; Palazzo F., *Sicurezza urbana ed immigrazione: illusioni e realtà della repressione penale*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2004, p. 24 ss.; Pelissero M., *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, «Questione giustizia», 4, 2007, p. 684 ss.; Pepino L., *Le migrazioni, il diritto, il nemico*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2009, p. 9 ss.; Riscato L., *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019 (cfr. in particolare la sez. II, dal titolo "Il diritto penale della disuguaglianza").

concreto inutile e controproducente) è tra gli strumenti cui la comunicazione politica non è in grado di rinunciare.

Alla mancata depenalizzazione del reato di clandestinità da parte del legislatore si è comunque affiancata, negli anni, una sorta di depenalizzazione di fatto ad opera della magistratura. In molti distretti giudiziari, infatti, i procedimenti per reati in materia di soggiorno irregolare in buona sostanza non vengono portati avanti dalle Procure, come si può constatare dalla pressoché totale assenza di procedimenti per tali reati in taluni contesti territoriali; o ancora, in altre sedi giudiziarie i Giudici di pace forniscono un'interpretazione molto lata della clausola della particolare tenuità prevista all'art. 34 d.lgs. 274/2000, al punto da escludere la sussistenza del reato ogniqualvolta lo straniero non abbia commesso altri reati diversi da quelli legati alla condizione di irregolarità⁴². Insomma, la realtà composita che emerge dalla prassi mostra una sorta di “depenalizzazione a macchia di leopardo”; in alcuni distretti i reati in materia di immigrazione irregolare sono praticamente assenti, in altri invece i processi vengono celebrati e vengono inflitte anche pesanti pene pecuniarie: una situazione che non può non destare viva preoccupazione in ordine al rispetto del principio di uguaglianza.

9. Sintesi e conclusioni

Il volto della reazione penale nei confronti dello straniero irregolare ha subito negli ultimi vent'anni un'evoluzione profonda, indirizzata in modo molto significativo dall'intervento della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Il primo decennio dello scorso secolo ha segnato il periodo di massima espansione della criminalizzazione dell'irregolare, attraverso l'ampio ricorso alla pena detentiva derivante dall'applicazione del delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento. A completare il quadro sanzionatorio, nel 2008 e 2009 vengono introdotte la circostanza aggravante ed il reato di clandestinità, che spingono sino al parossismo l'ossessione di voler fronteggiare le migrazioni irregolari con il ricorso allo strumento penale.

L'edificio punitivo subisce un primo colpo con la sentenza della Corte costituzionale del 2010 che dichiara l'illegittimità della circostanza aggravante, ma il colpo decisivo viene inferto l'anno successivo dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, quando con la sentenza *El Dridi* afferma il contrasto con la Direttiva rimpatri della previsione di una pena detentiva per lo straniero inottemperante all'ordine di allontanamento.

42. Per una ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali relativi all'art. 10 *bis* TU, sia consentito rinviare a Masera L., “Art. 10 *bis* TU Imm.”, in Dolcini E., Gatta G.L. (a cura di), *Codice penale commentato, op. cit.*, p. 2651 ss.

Dopo il 2011, la pena detentiva rimane applicabile solo alle ipotesi (nella prassi non così frequenti) di reingresso irregolare, mentre per le fattispecie di più comune applicazione (su tutti il reato di cui all'art. 10 *bis* TU) è prevista la sola pena pecuniaria, che sconta un'irrimediabile carenza di effettività, tale da renderla più una affermazione teorica di responsabilità che una sanzione realmente afflittiva.

Se negli anni duemila l'ingresso nel sistema penale, con l'applicazione della pena detentiva, rappresentava nella vita dei migranti irregolari un reale rischio esistenziale, dopo il 2011 sono altri gli strumenti coercitivi che incidono concretamente sulle condizioni dei migranti irregolari. Pensiamo in primo luogo al trattenimento amministrativo in attesa del rimpatrio: proprio con la riforma del 2011, che segna la rinuncia alla pena detentiva per le ipotesi di inottemperanza all'ordine di allontanamento, il termine massimo della "galera amministrativa" viene aumentato sino a diciotto mesi (termine che sarà più volte modificato, sino all'attuale durata di sei mesi). La privazione di libertà dello straniero irregolare, dopo il 2011, non passa più dal circuito penale, ma dal sistema della detenzione amministrativa.

La sanzione penale per la condizione di irregolarità riveste ancora un importante ruolo simbolico di stigmatizzazione, cui la politica ha mostrato di non voler rinunciare, e produce effetti non trascurabili di marginalizzazione indiretta dello straniero, legati alla rilevanza penale del soggiorno irregolare. Eppure, non si può che constatare come la risposta penale, privata della possibilità di un ricorso massiccio alla pena detentiva, abbia perso centralità nel dibattito pubblico sul tema del contrasto all'immigrazione irregolare. Anche negli ultimi interventi legislativi, che spingono all'estremo l'approccio repressivo e securitario al fenomeno migratorio (pensiamo ai decreti-sicurezza "salviniani" del 2018 e del 2019), le norme-manifesto non sono più, come per i pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009, le norme penali, ma disposizioni che incidono sulla condizione dei richiedenti protezione, come l'abolizione del permesso di soggiorno per motivi umanitari o la sostanziale abolizione del sistema di accoglienza per i richiedenti asilo.

Il nemico della sicurezza oggi non è più tanto il migrante irregolare, da mettere in carcere perché pericoloso per la collettività, quanto il richiedente protezione, guardato con sospetto e tacciato di voler approfittare delle misure di protezione senza avere i requisiti per accedervi. La sanzione detentiva per l'irregolare è al momento uscita dall'orizzonte e dall'immaginario punitivo del mondo della comunicazione e del legislatore, che anche quando intende mostrare il proprio volto più ostile nei confronti dello straniero fa ricorso a strumenti diversi da quello penale.

Il nostro augurio non può che essere quello di vedere confermata nei prossimi anni la rinuncia alla pena detentiva nei confronti dello straniero irregolare (almeno, come oggi, riguardo alle fattispecie di più frequente applicazione). Bisogna però ricordare che il divieto di ricorrere alla pena detentiva nelle

ipotesi di soggiorno irregolare (salvo i casi di illecito reingresso) trova fondamento in una giurisprudenza europea non ispirata tanto da finalità di tutela dei diritti fondamentali, quanto dal perseguimento di maggiore efficienza nell'esecuzione dei rimpatri. Non può quindi escludersi che, qualora il legislatore calibrasse la pena detentiva in modo da non intralciare l'esecuzione del rimpatrio, la valutazione dei giudici europei potrebbe essere diversa dal 2011. Tanto più che gli attuali progetti di riforma della Direttiva rimpatri, pur non contenendo disposizioni relative alla materia penale, segnano un significativo inasprimento dell'apparato repressivo, con ricorso sempre più massiccio alla detenzione amministrativa, e in termini generali la direzione delle politiche italiane ed europee va sicuramente verso un atteggiamento sempre più duro nei confronti dei migranti irregolari.

Insomma, se all'indomani della sentenza *El Dridi* avevamo intitolato *Addio art. 14* un lavoro, scritto insieme a Francesco Viganò⁴³, nel quale salutavamo con sollievo il venir meno della pena detentiva allora così massicciamente applicata agli stranieri irregolari, oggi bisogna sperare che quell'addio rimanga tale, e che non dobbiamo in futuro tornare a confrontarci con meccanismi repressivi che pensavamo definitivamente alle spalle.

10. Brevi note conclusive

Pur senza pretesa di esaustività, si è cercato di dar conto della complessa evoluzione normativa in materia di espulsioni, respingimenti e trattenimenti, ricostruendone la trama ed evidenziandone vizi, prassi illegittime e le sottese ragioni di politica del diritto. Un ruolo importante, come s'è tentato di porre in rilievo, l'ha svolto la giurisprudenza costituzionale sia con sentenze dichiaratorie d'incostituzionalità che, più spesso, con decisioni interpretative di rigetto che si sono rivelate assai utili nelle prassi applicative per giungere ad interpretazioni costituzionalmente conformi. Altrettanto non può dirsi per la giurisprudenza di merito, specie dopo l'attribuzione ai Giudici di pace delle competenze in materia di espulsioni e trattenimenti. La chiara volontà politica di sterilizzare il controllo giurisdizionale nei confronti dei migranti ha certamente mostrato appieno i suoi esiti nefasti.

È ancora compito degli operatori del diritto studiare, discutere e proporre soluzioni nel solco della legittimità costituzionale, così come *questa rivista* ha cercato di fare nel corso dei suoi vent'anni di vita che con questo lavoro collettaneo vogliamo tutti orgogliosamente rivendicare.

43. Cfr. Viganò F., Masera L., *Addio art. 14*, *op. cit.*

Parte III

Le frontiere del diritto

L'evoluzione della normativa relativa allo sfruttamento lavorativo dei migranti/caporalato e fattispecie correlate

di *Lorenzo Trucco**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il quadro normativo a livello internazionale ed europeo. – 3. La normativa nazionale concernente la repressione delle situazioni di sfruttamento lavorativo: il reato di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (art. 600 c.p.). – 4. Il fenomeno del c.d. caporalato e ipotesi assimilate. – 5. Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 bis c.p.): il cosiddetto reato di caporalato dalla prima formulazione a quella attuale. – 6. I reati previsti dal Testo Unico sull'Immigrazione: art. 22 co. 12 e 12 bis d.lgs. 286/98. – 7. Altre ipotesi di reato contestate nella prassi applicativa. – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

La vasta tematica concernente il fenomeno dello sfruttamento lavorativo, nelle sue più svariate forme, che in casi estremi possono arrivare ad una vera e propria riduzione in schiavitù con perdita della capacità di autodeterminazione del soggetto, rappresenta una delle sfide più complesse e difficili che la società civile si trova ad affrontare nella tutela dei fondamentali diritti della persona.

Da un punto di vista giuridico generale il tema va ricondotto al fenomeno della tratta degli esseri umani nelle sue differenti modalità. La caratteristica precipua è costituita proprio dalla molteplicità delle situazioni che possono verificarsi, ove le varie articolazioni delle attività illecite non sono confinate nell'ambito della criminalità organizzata, ma stanno ormai permeando in maniera devastante interi settori del sistema produttivo, e non solo del comparto agricolo.

L'imponenza del fenomeno è stata ampiamente rimarcata da numerosi e ricorrenti *report* sia a livello internazionale e sia a livello nazionale, ponendone in rilievo il costante aumento in vari Paesi dell'Europa¹.

* Avvocato del foro di Torino, Presidente dell'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI).

1. V. ad es.: *Council of Europe 2019 Report Group of Experts on Action against Trafficking in human beings (GRETA)*; *United Nations General Assembly Human Rights*

Il sistema e la cultura dei diritti umani, la cui elaborazione nel secolo passato ha portato alla emanazione delle più importanti Convenzioni nel secondo dopoguerra, è ormai oggetto di pesanti attacchi, sia da un punto di vista politico sia da un punto di vista normativo, volti a ridurne la reale portata. Un consistente numero di persone e in prima linea i migranti, rischiano fortemente di essere esclusi, non solo di fatto, dal godimento dei diritti fondamentali, ponendo in evidenza il problema della effettività di tali diritti a fronte della loro astratta enucleazione, in una sorta di paradossale contraddizione.

E questo a maggior ragione laddove si consideri il fenomeno dello sfruttamento lavorativo, nella attuale fase di piena globalizzazione, che enfatizza e pone in rilievo i limiti e gli aspetti più precari della condizione giuridica dei soggetti deboli.

In tale contesto due elementi risultano emergere con forza: la grande debolezza e vulnerabilità della vittima, e il quadro di illegalità diffusa in cui si svolge non solo lo sfruttamento nei suoi caratteri peculiari, ma l'esistenza stessa della persona che lo subisce.

Appare evidente che gli strumenti giuridici sono di per se stessi insufficienti a garantire una tutela effettiva, ma al contempo costituiscono un presupposto imprescindibile nell'arduo tentativo di spezzare quel vincolo innaturale che lega la vittima al proprio sfruttatore, il quale purtroppo rappresenta spesso l'unico elemento di riferimento per la vittima stessa.

Il legame con la normativa generale sull'immigrazione e sulla protezione internazionale assume così un carattere decisivo, derivando anche da tale contesto la maggiore o minore debolezza della condizione giuridica della vittima, aggravata spesso da una situazione di irregolarità sul territorio che rende problematica la fruizione dei diritti fondamentali.

Al fine di meglio orientarsi nel complesso panorama normativo può essere utile una breve panoramica degli strumenti esistenti, a livello internazionale ed europeo, nonché sul piano nazionale.

2. Il quadro normativo internazionale ed europeo

Il perseguimento del fenomeno della tratta degli esseri umani ha radici risalenti nel tempo, per lo più legate allo sfruttamento sessuale: già nel 1926 veniva approvata a Ginevra, in seno alla Società delle Nazioni, una "*Convenzione sulla Schiavitù*" per cercare di contrastare la c.d. "*tratta delle bianche*",

Council 2018 Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons; Agenzia dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (FRA), ottobre 2018, "*Out of sight: migrant women exploited in domestic world*" - "*Protecting migrant workers from exploitation in the EU: boosting workplace inspections*"; FLAI CGIL, Osservatorio Placido Rizzotto, *Agromafie e caporalato*, Quarto rapporto, luglio 2018.

mentre nel 1949, in sede ONU, veniva firmata a New York la “*Convenzione per la soppressione del traffico di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui*”, in cui veniva usata per la prima volta in un atto internazionale l’espressione “*traffic in persons*”.

Mentre la Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen del giugno 1990 si limitava sostanzialmente a prevedere sanzioni nei confronti di colui che, con scopo di lucro, aiutasse soggetti stranieri ad entrare irregolarmente nel territorio di uno Stato contraente, la Risoluzione dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 49/166 del dicembre 1994 ha rappresentato un decisivo passo in avanti nella elaborazione del fenomeno.

In questa Convenzione si allargano quegli orizzonti appena delineati nella precedente Convenzione del 1949, introducendo infatti un concetto ben più ampio di traffico degli esseri umani, prima limitato allo sfruttamento sessuale. Si considera infatti come tale lo spostamento illecito di persone attraverso confini, effettuato allo specifico scopo finale di «obbligare donne e bambini in situazioni sessualmente o economicamente oppressive o di sfruttamento» ponendo l’accento non solo sullo sfruttamento sessuale ma evidenziando altre attività connesse, come «il lavoro domestico forzato, i falsi matrimoni, l’impiego clandestino e le false adozioni».

La decisiva svolta a livello normativo si concretizza però con la nota Conferenza di Palermo sulla criminalità organizzata transnazionale avvenuta nel dicembre dell’anno 2000. In tale occasione è stata aperta alla firma la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, corredata da due fondamentali Protocolli Aggiuntivi, che rappresentano la base giuridica di un approccio diverso e più conferente rispetto alla gravità del fenomeno.

Come noto, uno dei Protocolli si riferisce alla specifica categoria del “*traffic of human beings*” relativo alla tratta di esseri umani attraverso condotte finalizzate allo spostamento a fine di sfruttamento, in particolare di donne e bambini; mentre il secondo concerne lo “*smuggling of migrants*” relativo al traffico di migranti, al favoreggiamento dell’immigrazione irregolare.

È ormai palese che tale distinzione usata tra “*trafficking in persons*” – tratta di persone in stato di assoggettamento e con finalità di sfruttamento – e “*smuggling of migrants*” – letteralmente contrabbando di migranti – risulta superata nella realtà, per la varietà della casistica che porta le due categorie ad intersecarsi e sovrapporsi: nello stesso tempo è innegabile la rilevanza delle due definizioni, che anche da un punto di vista storico hanno assunto un significativo valore.

La Convenzione di Palermo, ratificata nel sistema italiano con la legge n. 146/2006, ha portato conseguenze importanti con l’approvazione della legge n. 228/2003, che ha introdotto o modificato nel codice penale i reati di cui agli artt. 600, 601 (Riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù e tratta di persone).

Per quanto concerne il quadro normativo europeo non è di certo mancata la volontà e l'impegno nel cercare di contrastare il fenomeno nei suoi molteplici aspetti.

In estrema sintesi, stante la complessità del sistema giuridico derivatone, si sottolinea come l'Allegato alla Convenzione istitutiva di Europol (l'Ufficio Europeo di Polizia) del luglio 1995 già avesse collegato il fenomeno della tratta di esseri umani con la sottoposizione, nelle forme più disparate, di una persona al potere di altre, ma risulta particolarmente significativa la *“Risoluzione sulla tratta di esseri umani”* del Parlamento Europeo approvata nel gennaio del 1996. In essa si individua la definizione di tratta in «[...] qualsiasi atto illegale di chi, direttamente o indirettamente favorisce l'entrata o il soggiorno di un cittadino proveniente da un Paese terzo ai fini del suo sfruttamento, utilizzando l'inganno o qualunque altra forma di costrizione o abusando di una situazione di vulnerabilità o incertezza amministrativa». Come si può notare, la dizione di sfruttamento, non legata a particolari specificazioni, consente di ricomprendere al suo interno anche lo sfruttamento di ordine lavorativo.

Nel prosieguo del percorso della UE sul tema in oggetto, dopo le conclusioni del vertice del Consiglio europeo di Tampere del 1999 ed il successivo Piano di azione del 2000, si giungeva alla emanazione della Decisione quadro del luglio 2002 (2002/629/GAI), in cui il Consiglio dell'Unione europea ribadiva la centralità del contrasto alla tratta degli esseri umani, considerata una gravissima violazione della dignità stessa dell'essere umano.

La conseguenza più rilevante di tale decisione quadro si verificava con l'approvazione della Direttiva 2011/36/UE dell'aprile 2011, in cui per la prima volta, viene posta in rilievo la centralità della situazione della vittima, legata ad una condizione di *“vulnerabilità”*, ove la persona è privata di una possibilità di scelta effettiva e costretta così a cedere allo sfruttamento e agli abusi.

La Direttiva si sofferma sullo sfruttamento lavorativo, ponendone in rilievo l'importanza e la peculiarità, affermando il principio della irrilevanza del consenso della vittima e prevedendo l'obbligo degli Stati membri di predisporre adeguate misure di sostegno alle vittime nelle varie fasi che accompagnano il percorso di tutela. Parimenti importante l'obbligatoria previsione, da parte della Direttiva, di un effettivo accesso delle vittime a sistemi risarcitori.

La Direttiva 2011/36/UE è stata ratificata nell'ordinamento nazionale con il d.lgs. n. 24/2014, che ha introdotto ulteriori modifiche agli artt. 600 e 601 c.p., concernenti in particolare la definizione della condotta, metodi coercitivi e scopi (v. *infra*).

Nel corso del 2005, inoltre, il Consiglio d'Europa ha adottato a Varsavia la *“Convenzione per la lotta contro la tratta di esseri umani”* che, ricollegandosi anche alla Convenzione di Palermo sul crimine transnazionale e agli allegati Protocolli, ha ribadito in modo fermo la necessità del riconoscimento dei diritti delle vittime, evidenziandone ulteriormente la centralità ai fini di un effettivo contrasto allo sfruttamento.

In tale ottica si ribadisce la previsione di un titolo di soggiorno rinnovabile nei confronti delle persone offese in condizione di irregolarità sul territorio degli Stati membri. L'Italia ha ratificato tale Convenzione con la legge n. 108/2010.

Il percorso giuridico politico dell'Unione europea sul tema specifico dello sfruttamento lavorativo si è concretizzato nella apposita Direttiva 2009/52/CE. Questa Direttiva, concernente sanzioni e provvedimenti nei confronti dei datori di lavoro che impiegano alle loro dipendenze lavoratori irregolari, assume un rilievo centrale e non solo per le specifiche previsioni volte a far sì che la vittima irregolarmente soggiornante possa usufruire di un titolo di soggiorno.

È l'approccio complessivo al tema che si pone in una differente ottica rispetto al passato, con la statuizione di obblighi informativi sui diritti e le varie possibilità di tutela previste dalla norma nei confronti delle vittime e non solo. L'attuazione nel nostro sistema giuridico è avvenuta, come si vedrà a breve, tramite il d.lgs. n. 109/2012, anche se in maniera parziale e piuttosto insoddisfacente.

3. La normativa nazionale concernente la repressione delle situazioni di sfruttamento lavorativo. Il reato di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (art. 600 c.p.)

L'approccio normativo nazionale in tema di repressione del fenomeno dello sfruttamento lavorativo, inteso nelle sue condotte diversificate, non è caratterizzato da una visione unitaria, ma si articola in diverse fattispecie di reato sparse in vari settori dell'ordinamento, con una mancanza di visione unitaria che ha spesso determinato difficoltà applicative.

Come prima sottolineato, la vera svolta a livello internazionale, con conseguenze dirette a livello nazionale, è costituita dalla Conferenza di Palermo, nell'anno 2000, in cui è stata aperta alla firma la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, corredato dai due Protocolli aggiuntivi relativi al "*traffic of human beings*" e allo "*smuggling of migrants*".

A seguito di tale Convenzione è stata approvata la legge n. 328/2003, che ha modificato o introdotto nuove ipotesi di reato nel codice penale italiano: in particolare gli artt. 600 c.p. (Riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù), 601 c.p. (Tratta di persone), completati successivamente con le ulteriori modifiche stabilite dal d.lgs. n. 24/2014, che ha attuato nel nostro ordinamento la Direttiva 2011/36/UE.

Entrando nello specifico del reato di cui all'art. 600 c.p. occorre rimarcare come tale fattispecie, denominata sin dalla rubrica "*Riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù*", abbia superato completamente la precedente dizione che restringeva le ipotesi delittuose ad un concetto giuridico di proprietà della persona umana, relitto ormai del passato.

La caratteristica centrale del reato è costituita dallo «stato di soggezione continuativa» in cui viene costretta la persona offesa, unitamente agli altri elementi relativi ai metodi coercitivi posti in essere, e agli scopi della condotta. La formulazione delle varie forme di coercizione è ampia ed articolata, volta a ricomprendere le varie modalità. Si prevedono infatti la violenza, la minaccia, l'inganno, l'abuso di autorità, approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica ma anche psichica, o di una situazione di necessità, a cui si aggiunge «la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona». Il testo della norma, modificato dal d.lgs. n. 24/2014, prevede specificamente, in attuazione alla Direttiva europea, l'elemento dell'approfittamento della vulnerabilità della vittima, priva di effettive possibilità di scelta e costretta ad accettare la sottomissione al volere altrui.

Anche gli scopi della condotta sono variamente modulati, comprendendo la costrizione a «prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio, o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi». La sanzione prevista per il reato di cui all'art. 600 c.p. è elevata, in quanto la fattispecie è punita con la pena della reclusione da otto a venti anni.

L'elemento base e di maggior difficoltà probatoria è costituito dal concetto di «*stato di soggezione continuativa*» in cui viene ridotta la vittima, in particolare laddove si verta in tema di sfruttamento lavorativo.

L'interpretazione giurisprudenziale, nelle limitate sentenze intervenute in tema, indica quale elemento qualificante la libertà o meno del soggetto di autodeterminarsi nelle proprie scelte, come, ad esempio, quella di spostarsi liberamente nel territorio o allontanarsi dal luogo di lavoro (v. tra le altre, Cass. pen. sez. V, 10.1.2012, n. 251)². Per quanto concerne la durata di tale stato è necessario che si protragga per un certo periodo, in una posizione di indiscussa supremazia dello sfruttatore, pur in presenza di una qualche limitata autonomia della persona offesa (v. Cass. sez. V, 21.2.2014, n. 8370; Cass. sez. V, 13.6.2014, n. 25408)³.

2. Secondo tale sentenza il reato in oggetto «prevede quale evento l'induzione o il mantenimento nella vittima di uno stato di soggezione continuativo, che deve tradursi in un effettivo pregiudizio della libertà della persona di autodeterminarsi nelle proprie scelte esistenziali» (Cass. sez. V, n. 251, 10.1.2012).

3. In relazione alla durata dello stato di soggezione continuativa, questa va intesa «o in senso cronologico di durata prolungata nel tempo, o, comunque nel senso di una certa permanenza» con esclusione della condotta che esaurendosi in breve tempo non sia idonea a determinare «lo stato di dipendenza psicologica della vittima e non riesca, comunque, ad intaccarne i processi volitivi in modo tale da comportare la rinuncia, anche temporanea, alle proprie fondamentali prerogative in materia di libertà» Cass. sez. V, 21.2.2014, n. 8370. Peraltro «esso non può essere escluso qualora si verifichi una qualche limitata autonomia della vittima, tale da non intaccare il contenuto essenziale della posizione di supremazia del soggetto attivo del reato» Cass. sez. V, 13.6.2014, n. 25408.

La situazione di necessità cui fa riferimento la norma in relazione alla condotta di approfittamento, va riferita non alla causa di giustificazione di cui all'art. 54 c.p. ma a quella molto più vasta concernente la nozione di bisogno di cui al reato di usura (v. ad es. Cass. sez. III pen., 25.1.2007, n. 2841)⁴.

Trattasi in ogni caso di situazioni di gravità molto elevata, in quanto occorre che l'assoggettamento incida in maniera decisiva sulla possibilità di autodeterminazione del soggetto. Risulta dunque evidente come l'applicazione della norma in tema di sfruttamento lavorativo, al di là dell'articolata formulazione volta a superare la concezione di una servitù legata alla "*catena al piede*", si sia sempre rivelata difficile, anche per le ardue implicazioni di carattere probatorio: la stessa entità della pena, così elevata nei minimi edittali, rischia paradossalmente di diventare un ostacolo alla sua applicazione.

La variegata casistica dello sfruttamento lavorativo, spesso connotata da minore violenza e dall'assenza di una privazione totale della capacità di autodeterminazione della vittima, rischia così di esulare da tale articolo, privo di una previsione attenuata. A questo si aggiunga il problema relativo al "*consenso*" della persona offesa che nella pratica può costituire un ostacolo alla ritenzione della fattispecie criminosa.

A tale proposito, si sottolinea come nel d.lgs. n. 24/2014 che ha attuato la Direttiva 2011/36 UE, non sia stata recepita l'importante previsione di cui al co. 4 dell'art. 2 di tale Direttiva, per cui il consenso della vittima è irrilevante in presenza di determinati mezzi di coercizione. Se è vero che tale elemento può essere dedotto anche da altre norme dell'ordinamento penale, una previsione esplicita avrebbe portato ad una maggiore efficacia, anche in considerazione della mancata trasposizione nell'ordinamento interno della definizione della "*posizione di vulnerabilità*" formulata nella Direttiva stessa.

La norma attribuisce alla Direzione Distrettuale antimafia la funzione del Pubblico Ministero: previsione condivisibile in relazione alla indiscussa professionalità di tale organo, ma che rischia, in territori con alta presenza di criminalità organizzata e numerosi casi omicidiari, l'allungamento dei tempi procedurali stante l'oneroso carico di lavoro⁵.

4. «[...] tale nozione non può essere posta a paragone con lo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p., ma va piuttosto posta in relazione alla nozione di bisogno indicata nel delitto di usura aggravata (art. 644, co. 5, n. 3 c.p.) o allo stato di bisogno utilizzato nell'istituto della rescissione del contratto (art. 1418 c.c.). La situazione di necessità va, quindi intesa come qualsiasi situazione di debolezza o di mancanza materiale o morale del soggetto passivo, adatta a condizionarne la volontà personale: in altri termini coincide con la definizione di "posizione di vulnerabilità" indicata nella decisione quadro dell'Unione europea del 19.7.2002 sulla lotta alla tratta di esseri umani, alla quale la l. 11 agosto 2004, n. 228 ha voluto dare attuazione». Cass. sez. III pen., 25.1.2007, n. 2841.

5. V. Citalia Fondazione Anci Ricerche, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, ottobre 2015.

4. Il fenomeno del c.d. caporalato e ipotesi assimilate

Secondo il Vocabolario della lingua italiana Treccani il caporalato viene definito come «Forma illegale di reclutamento e organizzazione della mano d'opera, specialmente agricola, attraverso intermediari (caporali) che assumono, per conto dell'imprenditore, e percependo una tangente, operai giornalieri, al di fuori dei normali canali di collocamento e senza rispettare le tariffe contrattuali sui minimi salariali». Tale algida definizione rende solo in minima parte la natura di un vero e proprio fenomeno sociale, che ormai da tempo permea in maniera sempre più profonda i diversi settori produttivi, in una varietà multiforme in costante evoluzione.

Nell'accezione comune il termine viene generalmente associato a forme insostenibili di sfruttamento, in cui i lavoratori svolgono la loro attività in situazioni indegne di una società civile, ove risibili condizioni retributive si accompagnano a situazioni alloggiative di massimo degrado.

Ci si trova pertanto nel drammatico paradosso per cui, a fronte di un fenomeno di così vasta portata, di certo non confinato unicamente nelle zone meridionali del nostro territorio o al comparto agricolo, e solo in parte riconducibile alla criminalità organizzata, la risposta a livello giuridico sia avvenuta con gravissimo ritardo e in maniera non unitaria. Solo con la legge n. 199/2016 e la nuova formulazione del reato di cui all'art. 603 *bis* c.p. sembra che finalmente si sia intrapreso un percorso differente rispetto al passato, animato da una *ratio* diversa volta a contrastare con strumenti normativi più efficaci quella varietà di aspetti e di soggetti che ne compongono il mosaico.

Risulta improcrastinabile il superamento di quella sorta di rimozione del fenomeno o meglio di tacita accettazione dello stesso, che si traduce tutt'oggi in una scarna giurisprudenza, in un numero limitato di procedimenti penali aperti, pur di fronte ad uno scenario in cui le tragedie anche mortali, e le insostenibili condizioni di vita dei lavoratori continuano a perpetrarsi, con l'eccezione di quelle rare situazioni ove le sinergie di agenti diversi hanno potuto condurre ad effettivi miglioramenti.

La vastità del fenomeno è ben rappresentata dall'allargamento dei settori lavorativi che ne vengono intaccati: se infatti è noto come l'agricoltura e l'edilizia sono quelli da sempre maggiormente colpiti, altri ambiti si aggiungono, come la pesca, il turismo, la manifattura, la logistica, il lavoro domestico. Una problematica dunque non più soltanto relegata a zone rurali e di sviluppo arretrato.

Va sicuramente riconosciuta la difficoltà, da un punto di vista giuridico, di affrontare situazioni così versatili e proteiformi ed è altrettanto evidente che il dato normativo è da solo insufficiente a determinare un mutamento effettivo delle situazioni, in quanto risultano imprescindibili interventi correlati su tutti gli aspetti, in particolare sociali, che le connotano. Tuttavia il dato normativo continua a rappresentare un elemento centrale che può e deve fare da volano

al fine di porre in circolo tali forme sinergiche di intervento, in un contesto ove sempre più frequenti risultano le fattispecie riconducibili al c.d. “*caporalato grigio*”, con condizioni di sfruttamento più attenuate, anche se non meno laceranti, spesso mascherate da forme contrattuali apparentemente regolari, ma in realtà a copertura di orari e retribuzioni ben differenti.

5. Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 bis c.p.): il c.d. reato di caporalato dalla prima formulazione a quella attuale

Il blando approccio normativo su tale tema è iniziato con la legge n. 264/1949 che all’art. 27 vietava lo svolgimento di attività di intermediazione e interposizione di manodopera, divieto riaffermato dalla legge n. 1369/60, ma in un ambito di semplice reato contravvenzionale. Il d.lgs. n. 276/2003 (“*Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro di cui alla legge 14.2.2003 n. 30*” c.d. “*legge Biagi*”) prevedeva sanzioni penali (art. 18) per esercizio non autorizzato dell’attività di intermediazione illecita, somministrazione abusiva e utilizzazione illecita, ma sempre a livello contravvenzionale, con pena dell’arresto solo ove lo sfruttamento fosse posto in atto nei confronti di soggetti minorenni.

La portata di effettivo contrasto al fenomeno era pertanto di assai scarso rilievo per la natura contravvenzionale delle ipotesi di reato, anche in considerazione della depenalizzazione di quelle sanzionate con la sola pena dell’ammenda per effetto del d.lgs. n. 8/2016. In tale contesto normativo solo le fattispecie criminose previste dal gravissimo reato di cui all’art. 600 c.p. restavano in sostanza come unica possibilità per contrastare, da un punto di vista giudiziario, il fenomeno del caporalato, ma con evidenti difficoltà applicative per le ragioni prima illustrate.

Nel settembre 2011, a seguito di proteste, manifestazioni e varie forme di ribellione verificatesi in Puglia nel territorio di Nardò, veniva emanata la legge n. 148 che introduceva per la prima volta nel nostro ordinamento l’art. 603 bis c.p., intitolato “*Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*”.

Tale norma veniva così a delineare una fattispecie di reato sino ad allora non prevista, anche se la formulazione risultava sin dall’inizio incompleta e deficitaria.

L’importanza di avere enucleato per la prima volta specifici indici di sfruttamento raggruppati in quattro categorie, – retribuzione, orari lavorativi, sicurezza e igiene, generali condizioni di lavoro, nonché metodi di sorveglianza e situazioni alloggiative particolarmente degradanti – veniva in sostanza vanificata da una evidente contraddizione di fondo. Un grave problema ermeneutico ne condizionava infatti la concreta applicazione: mentre questi indici si riferiscono essenzialmente al datore di lavoro, la norma era rivolta, nella sua for-

mulazione, a punire l'intermediatore, il c.d. "caporale", molto sovente estraneo alle condizioni lavorative generali.

Stante il rigido principio di tassatività nel diritto penale, l'applicazione nei confronti del datore di lavoro risultava del tutto problematica, a meno di una forzatura della norma tramite applicazione dell'istituto generale del concorso nel reato di cui all'art. 110 c.p.

Alla luce di ripetuti gravissimi episodi riportati drammaticamente dalle cronache, relativi a persone "morte di fatica", a condizioni indegne di lavoro e situazioni alloggiative assolutamente degradanti, sull'onda anche delle problematiche applicative dell'art. 603 *bis* c.p. nella formulazione del 2011, si arrivava infine alla emanazione della legge n. 199 del 29 ottobre del 2016, che rimodulava in maniera significativa l'articolo in questione.

Venendo ad una analisi specifica dell'attuale dettato normativo, si rileva che il titolo della rubrica di tale reato, collocato tra i delitti contro la persona, è rimasto invariato ("*Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*") e parimenti non è intervenuta alcuna modifica rispetto alla clausola di riserva («Salvo che il fatto costituisca più grave reato»).

Come prima sottolineato, la maggiore problematica rispetto alla precedente formulazione era costituita dalla concentrazione della norma sulla figura del "caporale" lasciando sullo sfondo quella del datore di lavoro, con l'ulteriore contraddizione per cui gli indici dello sfruttamento erano sostanzialmente riferibili al solo datore di lavoro.

La maggiore novità, pertanto, introdotta dalla legge n. 199/16, è costituita proprio dal ricomprendere in modo esplicito la figura del datore di lavoro nell'ambito della configurazione della ipotesi delittuosa, ponendo così rimedio alla grave manchevolezza della precedente normativa.

Il primo co. dell'art. 603 *bis* c.p. attualmente in vigore prevede infatti una descrizione delle condotte punibili riferibili a «chiunque», affermando così l'ampiezza della funzione accusatrice e connotando la fattispecie come reato comune.

Le condotte punibili vengono identificate nel reclutare «manodopera al fine di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori» (n. 1), mentre al n. 2 viene sanzionato il comportamento di chiunque «utilizza, assume o impiega manodopera anche mediante l'attività di intermediazione di cui al n. 1), sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento, ed approfittando del loro stato di bisogno».

È dunque palese come, superando la precedente dizione vengano identificati i due possibili autori del reato, che, pur con condotte diverse, rappresentano due aspetti ineludibili del fenomeno.

Sussiste infatti un'importante differenza in relazione all'elemento soggettivo richiesto: mentre per il caporale la configurazione del reato prevede un dolo specifico in quanto la condotta deve essere finalizzata alla destinazione del soggetto reclutato «al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento», per il datore di lavoro il dolo richiesto è solamente quello generico.

Altrettanto rilevante risulta la dizione della norma allorché ha escluso dalla condotta base gli elementi della violenza o della minaccia, spesso un ostacolo alla effettiva configurabilità del reato, in particolare rispetto a quelle situazioni che, pur gravi, sfuggivano facilmente alla punibilità in assenza di questi elementi.

La violenza o la minaccia sono invece ora considerate come circostanza aggravante speciale della condotta. Se riscontrate, anche in forma alternativa, possono condurre ad un rilevante aumento di pena, come più oltre specificato.

Occorre notare il notevole cambiamento rispetto alla precedente formulazione in quanto non è più necessaria quella “*attività organizzata di intermediazione*” che, specialmente in relazione a situazioni meno articolate, costituiva un indubbio impedimento alla concreta applicazione.

In tal modo si ribadisce la *ratio* della norma volta a colpire quei comportamenti che, non collocandosi in situazioni estreme, rischiavano di sottrarsi ad ogni applicazione sanzionatoria, come sottolineato dalla stessa giurisprudenza (v. ad es. Cass. sez. IV 19.12.2018 n. 5081/2019)⁶.

Ai fini della configurazione del reato occorrono comunque due condizioni: lo sfruttamento del lavoratore e l'approfittamento dello stato di bisogno.

In relazione al concetto di sfruttamento, la norma, come già in precedenza, elenca una serie di indici, che hanno funzione di orientamento nella valutazione probatoria: non si tratta infatti di elementi da considerarsi tassativi ed esaustivi di tutte le possibili condizioni di sfruttamento, anche se è evidente la loro rilevanza.

L'attuale formulazione, pur seguendo il tracciato da quella precedente, con la suddivisione in quattro categorie, presenta alcune importanti novità, che non costituiscono solo differenze di ordine lessicale.

Per quanto concerne infatti l'indice concernente la corresponsione di retribuzione «in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato» non si prevede più che tale corresponsione sia “*sistematica*” bensì si richiede che la stessa sia “*reiterata*”. È sufficiente pertanto che la condotta non sia occasionale, ma venga ripetuta, utilizzando una dizione più consona ai canoni di interpretazione penalistici, superando la vaghezza della precedente formulazione.

6. «[...] Si soggiunge del resto che il delitto p. e p. dall'art. 603-bis c.p. è destinato a colmare l'esistenza di una vera e propria lacuna nel sistema repressivo delle distorsioni del mercato del lavoro e, in definitiva, è finalizzato a sanzionare quei comportamenti che non si rivolgono nella mera violazione delle regole poste dal d.lgs. 10/09/2003 n. 276 (cfr. in specie l'art. 18), senza peraltro raggiungere le vette dello sfruttamento estremo, di cui alla fattispecie prefigurata dall'art. 600 c.p., come confermato dalla clausola di sussidiarietà con la quale si apre la previsione *de qua* [...]» Cass. sez. IV, 19.12.2018, n. 5081/2019.

Si consideri inoltre che la difformità può porsi non solo rispetto ai contratti collettivi nazionali, come nella precedente versione, ma anche a quelli “*territoriali*”, con questo ribadendo l'intenzione di comprendere il più possibile le svariate forme del fenomeno.

Analogamente, per quanto concerne l'orario di lavoro, comprensivo di periodi di riposo, aspettativa obbligatoria, ferie, la condotta prevista attiene alla violazione in forma reiterata: anche in questo caso, dunque, non è più richiesta la sistematicità della violazione, ma la sua ripetizione.

La terza categoria di indici, relativa alle violazioni in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro, contiene una modifica rilevante: rispetto alla precedente formulazione non è più necessario, al fine della integrazione dell'illecito, che venga riscontrata l'esposizione del lavoratore al “*pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale*”. È sufficiente la semplice sussistenza della violazione in oggetto, e, a differenza di quanto stabilito per i precedenti indici, non è richiesto l'elemento della reiterazione: astrattamente, anche una sola violazione della complessa disciplina in materia di sicurezza sul lavoro, potrebbe portare alla ritenzione del reato, ovviamente in presenza degli altri elementi richiesti.

Per quanto concerne infine la quarta categoria di indici di sfruttamento, che tocca una problematica quanto mai simbolica, la norma ha ripreso la precedente formulazione relativa alle «condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti», ma è stato cancellato l'avverbio “*particolarmente*”. Significativa modifica rispetto ad intollerabili situazioni nei confronti delle quali una graduazione del livello di degrado risulta inaccettabile.

La norma prevede espressamente che per la sussistenza del reato è sufficiente il verificarsi di una sola delle condizioni elencate: «ai fini del presente articolo, costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di una o più delle seguenti condizioni [...]».

In tal senso si pone la stessa giurisprudenza (v. ad es. Cass. sez. IV, 19.12.2018, n. 5081/2019; Cass. sez. V, 12.1.2018, n. 17939/2018)⁷.

7. «[...] le convergenti dichiarazioni di decine di lavoratori [...] depongono per una sistematica privazione dei diritti basilari propri della loro condizione, in termini pienamente riconducibili all'art. 603-*bis* co. 3 c.p., sia nel testo previgente, sia nel testo recentemente novellato (gli indici ivi citati non devono peraltro necessariamente coesistere, giacché la disposizione fa riferimento alla sussistenza di una o più delle condizioni ivi menzionate)» Cass. sez. IV 19.12.2018 n. 5081/2019.

«[...] il co. 3 del citato art. 603-*bis* c.p. prevede espressamente quale indice di sfruttamento la presenza di anche solo una delle condizioni descritte nella sproporzione delle retribuzioni rispetto al lavoro prestato, nella reiterata violazione della normativa in materia di orari di lavoro, riposo, ferie e aspettativa, nell'infrazione alle norme in materia di sicurezza e igiene del luogo di lavoro e nell'imposizione di modalità di lavoro degradanti [...]» Cass. sez. V 12.1.2018 n. 17939 /2018.

Ai fini della integrazione del reato è necessaria la sussistenza dell'altra generale condizione costituita dall'approfittamento dello stato di bisogno.

Tale elemento si può identificare con una situazione di forte disagio economico tale da compromettere seriamente le necessità primarie di vita della persona. Sul piano letterale viene usata la dizione della circostanza aggravante dell'usura di cui all'art. 644 co. 5 c.p. ed è da intendersi come stato di vulnerabilità in cui la persona non abbia alternativa se non di cedere alle richieste del soggetto attivo, analogamente a quanto è previsto dalla elaborazione giurisprudenziale in relazione al reato previsto dall'art. 600 c.p. (v. *supra*).

È importante rilevare che l'approfittamento dello stato di bisogno dei lavoratori può essere dedotto anche dalla condizione di irregolarità dei medesimi sul territorio nazionale, che determina la loro disponibilità a lavorare in condizioni disagiate (v. Cass. sez. V, 12.1.2018, n. 17939)⁸.

Il trattamento sanzionatorio dell'art. 603 *bis* c.p. prevede la pena della reclusione da uno a sei anni e la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, differenziandosi così rispetto alla formulazione del 2011 (reclusione da cinque ad otto anni e multa da 1.000 a 2.000 euro).

L'attenuazione della sanzione sembra ben rispondere alle mutevoli forme dello sfruttamento, anche se la forbice indicata permette comunque un'adeguata risposta nei casi più gravi.

Avendo l'attuale formulazione trasformato la violenza o la minaccia da elementi costitutivi del reato in circostanza aggravante, viene a questa conferito un peso rilevante nell'aspetto sanzionatorio: è prevista infatti in tal caso la pena della reclusione da cinque ad otto anni e la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, allineandosi così alla dizione del reato base nella formulazione del 2011.

Ulteriori tre aggravanti ad effetto speciale comportano l'aumento della pena da un terzo alla metà laddove il numero dei lavoratori reclutati sia superiore a tre, o se trattasi di minori in età non lavorativa o infine se vi è stata esposizione a situazioni di grave pericolo, in considerazione delle prestazioni da svolgere e delle generali condizioni di lavoro.

La dizione introduttiva "*se i fatti sono commessi*" fa ritenere che tali aggravanti possano essere applicate sia alla figura del datore di lavoro e sia a quella del caporale, in linea con la *ratio* del legislatore volta a contrastare nella maniera più esaustiva il fenomeno in oggetto.

Le difficoltà di contrasto al fenomeno hanno indotto il legislatore ad introdurre un'attenuante di tipo premiale, che prevede un trattamento favorevole di notevole portata.

8. «[...] Ed anche l'ulteriore elemento dell'approfittamento dello stato di bisogno dei lavoratori era oggetto di congrua motivazione nel riferimento alla situazione di clandestinità dei predetti, che li rendeva disposti a lavorare in condizioni disagiate» Cass. sez. V, 12.1.2018, n. 17939/2018.

La disposizione contenuta nell'art. 603 *bis* 1 c.p., stabilisce infatti un diminuzione della pena da un terzo a due terzi per colui che rendendo dichiarazioni su quanto a sua conoscenza «si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori» oppure fornisce “*concretamente*” aiuto nei confronti delle autorità precedenti «nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti o per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite».

Tale attenuante, che va collocata nel tradizionale solco della normativa premiale, presenta due aspetti particolari. Innanzitutto non viene indicata la figura del collaboratore come “*concorrente*” (a differenza di quanto previsto dall'attenuante similare di cui all'art. 600 *septies* 1 c.p., esclusa specificamente in relazione alla nuova formulazione dell'art. 603 *bis* c.p.), permettendone così l'applicazione anche nei confronti del soggetto in grado di rendere informazioni utili pur non essendo coinvolto direttamente come correo.

Inoltre, la decisività delle prove derivate dalla collaborazione non è considerata unicamente ai fini della individuazione o cattura dei concorrenti, ma anche «per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite». È evidente la rilevanza di tale specificazione alla luce delle gravi difficoltà nel recupero delle somme derivanti da situazioni di sfruttamento, che costituisce una delle ragioni che influiscono sulla scarsa propensione, in particolare delle persone straniere, in ragione della loro debolezza, a perseguire le vie giudiziarie.

È da notare che, al fine di evitare un uso distorto di tale attenuante, l'art. 601 *bis* 1 c.p. prevede la specifica applicazione delle disposizioni contenute nella legge n. 82 del 15.3.1991 all'art. 16 *septies*, per cui in caso di dichiarazioni “*false o reticenti*” è possibile la revisione della sentenza laddove sia stata applicata l'attenuante in esame.

Particolari pene accessorie conseguenti alla sentenza di condanna per il reato in questione sono contenute nell'art. 603 *ter* c.p. (anche in relazione al reato di riduzione in schiavitù - art. 600 c.p.) per i casi in cui lo sfruttamento abbia ad oggetto prestazioni lavorative. Le pene accessorie riguardano l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche nonché il divieto di concludere contratti di appalto, forniture di beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione e l'esclusione (per un periodo da due a cinque anni in caso di recidiva) da finanziamenti, contributi o sussidi da parte dello Stato o altri enti pubblici, nonché dell'Unione europea riguardanti il settore di attività in cui ha avuto luogo lo sfruttamento.

Rilevanti novità sono state introdotte dalla legge n. 199/16 anche in relazione ad una serie di disposizioni strettamente correlate, contenute nell'art. 603 *bis* 2 c.p.

Se da un lato, in caso di condanna anche a seguito di patteggiamento, la confisca obbligatoria delle «cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto o il profitto» richiama un istituto tradizionale, dall'altro è prevista la sua applicazione in maniera

allargata, “*per equivalente*” ai sensi dell’art. 12 *sexies* della legge n. 356/1992, anche in relazione ai beni di cui «il reo ha la disponibilità, anche indirettamente o per interposta persona».

Inoltre, in una prospettiva penalistica orientata a dare rilievo anche alla sanzione di tipo patrimoniale, le innovazioni più significative si rinvencono nelle disposizioni che riguardano il versante dell’impresa.

Ed infatti non solo la fattispecie di cui all’art. 603 *bis* c.p. viene inserita tra i reati elencati nella lettera a) dell’art. 25 *quinquies* della legge n. 231/2001, per cui l’ente è chiamato a risponderne allorché il reato sia commesso nel suo “*interesse o vantaggio*”, ma viene introdotto il nuovo istituto del controllo giudiziario dell’azienda. Questo specifico strumento, regolato dall’art. 3 della legge n. 199/2016, si applica qualora «l’interruzione dell’attività imprenditoriale possa comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico del complesso aziendale» ed è attuato tramite la nomina da parte del giudice di uno o più amministratori. Costoro non hanno il ruolo di sostituire, bensì di “*affiancare*” l’imprenditore nella gestione dell’azienda, con lo specifico compito di relazionare all’autorità procedente a brevi intervalli di tempo (tre mesi) o comunque, sempre, di fronte ad irregolarità nella conduzione aziendale. Il compito principale dell’amministratore è infatti quello di impedire il verificarsi di «situazioni di grave sfruttamento lavorativo», procedendo altresì alla regolarizzazione dei lavoratori che al momento dell’avvio del procedimento penale prestavano la loro attività in assenza di regolare contratto. Il ruolo importante e di autonomia dell’amministratore è confermato dal potere a lui conferito di adottare «adeguate misure anche in difformità da quelle disposte dall’imprenditore o dal gestore».

Ci si trova dunque di fronte ad una precisa scelta di politica normativa tesa ad intervenire negli oscuri meandri di quelle politiche imprenditoriali volte ad aggirare le disposizioni a tutela dei lavoratori, approfittando di quella condizione di vulnerabilità e debolezza che caratterizza in particolare la posizione del soggetto straniero.

La misura del controllo giudiziario dell’azienda può essere applicata anche nei casi di corresponsione ritardata della retribuzione, in palese divergenza rispetto alla contrattazione collettiva, in un contesto di condizioni di vita disagiate significative di «uno stato vitale di bisogno» (v. Cass. sez. V, 6.12.2017, n. 9972/2018)⁹.

9. «[...] Quanto poi alla motivazione, sottesa al provvedimento impugnato, va osservato che le considerazioni, svolte dal giudice della cautela, circa la ritardata corresponsione del salario e la riscontrata divergenza, rispetto alle condizioni della contrattazione collettiva, in presenza di condizioni di vita disagiate, rappresentative di uno stato vitale di bisogno, costituiscono, in effetti, un insieme di motivi, idonei e logicamente costruiti, con riferimento alla ritenuta sussistenza della fattispecie di reato, contemplate dall’art. 603 *bis* c.p., in previsione della specifica cautela» Cass. sez. V, 6.12.2017, n. 9972/2018.

È importante sottolineare che la riforma del Codice Antimafia del 2017 ha inserito l'art. 603 *bis* c.p. nell'elenco dei reati che consentono la nomina di un amministratore giudiziario secondo quanto previsto dal d.lgs. 159/2011 all'art. 34, con un ruolo parzialmente diverso e dotato di maggiore autonomia gestoria, essendo la precipua finalità dell'istituto la rimozione «delle situazioni di fatto e di diritto» che hanno determinato l'applicazione della misura. In tali situazioni la competenza è in capo al Tribunale distrettuale per le misure di prevenzione.

A questo proposito si segnala un'interessante decisione del Tribunale di Milano Sez. mis. prev. decreto n. 59 del 7.5.2019 nei confronti di una importante azienda multinazionale operante nel settore della logistica.

Sulla base dell'art. 34 del Codice Antimafia il Tribunale ha disposto l'amministrazione giudiziaria nei confronti di una complessa struttura, organizzata attraverso una rete di cooperative solo apparentemente tali, in quanto nella realtà i lavoratori erano del tutto estranei a ogni forma effettiva di partecipazione alle decisioni societarie. Veniva pertanto realizzato un "regime di sopraffazione retributivo e trattamentale", in cui l'insieme delle cooperative costituiva "un unico soggetto economico" con tutti i vantaggi facenti capo alla società che concretamente si avvaleva dei servizi di facchinaggio e movimentazione delle merci, fornendo tutte le direttive connesse con la gestione dei servizi.

Una situazione integrante pienamente gli indici di sfruttamento previsti dall'art. 603 *bis*: ritmi di lavoro gravosissimi, paghe estremamente basse, formali inquadramenti part-time a fronte invece di prestazioni a tempo pieno, straordinari imposti sotto minaccia del licenziamento. Il provvedimento non si sofferma sull'elemento dell'approfittamento dello stato di bisogno, in tal modo presupponendone la sussistenza proprio nella stessa accettazione di condizioni così drammaticamente gravose¹⁰.

L'art. 603 *bis* c.p. nella attuale formulazione, a differenza della precedente, è stato inserito tra i reati di cui all'art. 380 c.p.p., per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza. L'importanza di tale disposizione è collegata, oltre al dato processuale, alla possibilità di applicazione delle disposizioni di

10. Merlo A., *Il contrasto al "caporalato grigio" tra prevenzione e repressione*, «Diritto penale contemporaneo», 6, 2019; D'Ottavio B., *Profili penali del reclutamento e dello sfruttamento di manodopera*, «Rivista Lavoro Diritti Europa», 2, 2019; Gianfrotta F., *Intermediazione e sfruttamento del lavoro: luci ed ombre di una riforma necessaria. Come cambia la tutela penale dopo l'approvazione della legge n. 199/2016*, «Questione giustizia», 1.3.2017; Giuliani A., *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova, 2015; Di Martino A., *Caporalato e repressione penale. Appunti su una correlazione (troppo) scontata*, «Diritto penale contemporaneo», 2, 2015; Ferranti D., *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, «Diritto penale contemporaneo», 15.11.2016; Mazzanti M., *Nota informativa in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro*, Confagricoltura Bologna, 7.12.2016.

cui all'art. 18 d.lgs. n. 286/98 (Testo Unico sull'Immigrazione) concernenti il rilascio di permesso di soggiorno per protezione sociale alle vittime di sfruttamento¹¹.

6. I reati previsti dal Testo Unico sull'immigrazione: l'art. 22 co. 12 e 12 bis d.lgs. 286/98

La Direttiva 2009/52/CE stabilisce all'art. 9 l'obbligo per gli Stati membri di sanzionare penalmente la violazione intenzionale del divieto di assumere stranieri non comunitari privi di titolo di soggiorno, in situazioni varie, tra cui quelle caratterizzate dalle condizioni lavorative di particolare sfruttamento.

Questa Direttiva è stata attuata nel sistema nazionale con il d.lgs. 109/2012, ma già in precedenza il Testo Unico sull'Immigrazione (d.lgs. 286/98) conteneva una norma specifica, pertanto non modificata, nell'art. 22 co. 12. In base a tale reato, «il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente

11. L'art. 18 d.lgs. 286/98, modificato in parte dal d.lgs. n. 24/2014, in combinato disposto con l'art. 27 del d.p.r. 349/99, prevede il rilascio di un permesso di soggiorno in favore delle persone straniere che si trovino in una situazione di «violenza o grave sfruttamento». Tali condizioni sono alternative e il termine generico di sfruttamento permette di applicare la norma anche nei casi di sfruttamento lavorativo, come ribadito anche da diverse Circolari del Ministero dell'interno risalenti nel tempo (v. ad es. Circolare n. 300 del 4.8.2000, n. 11050 del 28.5.2007). È richiesto altresì l'elemento del “*concreto pericolo*” per l'incolumità della vittima, in un ambito di commissione dei reati di sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione nonché di quelli per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza (art. 380 c.p.p.). Il titolo di soggiorno previsto, ora recante la dicitura «casi speciali» a seguito delle modifiche di cui alla legge n. 132/2018 (c.d. “*decreto sicurezza Salvini*”), ha durata semestrale rinnovabile e convertibile. Per ottenerlo, la vittima, che partecipa ad uno specifico programma di assistenza e integrazione sulla base del Piano nazionale di azione contro la tratta, ha di fronte due differenti percorsi. Nel primo, più tradizionale, la vittima presenta una denuncia all'autorità di polizia, con conseguente procedimento penale, nel cui ambito il Pubblico Ministero deve esprimere un specifico parere. La seconda ipotesi riguarda invece il c.d. “*percorso sociale*”, la cui caratteristica principale consiste nel fatto che non è necessario che la vittima presenti una vera e propria denuncia, ma sarà la stessa associazione che l'assiste a rappresentare alla questura la sua particolare situazione. Trattasi ovviamente di casi particolarmente delicati ove la vittima si trova in condizioni tali di debolezza da non avere la forza di fare la denuncia, che verrà probabilmente presentata in tempi successivi, quando le condizioni generali di consapevolezza e stabilità si saranno rafforzate. Questo particolare percorso ha un'applicazione quanto mai limitata, mentre il c.d. percorso giudiziario subisce purtroppo una interpretazione fortemente premiale, a dispetto di una dizione normativa che invece non lo prevede. La giurisprudenza, nelle poche decisioni intervenute ha avuto interpretazioni divergenti (v. Consiglio di Stato sent. n. 6023 del 10.10.2006; Consiglio di Stato n. 6347 del 22.12.2014). Le disposizioni dell'art. 18, per specifica previsione della legge n. 17 del 26.2.2007, si applicano anche ai cittadini della Unione europea.

articolo, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato», viene punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5.000 euro per ogni lavoratore impiegato.

Importanti modifiche sono invece state introdotte dal d.lgs. n. 109/12, laddove nell'art. 22 si prevede una nuova circostanza aggravante del delitto di occupazione di stranieri in condizioni irregolari. Viene infatti stabilito un aggravamento di pena da un terzo alla metà, in tre distinte ipotesi: a) se i lavoratori occupati sono in numero superiore a tre; b) se sono minori non in età lavorativa; c) se sono sottoposti alle altre «condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo co. dell'art. 603 *bis* c.p.».

La norma prevede come circostanze aggravanti del reato alcune delle condizioni che la Direttiva considera come presupposti per l'incriminazione: occorre peraltro notare come l'attuale formulazione dell'art. 603 *bis* c.p., contenendo effettivamente nel terzo co. l'enucleazione degli indici di sfruttamento, abbia permesso di superare l'infelice correlazione con la precedente dizione, che al terzo co. non si riferiva a tali condizioni.

Continua invece ad essere discutibile e fortemente riduttiva l'applicabilità della circostanza aggravante solo alle situazioni di occupazione di lavoratori in numero superiore a tre, escludendo in tal modo automaticamente le ipotesi numericamente inferiori. Altrettanto incomprensibile, e di certo non in linea con le disposizioni della Direttiva, risulta il riferimento ai minori ma solo a quelli in età non lavorativa (leggasi anni 16), immotivatamente escludendo gli altri soggetti di età inferiore ai diciotto anni, che rappresentano una fascia di età piuttosto frequente nelle attività lavorative, in particolare agricole.

Si osserva inoltre che resta un limite di fondo delle disposizioni in oggetto: essendo contenute nell'ambito del TU d.lgs. 286/98, riguardano esclusivamente i lavoratori stranieri non comunitari, lasciando in tal modo fuori da tale sanzione analoghe ipotesi di reato commesse a danno di cittadini appartenenti all'Unione europea: se si considera il grande numero di lavoratori dell'Est Europa impiegati nel settore agricolo, la portata del limite normativo appare evidente.

Una rilevante conseguenza della sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 22 co. 12 *bis* è contenuta nel d.lgs. n. 231/2001, art. 25 *duodecies*, relativa alla responsabilità da reato degli enti, secondo cui «in relazione alla commissione del delitto di cui all'art. 22 co. 12 *bis* d.lgs. 286/98 si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 100 a 200 quote, entro il limite di 150.000 euro».

In linea con le indicazioni contenute nella Direttiva europea il legislatore ha pertanto considerato come lo sfruttamento del lavoro irregolare rientri in un ambito di criminalità economica dolosa, ponendo tale reato tra quelli che costituiscono il presupposto per la responsabilità da reato degli enti.

Uno strumento di tutela nei confronti della vittima di grave sfruttamento lavorativo, differente da quello di cui all'art. 18, si rinviene nell'art. 22 co. 12 *quater* del d.lgs. 286/98, a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 109

del 16.7.2012 di attuazione della Direttiva 2009/52/CE. Il predetto articolo prevede il rilascio di un permesso di soggiorno, «nelle ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo di cui al co. 12 *bis*» (lavoratori in numero superiore a tre, minori in età non lavorativa, condizioni di particolare sfruttamento lavorativo di cui all'art. 603 *bis* c.p.), da parte del questore su proposta del Procuratore della Repubblica o previo parere favorevole dello stesso, a condizione che lo straniero «abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro».

Come specificato dalla lettera stessa della norma, questo tipo di permesso di soggiorno costituisce uno strumento a carattere premiale, di natura differente, almeno a livello teorico, rispetto al permesso di protezione sociale di cui all'art. 18 del d.lgs. 286/98: ha durata semestrale, rinnovabile, convertibile, consente svolgimento di attività lavorativa e a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 132 del 1.12.2018 (c.d. “*decreto sicurezza Salvini*”) riporta la nuova dicitura “*casi speciali*”.

Si rileva che, analogamente al titolo di soggiorno previsto dall'art. 18 d.lgs. n. 286/98, l'applicazione effettiva di questo strumento risulta molto limitata, anche in ragione del carattere decisamente premiale dello stesso e della scarsa giurisprudenza in tema di 603 *bis* c.p.

Una interessante sentenza delle Sez. Unite della Cassazione (n. 30757/18 del 6.11.2018) ha ribadito, proprio in tema di permesso di soggiorno *ex* art. 22 co. 12 *quater*, come il procedimento volto al rilascio di questo titolo di soggiorno configuri «attività vincolata e non già esercizio di potere discrezionale» con il ruolo del Pubblico Ministero cui è affidata la valutazione dei requisiti previsti dal legislatore, in un esercizio di «discrezionalità tecnica». La Suprema Corte sancisce pertanto il principio di diritto per cui l'opposizione avverso il diniego del questore al rilascio di tale titolo di soggiorno «appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario»¹².

7. Altre ipotesi di reato contestate nella prassi applicativa

Nel quadro, non unitario, relativo al contrasto dello sfruttamento lavorativo, sussistono altre norme che vengono utilizzate a tal fine, spesso in una sorta di funzione sussidiaria per ricomprendere alcune situazioni illecite altrimenti facilmente sfuggenti ad una effettiva repressione.

L'art. 12 co. 5 del d.lgs. n. 286/98 punisce con la reclusione sino a quattro anni (più la multa) il comportamento di chiunque «al fine di trarre un ingiusto

12. *La tutela delle vittime della tratta e del grave sfruttamento: il punto della situazione oggi in Italia*, a cura di ASGI, 2015; Paggi M., *La tutela degli immigrati irregolari vittime di grave sfruttamento in ambito lavorativo: un percorso ad ostacoli per l'effettivo recepimento della direttiva 52/2009*, «Diritto Immigrazione Cittadinanza», 4, 2012.

profitto dalla condizione di irregolarità dello straniero, favorisce la permanenza di questi nel territorio dello Stato in violazione delle norme del presente testo unico», con un aggravamento di pena da un terzo alla metà se il fatto è commesso da due o più persone oppure se riguarda la permanenza di cinque o più persone. Il dolo specifico richiesto costituito dall'«ingiusto profitto», ha permesso un'interessante applicazione giurisprudenziale «nel caso di impiego di cittadini extracomunitari in condizioni disumane tali da poter essere accettate solo per effetto della mancanza di ogni forza contrattuale» (v. Cass. pen. sez. I n. 48826/2009): l'ulteriore finalità di approfittamento della condizione di irregolarità dello straniero può essere dedotta dall'imposizione di condizioni di lavoro particolarmente gravose e discriminatorie.

Analogamente a quanto accade per la fattispecie illecita di cui all'art. 22 co. 12 *bis*, il reato è applicabile solo in relazione ai cittadini che provengono da Paesi *extra* europei.

È da rilevare inoltre che questo reato, non rientrando tra quelli per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza ai sensi dell'art. 380 c.p.p., non consente, almeno in teoria, la concessione del particolare permesso di soggiorno per protezione sociale di cui all'art. 18 del Testo Unico Immigrazione (d.lgs. 286/98), il cui presupposto è legato a tale tipologia di reati.

Le frequenti forme di ricatto nei confronti della vittima, costretta ad accettare condizioni disumane a fronte di violenza o minacce connesse, ad esempio, al ritiro del passaporto da parte del datore di lavoro, o alla denuncia alle autorità di polizia della condizione di irregolarità, hanno portato in alcuni casi alla contestazione del reato di estorsione di cui all'art. 629 c.p.

Giurisprudenza costante ritiene integrato tale reato nella condotta del datore di lavoro che imponga condizioni illegittime di lavoro sotto minaccia di licenziamento o mancata assunzione¹³.

Tale imputazione, rientrando tra le ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza di cui all'art. 380 c.p., a differenza del reato di cui all'art. 12 co. 5 d.lgs. 286/98, determina l'applicabilità dell'art. 18 del Testo Unico prima citato, riguardante il permesso per motivi di protezione sociale.

Si rileva come le difficoltà probatorie relative alle situazioni di sfruttamento abbiano condotto, in particolare prima della legge n. 199/16, ad una maggiore applicazione dell'art. 572 del codice penale, riguardante i “*Maltrattamenti contro familiari e conviventi*”.

Tale reato, che ha subito una significativa maggiorazione della pena (reclusione da tre a sette anni) a seguito della legge n. 69 del 19.7.2019 (c.d. “*codice rosso*”), è riferibile non solamente all'ambito familiare: concerne infatti anche la persona «comunque convivente» oppure sottoposta all'«autorità» del

13. Si veda ad es. Cass. pen. sez II n. 656 del 4.11.2009; Cass. pen. sez. II n. 16656 del 2.4.2010; Cass. pen. n. 32525 del 1.7.2010.

soggetto agente, «o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia o per l'esercizio di una professione o un'arte». L'ampia formulazione ne consente dunque l'applicazione a situazioni lavorative particolarmente degradanti, in cui il vincolo tra datore e lavoratore è evidente e significativo, anche se non tale da integrare l'elemento dell'«assoggettamento continuativo» richiesto dal reato di cui all'art. 600 c.p. (v. Cass. pen. sez. VI, 9.6.2014, n. 24057)¹⁴.

L'inserimento del reato di maltrattamenti tra quelli per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza, da parte della legge n. 119 del 15.10.2013, relativa alla c.d. violenza di genere, consente il rilascio alla vittima del permesso per motivi di protezione sociale di cui all'art. 18 Testo Unico Immigrazione (d.lgs. 286/98).

8. Conclusioni

Risulta evidente la necessità di un salto culturale, di una consapevolezza molto maggiore, unita alla volontà di approcciare il fenomeno tramite tutte le differenti forze in campo, dalle forze dell'ordine agli ispettorati, dalla magistratura alle forze sindacali e sociali, dai datori di lavoro ai lavoratori stessi. La consapevolezza dei propri diritti da parte dei soggetti lavoratori costituisce un elemento fondamentale, e in questo il percorso si prospetta ancora lungo e arduo: tale consapevolezza deve infatti accompagnarsi alla effettività degli strumenti giuridici che ne devono consentire l'applicazione e ad un livello di informazione ben più elevato di quanto avvenga, avvertendosi in questo la deficitaria attuazione della Direttiva 52/2009/CE che proprio sulla informazione dei diritti poneva uno dei punti di rilievo.

La scarsità della giurisprudenza, nonché della “*strategical litigation*”, è indissolubilmente legata alla debolezza della vittima. Iniziare una causa vuol dire, nella maggioranza dei casi, lasciare il territorio in cui si è lavorato, ab-

14. Nella sentenza Cass. pen. sez. VI, 9.6.2014, n. 24057, si è ritenuta sussistente la fattispecie di reato di cui all'art 572 c.p. nei confronti di un datore di lavoro con alle dipendenze lavoratori rumeni in condizioni di estremo degrado materiale, ospitati in abitazioni fatiscenti, privi di un legittimo compenso ma liberi di determinarsi autonomamente sulle proprie scelte di vita, i quali si sottraevano all'iniquo regime lavorativo ma senza esserne impediti o dissuasi mediante minacce o violenza. Trattasi di «situazioni in cui il rapporto tra datore di lavoro e il dipendente assume natura c.d. parafamiliare poiché caratterizzato da relazioni intense ed abituali, da consuetudini di vita tra i soggetti, dalla soggezione di una parte nei confronti dell'altra dalla fiducia riposta dal soggetto più debole del rapporto in quello che ricopre la posizione di supremazia [...] ovvero quando nell'ambito di un rapporto professionale o di lavoro, il soggetto attivo si trovi in una situazione di supremazia connotata dall'esercizio di un potere direttivo o disciplinare tale da rendere ipotizzabile una condizione di soggezione anche solo psicologica, del soggetto passivo, che appaia riconducibile ad un rapporto di natura parafamiliare».

bandonare una struttura degradata ma foriera di “*offerte*” lavorative, e può determinare la perdita di quella minima possibilità di sopravvivenza in contesti ambientali drammaticamente difficili. A questo si aggiungono i tempi molto lunghi delle procedure giudiziarie e l'estrema incertezza nel recupero di quanto economicamente dovuto, pur in presenza di sentenze favorevoli. Il drammatico tema del mancato risarcimento delle vittime continua a rappresentare un grave ostacolo nel percorso di contrasto: né appaiono risultare efficaci, almeno allo stato attuale, le disposizioni dell'art. 7 della legge n. 199/2016 che, modificando l'art. 12 della legge n. 228/2003, ha previsto l'assegnazione al Fondo anti-tratta dei proventi delle confische disposte a seguito di condanne *ex art. 603 bis* c.p. destinate ad indennizzare le vittime.

Una nota positiva, segno che forse il generale panorama sta cambiando, proviene da una serie di iniziative in atto in alcuni territori, significativi passi verso il coinvolgimento di soggetti diversificati nella lotta al caporalato. Già in passato erano stati formalizzati svariati “*protocolli*” di intervento tesi ad un lavoro coordinato di sinergie tra forze dell'ordine, magistratura, sindacati e organizzazioni non governative impegnate sul tema¹⁵. Significativo anche l'intervento dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro con indicazione di specifiche linee guida¹⁶.

Particolarmente interessante risulta la recente piattaforma della rete delle associazioni della provincia di Foggia che pone in essere un'alleanza tra istituzioni e associazioni operanti stabilmente sul territorio, volta a raggiungere un'effettiva inclusione sociale, abitativa e lavorativa al fine di contrastare efficacemente il sistema di sfruttamento su cui si regge l'intera filiera del lavoro agricolo, dalla semina alla raccolta. Tale piattaforma, intitolata “*Rompiano la catena dello sfruttamento lavorativo, liberiamo i diritti*” si pone una serie di obiettivi primari, che vanno dall'informazione alla tutela giuridica delle persone straniere, dai trasporti pubblici al rispetto dei livelli salariali.

Si segnala inoltre la recentissima approvazione del “Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato (2020-2022)” presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali a fine febbraio 2020. Sono previsti interventi emergenziali ed interventi di lungo periodo, sulla base di quattro linee strategiche concernenti la prevenzione, la vigilanza e il contrasto, la protezione e assistenza, la reintegrazione socio-lavorativa. Tale Piano, che

15. Si veda ad es. il Protocollo contro il caporalato e lo sfruttamento lavorativo in agricoltura sottoscritto nel giugno 2016 dai Ministeri dell'interno, del lavoro, delle politiche agricole alimentari e forestali, dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro, dalle regioni Basilicata, Calabria, Campania, Piemonte, Puglia e Sicilia, dalle organizzazioni sindacali Cgil, Cisl, Uil, e dalle associazioni di categoria Coldiretti, Cia, Copagri, Confagricoltura e Cna, Alleanza delle cooperative, Caritas, Libera e Croce Rossa Italiana.

16. Circolare. n. 5 del 28.2.2019 I.N.L. “*Linee guida per l'attività di vigilanza in materia di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*”.

intende coinvolgere anche associazioni di categoria, sindacati e Terzo settore, potrebbe determinare un significativo passo in avanti.

Il percorso è quanto mai arduo, irto di difficoltà di ogni genere, tuttavia sembra di poter indicare, quale elemento che potrebbe dare un impulso decisivo per il superamento della attuale congiuntura, il coinvolgimento sempre più diretto delle persone migranti sfruttate, affinché, con il supporto di soggetti diversi, portino avanti, in prima persona, un'effettiva azione di contrasto.

Nella fase attuale, ove la cultura dei diritti umani è messa non solo in discussione, ma sottoposta ad un duro attacco, e non unicamente da un punto di vista normativo, lo scenario dello sfruttamento lavorativo riveste sempre di più un carattere centrale e simbolico. Le modifiche intervenute già con la legge Minniti, e proseguite con ancor più virulenza dai c.d. "*decreti sicurezza Salvini*", stanno intaccando alla radice quella base di diritti fondamentali che dovrebbero costituire invece un baluardo insormontabile.

L'abolizione della protezione umanitaria, gli ostacoli crescenti sulla conversione dei titoli di soggiorno, la generale precarizzazione della condizione giuridica del cittadino straniero, la mancanza di forme di regolarizzazione a regime, rischiano purtroppo di allargare a dismisura la fascia della irregolarità, con pesantissime ricadute sulla vita delle persone. L'auspicio è che ponendo in essere un'effettiva azione congiunta di tutti soggetti facenti parte della società civile, istituzionali e non, si possa dare un segnale chiaro di inversione di rotta, per dare consistenza ad un sistema "*inclusivo*", che, come sottolineava il grande filosofo del diritto del secolo scorso, Norberto Bobbio, costituisce la cifra distintiva ed effettiva della democrazia.

Le frontiere del diritto: gli artt. 18 e 18 bis TU 286/98 in una prospettiva di genere e femminista

di *Ilaria Boiano e Cristina Laura Cecchini**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il principio del safe reporting of crime quale presupposto di effettività dell'accesso alla giustizia delle donne straniere presenti sul territorio italiano. – 3. Il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale. – 4. Il permesso di soggiorno per le donne migranti vittime di violenza di genere, compresa la violenza domestica. – 5. La persecuzione di genere e la protezione internazionale quali espressione necessaria di un sistema integrato di tutela effettiva dei diritti delle donne esposte a violenza e persecuzioni di genere. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Per incoraggiare l'emersione e la repressione di gravi reati, come la tratta di esseri umani e la riduzione in schiavitù con finalità di sfruttamento sessuale e lavorativo, il legislatore italiano, sin dall'elaborazione della disciplina dell'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero¹, comprese la necessità di garantire alle vittime straniere, a prescindere dalla denuncia dei reati patiti, un titolo di soggiorno e l'inserimento in un programma di rafforzamento individuale².

* Avvocate del Foro di Roma, socie Asgi e Differenza Donna Onlus.

1. Si rinvia alla lettura dei lavori preparatori della legge 6 marzo 1998, n. 40, Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, in particolare degli atti AC 3240 e AS 2898.

2. Per un quadro del dibattito prossimo all'epoca della formulazione dell'art. 18 si rinvia a Giammarinaro M.G., *Il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale previsto dall'articolo 18 t.u. sull'immigrazione*, «Diritto Immigrazione e Cittadinanza», 4, 1999, p. 34; Rosi E., *Le misure internazionali per la lotta contro le forme di criminalità connesse al fenomeno migratorio*, «Rivista giuridica della comunicazione e dei trasporti», 2, 2002, p. 178; *Ead.*, *Lotta al crimine, verso un'integrazione sempre più stretta. La decisione quadro sulla lotta contro la tratta di esseri umani*, «Diritto e Giustizia», 45, 2002, p. 64; *Ead.*, *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti. Strumenti internazionali*, «Cassazione penale», 2001, p. 1986.

Fu quindi elaborato l'istituto del permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale di cui all'art. 18 d.lgs. 286/1998, inteso nei termini di misura di rafforzamento delle vittime esposte a concreti pericoli per la loro incolumità per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti dell'organizzazione criminale e finalizzato ad agevolare la costruzione di un rapporto di fiducia nelle autorità, presupposto imprescindibile per l'emersione stessa dei reati.

Sul modello dell'art. 18 d.lgs. 286/1998 è stato introdotto all'art. 18 *bis* il permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica, subordinato però all'avvio di un procedimento penale³.

Tali disposizioni prevedono misure indispensabili per l'effettiva tutela dei diritti delle donne esposte alle molteplici forme di violenza di genere, ivi compresa la tratta di esseri umani, tuttavia, a parere di chi scrive, per contribuire a un'effettiva evoluzione in una prospettiva di genere e femminista dell'intero sistema di protezione e della legislazione in materia di immigrazione e affinché le misure menzionate possano in concreto esplicare la loro funzione di garanzia dei diritti fondamentali, gli artt. 18 e 18 *bis* d.lgs. 286/1998 necessitano di una rilettura sistematica che consenta di superare le problematiche correlate alle cattive prassi applicative.

Richiamiamo l'attenzione, infatti, sulla circostanza che le donne, benché siano la maggioranza della popolazione migrante che beneficia delle misure previste dagli articoli in esame, risultano incontrare proprio "in quanto donne" peculiari ostacoli all'accesso alla giustizia, alla protezione internazionale e alle misure di supporto e assistenza che l'ordinamento deve garantire in virtù degli obblighi di diritto internazionale ed europeo dinanzi alla violenza e persecuzioni di genere e ciò in ragione della prevalenza di un approccio insensibile alle specificità delle esperienze delle donne e all'assenza di specializzazione in tema di violenza, discriminazioni e persecuzioni di genere⁴.

L'analisi delle misure previste dagli artt. 18 e 18 *bis* d.lgs. 286/1998 è inserito, di conseguenza, in questo contributo nel solco della riflessione più ampia relativa alle garanzie da predisporre per assicurare l'effettivo accesso alla giustizia e alla protezione internazionale della popolazione migrante presente sul territorio degli Stati membri: in sede internazionale gli operatori del diritto, la comunità scientifica e le organizzazioni della società civile hanno

3. Legge 15 ottobre 2013, n. 119, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere. Prima ancora, all'art. 22 co. 12 *quater* d.lgs. 286/1998 è stato introdotto il permesso di soggiorno per grave sfruttamento lavorativo dal d.lgs. n. 109/12 che recepisce la Direttiva 2009/52/CE, che introduce «norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare». Anche questa misura, al contrario del permesso di soggiorno previsto dall'art. 18, è concepita come misura premiale a fronte della denuncia all'autorità giudiziaria del reato di grave sfruttamento lavorativo.

4. Comitato CEDAW, *Concluding observations on the seventh periodic report of Italy*, luglio 2017, disponibile all'indirizzo <http://docstore.ohchr.org>.

rilevato la necessità, proprio a partire dall'esperienza delle donne straniere, di erigere "un muro protettivo" (*firewall*) tra i soggetti deputati all'accertamento della regolarità del soggiorno sul territorio e le autorità competenti ad attivare misure di protezione e supporto per coloro che risultino esposti a forme di vittimizzazione sul territorio dei Paesi di destinazione e di persecuzione in caso di rimpatrio, a prescindere dalla disponibilità o meno di titolo di soggiorno⁵.

In tale ottica, i permessi di soggiorno di cui agli artt. 18 e 18 *bis* d.lgs. n. 286/1998 risultano riattualizzati all'interno di un quadro di misure che ruota intorno al principio del "*safe reporting of crime*" e dei suoi corollari, derivanti dalla lettura combinata delle Direttive europee 2011/36/UE⁶, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e 2012/29/UE, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato⁷.

La necessità, al contempo, di una declinazione delle misure in una prospettiva di genere e femminista, intendendo come tale quella che si pone in ascolto delle esperienze individuali delle donne e proceda alla rilettura e rielaborazione degli istituti e delle prassi in modo corrispondente alle loro esigenze concrete, promuovendo il rafforzamento di ciascuna nel rispetto delle aspettative e progettualità individuale e della rete di legami e relazioni che ne connotano l'esperienza⁸, si ricava muovendosi nella cornice più ampia degli obblighi derivanti in capo alle autorità dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (di seguito Convenzione di Istanbul), che incoraggia una lettura degli istituti menzionati quali componenti di un sistema articolato e multilivello funzionale alla prevenzione e protezione da tutte le forme di violenza di genere, comprese

5. Crépeau F., Bethany H., *The Case for 'Firewall' Protections for Irregular Migrants: Safeguarding Fundamental Rights*, «European Journal of Migration and Law» (EMIL), 2-3, 2015, pp. 157-183.

6. Direttiva 2011/36/UE per la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime recepita decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24. Giannarino M.G., *La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2012, pp. 15-33.

7. D.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, recante disposizioni di attuazione della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI. Si veda Ferranti D., *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. sguardo di insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, «Diritto penale contemporaneo», 29.1.2016.

8. Sprague J., Zimmerman M., "Overcoming dualisms: A feminist agenda for sociological methodology", in England P. (a cura di), *Theory on gender/feminism on theory*, Aldine De Gruyter, New York, 1993, pp. 255-280; Hunter R., McGlynn C., Rackley E., *Feminist Judgments. From theory to practice*, Hart Publishing, Oxford e Oregon, 2010.

quelle subite nel Paese di origine, di transito e quelle conseguenti alla scelta di ribellarsi alla violenza subita sul territorio del Paese di destinazione, forme di violenza che integrano persecuzioni di genere rilevanti nel quadro della protezione internazionale, ma che rimangono ancora con scarsa visibilità giuridica.

2. Il principio del *safe reporting of crime* quale presupposto di effettività dell'accesso alla giustizia delle donne straniere presenti sul territorio italiano

L'accesso effettivo alla giustizia costituisce un diritto fondamentale e il presupposto essenziale per garantire alle donne nel concreto una vita libera dalla violenza di genere⁹. L'accesso alla giustizia è multidimensionale e comprende una via di ricorso interno effettivo, l'accessibilità delle autorità giudiziarie e amministrative competenti, la buona qualità dei rimedi predisposti dalla legge, meccanismi di controllo degli inadempimenti degli operatori e rimedi attivabili in concreto¹⁰. Il sistema giudiziario deve essere «fisicamente, economicamente, socialmente e culturalmente accessibile a tutte le donne»¹¹, senza discriminazione alcuna ed espressamente l'art. 4, §3 Convenzione di Istanbul obbliga gli Stati parte ad assicurare l'attuazione delle disposizioni della Convenzione, in particolare delle misure destinate a tutelare i diritti delle vittime, senza alcuna discriminazione, compresa quella fondata sullo «*status* di migrante o di rifugiato o su qualunque altra condizione».

In quanto diritto multidimensionale, al fine della sua completa realizzazione, rilevano evidentemente anche i profili procedurali, articolati dalle Direttive 2011/36/UE e 2012/29/UE, secondo cui ciascuno/a ha diritto a ricevere informazioni sulle misure di protezione e sui rimedi disponibili nell'ordinamento; sui servizi di supporto specializzati; a ricevere assistenza legale per partecipare pienamente ai procedimenti amministrativi e giudiziari; contribuire alla formazione della prova anche attraverso l'audizione personale, disponibilità gratuita del servizio di interpretariato e traduzione, ricevendo, al contempo, protezione da ulteriori reati e persecuzioni e dal rischio di «vittimizzazione secondaria e ripetuta, intimidazione e ritorsioni, compreso il rischio di danni emotivi o psicologici, e per salvaguardare la dignità della vittima durante gli interrogatori o le testimonianze»¹², «senza discriminazioni

9. Carta europea dei diritti fondamentali, art. 47; Patto internazionale dei diritti civili e politici, artt. 2, 14, 16; CEDU, artt. 6 e 13.

10. Comitato CEDAW, *Raccomandazione generale n. 33 sull'accesso alla giustizia delle donne*, 2015, disponibile in inglese https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_33_7767_E.pdf.

11. Comitato CEDAW, *Raccomandazione generale n. 33, cit.*, §3; §14 ss.

12. Art. 18 Direttiva 2012/29/UE.

di sorta», ivi comprese quelle forme correlate allo «*status* in materia di soggiorno o salute»¹³.

Sebbene si chiarisca che la denuncia del reato e la partecipazione stessa al procedimento penale non siano da ritenersi circostanze “costitutive” del diritto della vittima di reato al soggiorno sul territorio, la Direttiva 29/2012/UE chiarisce che «gli Stati membri dovrebbero adottare le misure necessarie affinché i diritti previsti dalla presente Direttiva non siano subordinati allo *status* delle vittime in materia di soggiorno nel loro territorio o alla loro cittadinanza o nazionalità»¹⁴.

La lettura combinata dell’art. 1 Direttiva 2012/29/UE con gli artt. 11 e 12 Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime¹⁵, coerenti con gli obblighi derivanti dal principio di diritto internazionale di *due diligence* che vincola la risposta dell’autorità statale alla richiesta di protezione degli individui dalla violazione dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare nei casi di violenza di genere¹⁶, consente di ritenere comune agli ordinamenti degli Stati membri il diritto a chiedere aiuto alle autorità senza timori in caso di reati (“*safe reporting of crime*”)¹⁷. Con tale espressione si indica l’insieme delle misure legali e pratiche che consentono anche a coloro che sono in condizione di soggiorno irregolare sul territorio di uno Stato membro di chiedere aiuto in quanto vittime di reati e di sollecitare misure di protezione da ulteriori reati e dalla vittimizzazione secondaria, misure da intendersi non condizionate alla denuncia dei reati alle autorità.

Riteniamo che il principio del “*safe reporting of crime*” trovi le sue prime formulazioni, poi prese a modello in sede internazionale e dal legislatore europeo, proprio nell’ordinamento italiano con la disciplina del permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale introdotta all’art. 18 d.lgs. 286/1998.

13. Art. 1 Direttiva 29/2012/UE: «1. Scopo della presente Direttiva è garantire che le vittime di reato ricevano informazione, assistenza e protezione adeguate e possano partecipare ai procedimenti penali. Gli Stati membri assicurano che le vittime siano riconosciute e trattate in maniera rispettosa, sensibile, personalizzata, professionale e non discriminatoria, in tutti i contatti con servizi di assistenza alle vittime o di giustizia riparativa o con un’autorità competente operante nell’ambito di un procedimento penale. I diritti previsti dalla presente Direttiva si applicano alle vittime in maniera non discriminatoria, anche in relazione al loro *status* in materia di soggiorno [...]».

14. Considerando 10 Direttiva 29/2012/UE.

15. Artt. 11 e 12 Direttiva 29/2012/UE.

16. Benninger-Bude C., *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2009.

17. Sul tema si rinvia al lavoro di ricerca condotto dal *Centre on Migration, Policy and Society* (COMPAS) dell’Università di Oxford, www.compas.ox.ac.uk/project/safe-reporting-of-crime-for-victims-and-witnesses-with-irregular-migration-status-in-the-usa-and-europe.

L'assenza di titolo di soggiorno risulta ancora il principale ostacolo all'accesso alla giustizia della popolazione migrante, in particolare con riferimento alla giustizia penale in qualità di vittime di reato¹⁸: coloro che sono sprovvisti/e di titolo di soggiorno con sempre più riserve si rivolgono alle forze dell'ordine per chiedere aiuto in caso di esposizione a condotte illecite, perché temono di autodenunciare così alle autorità anche la loro presenza sul territorio senza titolo di soggiorno e subire, di conseguenza, il rimpatrio. In particolare, l'assenza di titolo di soggiorno e l'automatismo con il quale si attivano le procedure di espulsione minano in modo sproporzionato l'effettività dell'accesso alla giustizia delle donne che hanno fatto esperienza nel Paese di origine, nel percorso migratorio e nei Paesi di destinazione di molteplici forme di violenza e persecuzione¹⁹, tanto che riteniamo potersi affermare che la disciplina dell'ingresso e soggiorno nei territori di Paesi diversi da quelli di origine rappresenti in concreto un fattore di vulnerabilità oggettiva alla violenza di genere delle donne coinvolte da percorsi di migrazione internazionale²⁰ e un ostacolo all'emersione delle persecuzioni di genere. Con riguardo alle donne straniere, l'accesso alla giustizia si declina, infatti, anche nell'effettività delle misure di protezione internazionale, come chiarito dal Comitato CEDAW con la Raccomandazione generale n. 32 sulla dimensione di genere dello *status* di rifugiata, asilo, nazionalità e apolidia delle donne²¹.

Dall'esperienza di 55 donne cittadine di Paesi terzi, accolte tra gennaio 2018 a ottobre 2019 dall'Ong Differenza Donna²², presente dal 2008 con uno

18. PICUM, "Firewall": *A Tool For Safeguarding Fundamental Rights Of Undocumented Migrants*, 19.12.2017, www.picum.org.

19. Sull'accesso alla giustizia delle donne migranti vittime di violenza sul territorio italiano si rinvia ancora a Comitato CEDAW, *Concluding observations on the seventh periodic report of Italy*, cit., §15 ss. Ai sensi dell'art. 3 Convenzione di Istanbul, la violenza contro le donne è intesa come una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione delle donne, comprensiva di tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni e sofferenza di natura fisica, sessuale e psicologica, aggiungendo la nozione di *economic harm* (tradotta nel testo italiano con l'espressione violenza economica), compresa la minaccia di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica che nella vita privata.

20. Commission sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes, *Femmes immigrées: un risque spécifique de violence domestique*, Doc. n. 11991, 15 luglio 2009; Geddie E., LeVoy M., *Strategies to end Double Violence Against Undocumented Women*, PICUM, Bruxelles, 2012; Piattaforma Lavori in corsa CEDAW, *Shadow report on implementation of CEDAW in Italy*, 2017, p. 7 ss., https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ITA/INT_CEDAW_NGO_ITA_27675_E.pdf.

21. Comitato CEDAW, *Raccomandazione generale n. 32 sulla dimensione di genere dello status di rifugiata, asilo, nazionalità e apolidia delle donne*, 2014, disponibile in inglese <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/627/90/PDF/N1462790.pdf?OpenElement>.

22. Si rinvia a Boiano I., Bruno G., Spampinati C., *Le donne alla frontiera del diritto: impatto delle politiche di controllo e repressione dell'immigrazione sulla vita delle donne migranti e richiedenti asilo*, in www.narrazionidellacooperazione.it, settembre 2019.

sportello all'interno del Centro per il rimpatrio di Ponte Galeria, è emerso che l'intera procedura di espulsione ostacola l'accesso alla giustizia e alla protezione internazionale delle donne straniere trattenute, che non ricevono alcuna informazione sulle specifiche misure di protezione e sostegno al momento del contatto con le forze dell'ordine, tanto che può affermarsi una sistematica violazione nei loro confronti del principio del “*safe reporting of crime*”: 20 donne hanno ricevuto un provvedimento di espulsione con conseguente trattenimento nel C.P.R. di Ponte Galeria dopo essersi rivolte alle forze dell'ordine per denunciare forme di violenza psicologica, fisica o sessuale subita da *partner* o *ex partner*. In 2 casi, alle donne non è stato consentito neppure di sporgere querela; 4 donne sono state destinatarie di un provvedimento di espulsione e trattenimento dopo intervento delle forze dell'ordine che hanno accertato una situazione di sfruttamento lavorativo, connotata altresì da forme di violenza di genere, come molestie e violenza sessuale; 8 donne sono state identificate come irregolarmente presenti sul territorio, espulse e trattenute nel C.P.R. di Ponte Galeria a seguito di operazione di controllo su strada dove erano costrette a prostituirsi o comunque nonostante la presenza di indicatori di tratta e sfruttamento sessuale sul territorio; 2 donne sono state destinatarie di provvedimento di espulsione con applicazione di misura alternativa al trattenimento dopo aver presentato denuncia per violenza domestica e sessuale; 18 donne hanno manifestato paura di denunciare la situazione di violenza di genere vissuta nel contesto della relazione di intimità con *partner* italiano a causa delle minacce reiterate del maltrattante di essere segnalate alle autorità per mancanza di titolo di soggiorno; 4 donne hanno riferito di essere state trasferite al C.P.R. a seguito immediato del rilascio dal carcere dove avevano scontato pene per condanne relative a reati riconducibili al fenomeno del cosiddetto “sfruttamento secondario”, dovendosi intendere con esso il coinvolgimento delle donne in condotte illecite che sono imposte quali precondizioni per l'accesso a beni di sussistenza (ad esempio cibo o alloggio) ovvero quale “prezzo” per beneficiare di protezione da ulteriori forme di violenza.

La procedura di esame della domanda di protezione internazionale anche all'interno dei C.P.R. subisce, inoltre, ingiustificati ritardi, nonostante la traumatica condizione di detenzione. Si consideri, per esempio, che ciò è avvenuto anche in presenza di certificazione che attestava che la richiedente fosse stata sottoposta a mutilazioni genitali femminili e le condizioni di trattenimento risultassero incompatibili con l'individuale stato di salute.

Non appare strutturata, in definitiva, nessuna effettiva valutazione circa la compatibilità del trattenimento a fronte della condizione di vulnerabilità delle donne, che sarebbe dovuta ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 7, co. 5 e 17, co. 1 d.lgs. 142/2015, pertanto la detenzione e il rimpatrio continuano a esporre le donne migranti e richiedenti asilo a ul-

teriori violenze e persecuzioni di genere anche sul territorio italiano e nel Paese di origine, culminando non di rado nel reinserimento nella tratta (*re-trafficking*)²³.

3. Il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale

L'art. 18 d.lgs. n. 286/1998 ha introdotto nell'ordinamento italiano, come si è detto, una misura che è stata avanguardia della prospettiva basata sulla tutela dei diritti umani (*human rights-centred perspective*), poi promossa in sede internazionale ed europea in tema di prevenzione della tratta di esseri umani e protezione delle vittime di tale grave crimine internazionale²⁴. In caso di accertamento di situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di uno/una straniero/a, ove emergano concreti pericoli per la sua incolumità per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione dedita ad uno dei delitti di cui all'art. 3, legge 20 febbraio 1958, n. 75 o di quelli previsti dall'art. 380 c.p.p.²⁵ o per effetto delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio, il questore, anche su proposta del Procuratore della Repubblica, o con il parere favorevole della stessa autorità, rilascia uno speciale permesso di soggiorno con la finalità di consentire allo/a straniero/a di sottrarsi alla violenza e ai condizionamenti dell'organizzazione criminale e di partecipare a un programma di assistenza ed integrazione sociale.

Sin dall'inizio dell'introduzione della misura è stato chiarito in sede applicativa e dalla dottrina che i termini «associazione» e «organizzazione» non sono da intendersi nell'accezione propria delle fattispecie di reato specifiche

23. WLWW, *Trafficking of Nigerian Women and Girls: Slavery across Borders and Prejudices*, 2015; Boiano I., Lahi M., Spampinati C., *Written observations submitted by Differenza Donna-Ngo General discussion on the Technical Working Group on General Recommendations on Trafficking in Women and Girls in the Context of Global Migration*, 2019, www.ohchr.org.

24. Giammarinaro M.G., *Il permesso di soggiorno...*, *op. cit.*; Nicodemi F., *La tutela delle vittime della tratta di persone in Italia oggi. Riflessioni sulla capacità di risposta del sistema italiano alle vittime del trafficking rispetto alle evoluzioni del fenomeno*, «Diritto Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2015, pp. 83-108.

25. Tra i delitti elencati all'art. 380 c.p.p., si menzionano: d) delitto di riduzione in schiavitù previsto dall'art. 600, delitto di prostituzione minorile previsto dall'art. 600 *bis*, co. 1, delitto di pornografia minorile previsto dall'art. 600 *ter*, co. 1 e 2, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'art. 600 *quater* n. 1, e delitto di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile previsto dall'art. 600 *quinqies* c.p.; d.1) delitti di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro previsti dall'art. 603 *bis*, co. 2, c.p.; d-*bis*) delitto di violenza sessuale previsto dall'art. 609 *bis*, escluso il caso previsto co. 3, e delitto di violenza sessuale di gruppo previsto dall'art. 609 *octies* c.p.; d-*ter*) delitto di atti sessuali con minorenne di cui all'art. 609 *quater*, co. 1 e 2, c.p.

previste dal codice penale, ma sono da interpretare in senso ampio in modo da consentire la massima applicazione della disciplina introdotta²⁶.

L'aspetto innovativo della misura risiedeva, e risiede ancora, nella scelta di non attribuire all'autorizzazione alla permanenza in Italia, per le ragioni di cui all'art. 18, un valore premiale rispetto a un contributo dato al corso delle indagini di polizia giudiziaria proseguite in sede penale. La norma persegue, infatti, «l'esigenza sul piano sociale di assicurare immediata protezione a una parte considerata debole (lo straniero vittima di violenza o di grave sfruttamento) onde consentirgli di sottrarsi alla violenza ed ai condizionamenti di organizzazioni criminali e di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale»²⁷.

Il «percorso giudiziario», che presuppone una notizia di reato e l'avvio di un procedimento penale nell'ambito del quale la procura della Repubblica propone o esprime parere favorevole al questore per il rilascio di un permesso di soggiorno, è un'ipotesi alternativa al percorso sociale attivato allorché le situazioni di violenza o sfruttamento emergano nel corso di interventi assistenziali dei servizi sociali degli enti locali, che direttamente possono proporre al questore l'opportunità del rilascio del permesso di soggiorno²⁸.

In ogni caso, in ragione della preminente finalità di protezione dell'istituto, la determinazione dell'autorità di pubblica sicurezza circa la sussistenza dei presupposti per apprestare detti presidi, onde assicurare su un piano di effettività lo scopo perseguito dalla norma, non deve neppure attendere la conclusione del processo penale per i fatti eventualmente denunciati ma, in presenza di istanza di protezione, può intervenire allo stato delle indagini e delle acquisizioni istruttorie con valutazione autonoma dell'effettiva situazione in cui versa lo straniero/la straniera e dell'attendibilità dei fatti denunciati.

Per rimarcare la finalità di protezione, prevalente sul contributo alle indagini, il Consiglio di Stato ha chiarito anche che è illegittimo il diniego di permesso di soggiorno richiesto ai sensi dell'art. 18, d.lgs. n. 286/1998, per ragioni di protezione sociale inoltrato dallo straniero che abbia sporto denuncia (nella specie, sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione con violenza e minacce), motivato esclusivamente in base all'avvenuta presentazione di richiesta di archiviazione²⁹.

Il carattere innovativo della disposizione risiede, di conseguenza, nel privilegiare la protezione di coloro che sono esposti a violenza e sfruttamento rispetto alla finalità di repressione dei reati, puntando alla costruzione di una

26. Trucco L., "Il permesso di soggiorno per protezione sociale (art. 18 T.U. sull'immigrazione)", in Da Pra Pocchiesi M., Grosso L. (a cura di), *Prostitute, prostitute, clienti. Che fare?*, EGA-Edizioni Gruppo Abele, 2ª edizione, Torino, 2001.

27. Cons. St., sez. VI, 10 ottobre 2006, n. 6023.

28. L'art. 27, 1° co., lett. a) del Regolamento di attuazione del TU di cui al d.p.r. 31.8.1999, n. 394 così Circ. 28.5.2007, n. 11050/M(8) del Ministero dell'interno.

29. Cons. St., sez. VI, 10 ottobre 2006, n. 6023.

relazione di fiducia tra soggetti esposti alle violenze e allo sfruttamento sul territorio e i rappresentanti delle autorità statali (dalle forze dell'ordine alla magistratura) e delle organizzazioni della società civile, così da alimentare, in un circolo virtuoso, la stessa emersione delle fattispecie criminose grazie al rafforzamento individuale conseguente alla partecipazione al programma di integrazione sociale.

Se l'autorizzazione alla permanenza sul territorio è svincolata dal contributo al procedimento penale, tuttavia, e proprio in ragione della preminente finalità di protezione che la disposizione porta con sé, il titolo di soggiorno è subordinato all'adesione al percorso di integrazione sociale con revoca del titolo in caso di interruzione o condotta incompatibile con le finalità del programma (cfr. art. 18 co. 4).

L'art. 8, co. 1, d.lgs. n. 24/2014, in attuazione della Direttiva 2011/36/UE, ha introdotto all'art. 18 il co. 3 *bis* con il quale si estende il permesso di soggiorno alle vittime dei reati previsti dagli articoli 600 (riduzione in schiavitù) e 601 (tratta di persone) c.p., o che versino nelle condizioni di cui al co. 1 dell'art. 18. Al medesimo comma è precisato il contenuto delle misure sociali da attuare, ricomprese nel programma unico di emersione, assistenza e integrazione sociale di cui all'art. 13, co. 2 *bis*, legge 11 agosto 2003, n. 228, così come definiti nel contesto del piano nazionale anti-tratta adottato in attuazione del co. 2 *bis* art. 13, introdotto dal d.lgs. n. 24/2014³⁰.

Il programma unico di emersione, assistenza e di integrazione sociale, che prevede la cooperazione dei Servizi Sociali territoriali e dei soggetti privati con loro convenzionati³¹, è strutturato secondo un modello multi-agenzia che presuppone la cooperazione e integrazione dell'azione degli enti anti-tratta con i servizi territoriali.

Nel 2018 l'applicazione dell'art. 18 ha consentito l'emersione di 820 nuovi casi di violenza e sfruttamento, di cui 753 donne (91,83%). In totale nel 2018 risultano inserite nel programma unico di emersione 1924 persone (di cui 1716 sono donne, cioè l'89,66%)³². Nel primo semestre del 2019 si sono registrate 355 nuove emersioni per un totale di 1611 persone coinvolte nel programma, con la costante prevalenza delle donne quali beneficiarie delle misure. I principali Paesi di origine sono Nigeria, Romania, Albania, Bulgaria, Marocco, Bangladesh, Brasile, Costa D'Avorio e Pakistan³³.

30. Dipartimento per le pari opportunità, *Primo Piano nazionale d'azione contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani*, 26 febbraio 2016 www.legislationline.org/download/id/73777/file/Italy_national_action_plan_trafficking_2016-2018_en.pdf.

31. Iscritti nell'apposita II sezione del registro delle Associazioni e degli Enti che svolgono attività a favore degli immigrati, come previsto dall'art. 52, co. 1, del Regolamento di attuazione del Testo Unico Immigrazione, d.p.r. 18 ottobre 2004, n. 3.

32. Dipartimento per le pari opportunità, *Banca dati*, 2019, www.pariopportunita.gov.it/materiale/banca-dati.

33. Dipartimento per le pari opportunità, *Banca dati*, 2019, www.pariopportunita.gov.it/materiale/banca-dati.

È bene evidenziare, tuttavia, come nonostante l'esistenza del doppio binario, nella prassi rimane prevalente il percorso giudiziario rispetto a quello sociale, e ciò anche se sempre meno alle denunce inoltrate consegue l'esercizio dell'azione penale.

Si consideri, inoltre, che nel percorso giudiziario il vaglio di attendibilità delle dichiarazioni rese dalle donne non è esente da pregiudizi discriminatori: ancora diffusa, infatti, è l'argomentazione, cui ricorre tanto la difesa degli imputati quanto l'autorità giudiziaria, in base alla quale la denuncia delle donne sia da ritenersi strumentale a richiedere il permesso di soggiorno di cui all'art. 18, così minando la portata giuridica e l'efficacia sostanziale del permesso di soggiorno per ragioni di protezione sociale³⁴.

Si assiste, nell'insieme, a una progressiva erosione della prospettiva di intervento promossa negli anni dall'art. 18 e centrata sulla prevalenza della finalità di protezione e assistenza delle vittime, un'erosione che sta producendo anche giurisprudenza in aperto contrasto con la *ratio* della disposizione: risulta problematico, infatti, in tal senso l'accento posto di recente dal Consiglio di Stato sulla natura "premiata" del permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale «che viene riconosciuto alle vittime di violenza o di sfruttamento che denunciano i loro aguzzini collaborando con la giustizia, consentendo in questo modo l'emersione di tali reati e la condanna dei responsabili»³⁵. Si ravvisa, di conseguenza, la necessità di restituire centralità ed efficacia al percorso sociale di protezione per le vittime di tratta previsto dall'art. 18 d.lgs. 286/1998, in quanto funzionale ad assicurare adeguata protezione alle donne, anche richiedenti asilo e rifugiate coinvolte nelle migrazioni forzate con finalità di sfruttamento ovvero che sono a rischio di ulteriore sfruttamento, tratta secondaria all'interno dell'Unione europea o *re-trafficking* in caso di rimpatrio.

Per rivitalizzare l'istituto e, al contempo, garantirne una maggiore rispondenza alle esigenze delle donne beneficiarie, risulta però imprescindibile anche un progetto di ridefinizione dei programmi di emersione, tenendo conto dei mutamenti socio-economici intervenuti nell'ordinamento, così come dei mutamenti del fenomeno e della composizione della popolazione beneficiaria: i programmi, sempre più burocratizzati, si articolano generalmente in percorsi

34. Si veda sul punto Corte d'appello di Roma sez. III, 11/02/2016 (ud. 25/01/2016, dep. 11/02/2016), n. 596, in Banca Dati DeJure, costretta a chiarire che in materia di induzione e sfruttamento della prostituzione di stranieri, la mancanza della credibilità soggettiva degli interessati non può essere desunta astrattamente dalla possibilità di avvalersi del permesso di soggiorno per ragioni di protezione sociale. Se così fosse, rileva la Corte d'appello di Roma, l'istituto giuridico di cui all'art. 18 risulterebbe privo di portata giuridica e di efficacia sostanziale, basandosi proprio sul presupposto che le persone indotte alla prostituzione e sfruttate spezzino il legame con coloro che se ne sono approfittate, ottenendo la possibilità di proseguire legittimamente il loro soggiorno per un periodo di sei mesi prorogabile e soggetto ad un programma di recupero.

35. Cons. St., sez. III sent., 03.5.2017, n. 2021.

di formazione, apprendimento della lingua italiana e accesso ai servizi socio-sanitari e sono finalizzati all'avviamento al lavoro, non di rado prospettando percorsi a loro volta strutturati su pregiudizi di genere (si consideri per esempio che l'offerta di lavoro è limitata per lo più al settore di lavoro domestico e di cura), che alimentano una collocazione delle beneficiarie in una posizione di subalternità sociale. Valorizzando le competenze e le aspettative individuali delle donne, sarebbe al contrario auspicabile la ridefinizione di programmi che contemperino le esigenze di protezione con percorsi di concreta integrazione nel tessuto sociale di riferimento e che pongano altresì le basi per durevoli progetti di autonomia.

Ciò implica, tuttavia, che, da un lato, siano implementate pratiche sociali che permettano l'effettiva partecipazione delle donne nella progettazione del loro percorso di fuoriuscita dalla condizione di violenza e sfruttamento, attraverso una ridefinizione dei progetti di autodeterminazione che, per antonomasia, non possono essere in alcun modo strutturate su percorsi etero-programmati e fondati su pregiudizi. La "partecipazione" costituisce, infatti, a parere di chi scrive, il quinto pilastro ancora dimenticato nel dibattito sulla strategia internazionale di lotta alla tratta di esseri umani, e in generale, alla violenza nei confronti delle donne³⁶.

Dall'altro lato, è necessario che le autorità si facciano carico in concreto dei fattori di rischio correlati al radicamento sempre più strutturato sul territorio delle reti criminali che alimentano la violenza e lo sfruttamento, e ciò a prescindere dalla denuncia delle donne: come si evince dai più recenti rapporti sul tema e dalle relazioni annuali della Procura nazionale antimafia, la tratta di esseri umani e lo sfruttamento rappresenta ancora uno dei più radicati e organizzati fenomeni criminali che riguarda il territorio italiano, ma con una ormai preoccupante emersione giudiziaria³⁷.

36. La "partecipazione" diretta delle vittime, dovrebbe integrare, secondo chi scrive, il modello di *policy* e misure legislative proposto in sede internazionale al fine di garantire che le beneficiarie e i beneficiari delle misure di protezione possano ricoprire un ruolo attivo e protagonista, superando un approccio che riduce a oggetto dell'intervento e mantiene in condizione di passività coloro che sono individuati quali componenti dei gruppi *target* delle politiche di tutela dei diritti umani. In tema di tratta e violenza di genere il modello suggerito in sede internazionale si è evoluto lungo tre assi che compongono lo schema delle "tre P", che indicano "prevenzione", "protezione" e "perseguimento penale" (*prosecution*). A questi livelli di intervento si è aggiunta la quarta "P" che indica la promozione della *partnership*, cioè la cooperazione con le organizzazioni della società civile specializzate. Si veda, *ex multis*, Sheldon-Sherman J., *The Missing 'P': Prosecution, Prevention, Protection, and Partnership in the Trafficking Victims Protection Act*, «Penn State Law Review», vol. 117, n. 443, 2012; Van Dyke R., *Monitoring and Evaluation of Human Trafficking Partnerships in England and Wales*, «Anti-Trafficking Review», 8, 2017, pp. 131-146.

37. Si rinvia alla lettura delle Relazioni annuali della Procura nazionale antimafia che sin dal 2013 a oggi, pur confermando la condizione diffusa di tratta e sfruttamento della

Infine, si segnala la necessità di un'azione di cooperazione giudiziaria tra gli uffici giudiziari italiani e le autorità di altri ordinamenti europei, dal momento che sono in costante aumento le donne e ragazze che, già intercettate dalle autorità italiane e riconosciute come vittime di tratta, sono oggetto di una tratta e un traffico interno ai Paesi membri dell'UE³⁸. Ciò conferma, da un lato, l'indebolimento dell'efficacia del sistema di protezione italiano delle vittime di tratta, dall'altro l'incremento di fattori di doppia vittimizzazione delle donne, costrette a ripercorrere nuovamente nel Paese di trasferimento all'interno del territorio UE l'*iter* per il riconoscimento della protezione internazionale, con risultati non sempre positivi a causa della non comunicazione tra le autorità e l'assenza di trasmissione dei documenti e provvedimenti³⁹.

4. Il permesso di soggiorno per le donne migranti vittime di violenza di genere, compresa la violenza domestica

In Italia la quota di donne migranti che dichiara di aver subito violenza fisica o sessuale è pressoché identica a quella delle donne italiane (31,3% contro 31,5%)⁴⁰, ma, come precisa la Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio e ogni forma di violenza di genere nella Relazione approvata il 6 febbraio 2018, le forme di violenza cui sono esposte sono prevalentemente fisiche e molto gravi e si registrano sia nelle relazioni iniziate nel Paese di origine (68,5%), sia nel contesto di relazioni avviate in Italia (19,4%)⁴¹.

popolazione migrante, in particolare delle donne, richiamano l'accento sulla scarsa visibilità processuale del fenomeno.

38. GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Italy*, 25 febbraio 2019, disponibile in inglese all'indirizzo www.coe.int.

39. A titolo esemplificativo si riporta il caso di M., giovane donna nigeriana che, dopo aver denunciato in Italia tratta e sfruttamento e aver ricevuto comunque il diniego di protezione internazionale, subisce il trasferimento forzato in Francia. Qui, dopo ulteriori violenze e sfruttamento sessuale, richiede nuovamente asilo che le viene riconosciuto solo in sede di impugnazione del diniego emesso in prima battuta dalle autorità amministrative francesi, alle quali le autorità italiane non hanno comunicato informazioni sui procedimenti penali pendenti in Italia (cfr. *Cour Nationale Du Droit D'asile*, 30 agosto 2019, n. 18027573).

40. Istat, *Violenza dentro e fuori la famiglia*, 2018. www4.istat.it/it/violenza-sulle-donne/il-fenomeno/violenza-dentro-e-fuori-la-famig.

41. Senato della Repubblica, Relazione della Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio e ogni forma di violenza di genere, 6 febbraio 2018. La relazione è disponibile all'indirizzo www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1066658.pdf. In adesione all'analisi prodotta in sede internazionale dal movimento delle donne, la Commissione ha incluso tra le forme di violenza di genere anche la tratta di esseri umani con finalità di sfruttamento sessuale, che riguarda un'altissima percentuale di giovani donne e minori straniere. Si rileva, tuttavia che le peculiarità della condizione delle donne migranti e il

Ai fini della valutazione dell'impatto del regime dei titoli di soggiorno sulla struttura delle relazioni di intimità che riguardano le donne straniere, rileva il fatto che queste ultime sono le principali beneficiarie sul territorio di Paesi dell'Unione europea del permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare, quindi un titolo di soggiorno dipendente da quello del familiare che hanno raggiunto e che incide in modo significativo sull'autonomia individuale nel Paese di destinazione⁴². Accade di frequente, infatti, che le donne migranti regolarmente soggiornanti non dispongano materialmente di permesso di soggiorno, perché non viene completata dal familiare che ha richiesto il ricongiungimento la procedura per il primo rilascio oppure accade che permesso di soggiorno e passaporto siano sottratti dal coniuge o dal genitore. Si consideri, peraltro, che presso le questure è diffusa la prassi di richiedere la presenza fisica del familiare a cui è collegato il permesso di soggiorno per motivi familiari: ciò riduce, fino ad annullare, l'autonomia delle donne nella gestione degli adempimenti relativi alla propria regolarità sul territorio.

Inoltre, è diffusa la prassi, recepita da parte della giurisprudenza, di ritenere la convivenza quale condizione necessaria per il rilascio e rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari⁴³ e la separazione legale è spesso ritenuta giustificare la revoca del permesso di soggiorno⁴⁴, a meno che non vi siano le condizioni per una conversione per motivi di lavoro, che raramente però sussistono per le donne straniere, per le quali anche il permesso di soggiorno per attesa occupazione risulta particolarmente fragile.

Le donne in fuga dalla violenza domestica, di conseguenza, sono a rischio di ricadere nell'irregolarità proprio allorquando trovino il coraggio di fuggire alle violenze ovvero nel caso in cui la convivenza sia venuta meno a seguito della separazione legale. Tali circostanze sono ben note, di solito, al familiare maltrattante che così vede rafforzata l'efficacia della condotta coercitiva esercitata nei confronti delle donne di famiglia.

Ancora più difficile è la situazione delle donne migranti prive di titolo di soggiorno, per le quali, agli ostacoli comuni che tutte le donne affrontano per uscire da una situazione di violenza nelle relazioni intime e familiari, si aggiunge il rischio dell'espulsione e della detenzione amministrativa.

La repressione dell'immigrazione irregolare prevale, infatti, nella pratica sugli obblighi di garanzia dei diritti fondamentali ed è diffusa sul territorio la

peso che le norme in materia di immigrazione hanno sul loro percorso di uscita dalla situazione di violenza avrebbero meritato nel lavoro della Commissione un *focus* di approfondimento più ampio e articolato nonché l'individuazione di rimedi specifici per contrastare le cattive prassi diffuse che minano l'effettività del loro accesso alla giustizia.

42. Eurostat, *First residence permits issued, by reason and by sex, EU, 2018 (% of total number of permits issued)*, 2019, disponibile all'indirizzo <https://ec.europa.eu/eurostat>.

43. Cass. civ., sez. I, 20 aprile 2004, n. 7473; Cass., sez. I, 8 febbraio 2006, n. 2821.

44. Cons. St., sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 767.

prassi dell'avvio della procedura di espulsione e il trattenimento presso i centri per il rimpatrio immediatamente dopo la querela, ciò senza curarsi delle condizioni psicofisiche delle denunciante e ignorando l'obbligo generale derivante dal diritto internazionale in capo alle autorità statali di assicurare adeguata protezione ed assistenza alle donne che hanno subito o sono a rischio di subire violenza di genere, anche attraverso l'adempimento di obblighi informativi sugli strumenti che prevede la legge, tra cui il permesso di soggiorno previsto dall'art. 18 *bis* d.lgs. 286/1998, introdotto dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119.

La misura è costruita, come anticipato in apertura del presente contributo, seguendo lo schema previsto dall'art. 18 ed è applicabile quando nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per taluno dei delitti previsti dagli articoli 572, 582, 583, 583 *bis*, 605, 609 *bis* e 612 *bis* del codice penale o per uno dei delitti previsti dall'art. 380 del codice di procedura penale, commessi sul territorio nazionale in ambito di violenza domestica, in presenza di un concreto ed attuale pericolo per l'incolumità la vittima come conseguenza della scelta di sottrarsi alla medesima violenza o per effetto delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio⁴⁵.

La principale differenza con il permesso per motivi di protezione sociale è che può essere richiesto solo in pendenza di procedimento penale, avviato d'ufficio o a seguito della querela di parte. La competenza al rilascio del titolo di soggiorno è del questore, anche su richiesta dei servizi socio-assistenziali e dei centri antiviolenza, ma sempre previo parere favorevole dell'autorità giudiziaria procedente in sede penale.

La possibilità del solo "percorso giudiziario" costituisce la ragione della scarsa efficacia di protezione della misura: proprio a causa della condizione di irregolarità del soggiorno, le donne migranti prive di titolo di soggiorno desistono, infatti, dal rivolgersi alle forze dell'ordine pur vivendo in situazione di violenza domestica, temendo che il solo contatto con le autorità possa determinare l'avvio del procedimento di espulsione.

La Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio ha segnalato che dal 2013, anno di introduzione dello specifico permesso di soggiorno, ne sono stati rilasciati centoundici, una media di trenta l'anno.

Ciò conferma sia che l'istituto rimane pressoché sconosciuto, non di rado anche agli operatori del diritto non specializzati, sia che trova ostacoli nella sua attuazione.

In relazione a quest'ultimo profilo si segnala quale molto grave la diffusione di pregiudizi discriminatori anche per le donne straniere che subiscono violenza nelle relazioni di intimità: ancora una volta l'esercizio di un diritto,

45. Per una critica dell'originaria formulazione dell'art. 18 *bis* nell'immediatezza della sua introduzione si rinvia a Spinelli B., Zorzella N., *Il permesso di soggiorno alle vittime straniere di violenza domestica: uno strumento inadeguato ed inefficace*, www.asgi.it, 2013.

quale la richiesta di accesso a una misura di protezione prevista dall'ordinamento, viene stigmatizzato quale comportamento "strumentale" che mina la credibilità delle denunciati. In tema di applicazione dell'art. 18 *bis* si è pronunciata però la Corte di cassazione, sezione VI, con sentenza 1° marzo 2017, n. 16498 a seguito di ricorso avverso sentenza di non luogo a procedere per il delitto di maltrattamenti emessa dal giudice per l'udienza preliminare sul presupposto della non credibilità delle accuse della persona offesa. Secondo il giudice per l'udienza preliminare l'attendibilità della persona offesa, cittadina albanese priva di titolo di soggiorno, risultava minata dalla richiesta del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 18 *bis*, intervenuta dopo la presentazione della denuncia. I giudici di legittimità hanno annullato la sentenza di non luogo a procedere ritenendo «la manifesta illogicità della lettura offerta della condotta dell'offesa laddove costei aveva richiesto il permesso di soggiorno dopo aver sporto denuncia»⁴⁶.

5. La persecuzione di genere e la protezione internazionale quali espressione necessaria di un sistema integrato di tutela effettiva dei diritti delle donne esposte a violenza e persecuzioni di genere

Come evidenziato, gli artt. 18 e 18 *bis* d.lgs. n. 286/1998 rappresentano gli strumenti attraverso cui, nel nostro ordinamento interno si è inteso contribuire al contrasto alla violenza di genere, ivi inclusa la tratta di esseri umani, garantendo che la perdita della condizione di regolarità o la condizione stessa di irregolarità del soggiorno non costituissero un impedimento a porre fine alla situazione violenta e di sfruttamento.

Tuttavia, in un'ottica di riposizionamento e rilettura dell'intero sistema normativo in materia di immigrazione, tali misure devono necessariamente considerarsi come una forma complementare di protezione da azionare in quei casi in cui sia escluso che la violenza e lo sfruttamento patiti siano espressione di una forma di persecuzione e che la vittima abbia, quindi, diritto al riconoscimento della protezione internazionale.

Invero, l'urgenza di ribadire la centralità di tale impostazione deriva dall'invisibilità giuridica delle persecuzioni subite dalle donne: l'assenza di un riferimento espresso al sesso e al genere nella definizione di rifugiato di cui all'art. 1 della Convenzione sullo *status* di rifugiato del 1951 è indiscutibilmente indicativa della resistenza a inquadrare le violenze di genere nel concetto di persecuzione, dando spazio per lo più all'esperienza di vita del rifugiato di sesso maschile⁴⁷.

46. Corte di cassazione, sez. VI, 1° marzo 2017, n. 16498.

47. Doyle C., *Isn't persecution enough? Redefining the refugee definition to provide greater asylum protection to victims of gender based persecution*, «Wash and Lee J. Civ-

Tale resistenza, che è anche delle autorità nazionali, si evince in tutta la sua attualità dall'analisi dell'applicazione della normativa in materia di protezione internazionale, ancora lontana dalla prospettiva di genere e femminista in quanto fatica a riconoscere rilievo pubblico alla dimensione privata, nella quale si registrano le più diffuse forme di persecuzione che subiscono le donne, le cui cause sono però storicamente radicate nella dimensione sociale e politica di appartenenza delle richiedenti asilo⁴⁸.

Inoltre, alla luce dell'esperienza delle donne richiedenti asilo, deriva la necessità di mettere in discussione le finalità stesse delle norme in materia di immigrazione, dal momento che le persecuzioni di genere nei confronti delle donne si consumano e si alimentano spesso proprio attraverso i dispositivi del diritto dell'immigrazione: si pensi, per esempio, all'assenza, sin dal primo arrivo sul territorio, di percorsi di accoglienza e supporto dedicati e specializzati in tema di persecuzioni e violenza di genere, così aggravando le conseguenze traumatiche delle persecuzioni subite; alla disciplina dei visti e dei permessi di soggiorno per ricongiungimento familiare, che, come più sopra chiarito, aggravano la dipendenza nel contesto privato delle famiglie; al regime dei visti di ingresso sul territorio degli Stati membri, che preclude alle donne l'accesso a percorsi di fuga da persecuzioni e discriminazioni di genere in sicurezza, nonostante l'esistenza in molti dei Paesi di origine delle richiedenti asilo di programmi di cooperazione dei Paesi europei strutturati, per attrarre finanziamenti internazionali, intorno agli obiettivi di uguaglianza di genere previsti dal punto n. 5 "uguaglianza di genere" dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile.

Il diritto internazionale ed europeo ribadisce la necessità di una prospettiva di genere in tutti gli strumenti elaborati con la finalità di implementare il contrasto della violenza di genere e della tratta degli esseri umani. In ciascuno di tali fonti giuridiche esiste, invero, una clausola di salvaguardia finalizzata a porre l'accento sulla circostanza che, ogni complesso di misure implementate non debba mai essere interpretato in maniera da costituire un ostacolo al riconoscimento della protezione internazionale e, anzi, l'accesso al riconoscimento degli *status* di protezione (ed in particolare lo *status* di rifugiata), debba essere

il Rights & Social Justice», 2009, p. 519-530; Olsen F., *Feminism and Critical Legal Theory: an American Perspective*, «The International Journal Of The Sociology Of Law», vol. 18, n. 21, 1990; Cohn C., "War, Wimps and Women: Talking Gender and Thinking War", in *Gendering War Talk*, Miriam Cooke & Angels Woollacott, 1993, p. 227; Vesa A., *International and regional standards for protection of victims of domestic violence*, «Journal of Gender, social policy and the Law», vol. 12/2, n. 204, 2011, pp. 309-360. Charlesworth H., "Worlds apart: Public/private distinctions in International law", in *Public and private: Feminist legal debates*, Margaret Thornton ed., 1995, p. 243; Freedman J., *Gendering the International Asylum and Refugee Debate*, Palgrave Macmillan UK, London, 2007.

48. Si consideri a riprova di tale refrattarietà la sentenza Cass. civ., sez VI, 1° aprile 2019, n. 9043.

facilitato attraverso misure specifiche e una loro lettura olistica in virtù della quale il contrasto alla violenza possa concretizzarsi non già in una somma di strumenti tra loro sconnessi ma, su una differente impostazione del sistema all'interno del quale ogni misura sia componente coerente e coordinata di una risposta articolata allo scopo di fornire, di volta in volta, la maggiore tutela possibile.

Già le linee guida dell'UNHCR del 2002 avevano incoraggiato una lettura dei motivi che fondano il riconoscimento dello *status* di rifugiato che tenesse conto della specificità della esperienza femminile nella complessità dei contesti culturali in cui essa si inserisce⁴⁹ e alla luce della «relazione tra uomo e donna basata su identità, *status*, ruoli e responsabilità, costruite e definite socialmente o culturalmente, che vengono assegnate alle persone appartenenti a un sesso o a un altro», favorendo così la più elastica interpretazione delle circostanze individuali che legittimano il riconoscimento della protezione internazionale.

Come noto, di recente la Corte di cassazione, richiamando l'art. 60 Convenzione di Istanbul, ha sancito il diritto alla protezione internazionale per le vittime di violenza di genere, le quali possono vedersi riconosciuto lo *status* di rifugiata o la protezione sussidiaria, conformemente a quanto previsto dalla normativa internazionale ed europea⁵⁰. Questo orientamento della giurisprudenza di legittimità conforta quanto fin qui evidenziato in tema di accesso delle donne alla protezione internazionale e, in particolare, sanziona la resistenza delle autorità amministrative e della giurisprudenza di merito allo sviluppo pieno di una lettura di genere del diritto alla protezione internazionale.

Occorre, pertanto, incoraggiare il vaglio delle istanze di protezione considerando che la condizione femminile è causa di esposizione a specifiche forme di persecuzione in maniera trasversale nei Paesi di origine, di transito e di destinazione, e che l'esposizione al rischio di violenze e persecuzioni di genere non fa che aggravarsi ogni qual volta le donne decidano di sottrarsi alla condizione di violenza e discriminazione, dal momento che tale scelta costituisce una ribellione a norme sociali particolarmente stringenti. Una lettura del fenomeno orientata in tal senso richiede al sistema di destrutturare i pregiudizi

49. UNHCR, *Linee guida sulla protezione internazionale n. 1. La persecuzione di genere nel contesto dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, 7 maggio 2002, HCR/GIP/02/01 www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5513ca474. Sulle consultazioni che hanno portato all'adozione delle linee guida si rinvia a Feller E., Turk V., Nicholson F. (a cura di), *Refugee Protection in International Law: Unhcr's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

50. Cass. civ., sez. VI, 17 maggio 2017, n. 12333; sez. I, 24 novembre 2017, n. 28152. Per un commento si veda Genovese D., *Violenza di genere e protezione internazionale. Note a margine di un recente orientamento della Corte di cassazione*, «Questione giustizia», 5.2.2018.

sessisti e attivarsi implementando procedure che permettano una effettiva emersione della violenza di genere, da intendersi, così come declinata dalla giurisprudenza internazionale, quale grave violazione dei diritti fondamentali delle donne⁵¹, rilevante quand'anche si realizzi attraverso una strutturale discriminazione di genere che costringe chi la subisce a vivere in condizioni di sostanziale pregiudizio per la propria integrità e dignità. Ciò comporta la necessità di mettere in crisi anche la tradizionale distinzione tra le donne “migranti per ragioni economiche” e le donne vittime di “migrazioni forzate”: dietro le prime, infatti, si nascondono molto spesso le seconde.

Occorre considerare, altresì, come gli istituti dei permessi di soggiorno di cui agli artt. 18 e 18 *bis* e la protezione internazionale, in ragione della loro stessa attivazione, possano aggravare il rischio di persecuzione, dal momento che, come è noto, il contatto delle donne con le autorità rappresenta segno visibile per gli autori della violenza e gli agenti della persecuzione di una ribellione inaccettabile che innalza il rischio di ulteriori condotte illecite ai danni delle richiedenti. In ragione di ciò, il timore di ulteriori persecuzioni si manifesta in tutta la sua fondatezza e attualità, generando le condizioni per un riconoscimento dello *status* di rifugiata *sur place*.

Devono valorizzarsi tali rilievi, dunque, superando l'idea che esista una mera situazione di vulnerabilità della donna singola, restituendo al gesto di ribellione di ciascuna il valore di un atto politico contro un sistema di norme sociali patriarcale e sessista, superando l'ottica del riconoscimento della protezione internazionale alle donne solo in quanto componenti di “un particolare gruppo sociale”⁵².

In tal senso assume particolare rilievo, non soltanto una lettura *gender sensitive* degli *status* di protezione, affinché divengano quanto più inclusivi possibile della peculiare situazione femminile ma, anche, l'implementazione di alcuni strumenti di procedura già esistenti e che rivestono nel caso specifico una particolare importanza: l'espletamento di un dovere di informativa generalizzato e personalizzato in una prospettiva di genere; la necessità di strutturare percorsi di accoglienza dedicati che consentano di superare la normalizzazione della violenza e discriminazione di genere e maturare la consapevolezza di essere titolari di diritti in ragione di quanto patito nei Paesi di origine, di transito e di destinazione “in quanto donne”, ivi comprese le forme di torture e trattamenti inumani e degradanti, attinenti spesso alla sfera della sessualità,

51. Si rinvia all'orientamento della Corte EDU inaugurato con la sentenza *Opuz c. Turchia*, 9 settembre 2009 e che ha fondato la condanna anche dell'Italia con la sentenza *Talpis c. Italia*, 2 marzo 2017, «Osservatorio sulle fonti», fasc. 3, n. 26, 2017, con nota di Buscemi M., *La protezione delle vittime di violenza domestica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Alcune osservazioni a margine del caso “Talpis c. Italia”*.

52. Crawley H., *Gender, persecution and the concept of politics in the asylum determination process*, «Forced Migration Review», 9, 2000, pp. 17-20.

che per emergere necessitano di un clima di fiducia e di *referral* a personale specializzato alla rielaborazione del vissuto traumatico in una prospettiva femminista.

Con riguardo alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale, è necessario focalizzare il potere istruttorio delle autorità competenti su un'indagine approfondita della condizione femminile nel contesto di provenienza, utile a ricostruire gli accadimenti individuali superando però l'approccio di un'indagine in dettaglio delle torture subite dalle singole richiedenti, esposte così a una grave vittimizzazione secondaria, con riattivazione dei traumi vissuti. Invero, nonostante ai sensi dell'art. 12 d.lgs. n. 25/2008 la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale possa arrivare persino a omettere l'audizione quando ritiene sussistere motivi sufficienti per l'accoglimento della domanda, le donne richiedenti asilo, non soltanto sono sempre sottoposte all'audizione, ma spesso l'intervista personale viene ripetuta più volte. Tale prassi, attuata paradossalmente proprio in presenza di indicatori di tratta e sfruttamento, si registra anche nell'ipotesi in cui le donne, con l'ausilio di personale specializzato, abbiano già inoltrato denuncia per i reati patiti o allorché la loro richiesta di asilo sia supportata da dettagliata relazione che ricostruisce le persecuzioni subite⁵³.

Nel vaglio di credibilità della richiedente asilo si deve tener conto, inoltre, del fatto che l'allontanamento dal Paese di origine possa non corrispondere, nella maggioranza dei casi, alla concreta cessazione della persecuzione, che continua alla luce del permanere dei legami con la comunità, con la famiglia, con il coniuge o, nel caso delle vittime di tratta, con le reti criminali radicate sul territorio del Paese di destinazione.

Non si può ignorare, inoltre, l'impatto che può avere sulla rappresentazione completa della persecuzione la paura di dover recidere tutti i rapporti con la comunità di appartenenza, accrescendosi così la condizione di isolamento e la necessità di un intervento di protezione complesso che vada al di là del solo riconoscimento della situazione persecutoria. Non di rado, al contrario, le domande di protezione inoltrate dalle donne vengono rigettate unicamente sulla base di un giudizio di non credibilità complessiva, in assenza dell'adempimento del dovere officioso di indagine, ignorando come anche una storia di per sé non credibile possa essere a sua volta indicatore di una condizione di violenza e sfruttamento che inibisce l'emersione del concreto e attuale pericolo in cui versano le richiedenti.

L'incoerenza tra il quadro giuridico di riferimento, integrato dalle fonti di diritto internazionale ed europeo, e la prassi applicativa emerge in tutta la sua evidenza in sede di vaglio delle domande di protezione internazionale inol-

53. Si segnala la buona prassi della sezione XVIII del Tribunale di Roma di non procedere a nuova audizione in sede giurisdizionale delle richiedenti asilo per le quali emergano *per tabulas* gravi indicatori di tratta.

trate dalle donne nigeriane, che rappresentano il gruppo più consistente tra le richiedenti asilo e, al contempo, tra le beneficiarie delle misure di cui all'art. 18 d.lgs. n. 286/1998⁵⁴. Da un'analisi delle decisioni pronunciate nei confronti delle richiedenti asilo nigeriane emerge come sia spesso carente un'analisi della condizione delle stesse "in quanto donne" nel contesto di provenienza: l'accertamento di indicatori di tratta diviene infatti il terreno prevalente di indagine delle Commissioni territoriali che tralasciano di approfondire quelle numerose forme di violazioni, come i matrimoni forzati, violenza domestica, stupri sistematici e mutilazioni genitali femminili, che già da sole sarebbero, invece, rilevanti a integrare la persecuzione meritevole di protezione internazionale. Si consolida, così, un approccio che ignora la connessione tra la tratta e lo sfruttamento e il contesto di discriminazione e violenza di genere che ne costituisce il sostrato⁵⁵. Non di rado, la giurisprudenza ha censurato l'assenza nei provvedimenti delle Commissioni territoriali di un vaglio completo del vissuto delle richiedenti asilo, in violazione dell'obbligo di attivare il potere officioso di indagine e informazione sulla situazione del Paese di origine ove dovrebbe essere disposto il rimpatrio, come stabilito all'art. 8 d.lgs. 25/2008. I giudici di merito, aditi in sede di impugnazione dei dinieghi delle commissioni territoriali, hanno più volte ricordato come, proprio in una prospettiva di genere, debba essere effettuato un esame delle dichiarazioni delle richiedenti asilo alla luce delle condizioni sociopolitiche esistenti nel Paese di origine, ai sensi dell'art. 3. co. 3 lett. a) d.lgs. n. 251/2007⁵⁶. La giurisprudenza di merito, inoltre, ha ripetutamente indicato tra i fattori che espongono le donne nigeriane alla tratta, sin dalla prima adolescenza, le difficoltà economiche, le limitate possibilità di lavoro, l'impedimento "in quanto donne" all'istruzione primaria e secondaria e il conseguente analfabetismo, la discriminazione e la violenza di genere strutturale subite nella società di provenienza in assenza di una risposta pubblica che possa ritenersi effettiva, ignorando così che la Nigeria sia un Paese nel quale il rischio per la vita delle donne sia concreto e generalizzato⁵⁷.

54. Dal Quaderno statistico 1990/2018 della Commissione nazionale per il diritto di asilo si evince come soprattutto negli ultimi anni la Nigeria sia la prima o la seconda nazionalità per numero di richiedenti e, ad eccezione delle altre nazionalità, tra essi vi è un elevatissimo numero di donne pari a circa il 40%. Inoltre secondo l'Organizzazione internazionale per le migrazioni, nel 2016 la nazionalità con il più alto numero di arrivi via mare in Italia è stata quella nigeriana e, rispetto ai dati del 2014, il numero di donne nigeriane è aumentato del 600% (da 1.500 nel 2014 a 11.009 nel 2016), <https://italy.iom.int/it/notizie/rapporto-oim-sempre-più-giovani-e-sempre-più-vulnerabili-le-potenziali-vittime-di-tratta>.

55. Sul punto si veda Fondazione Brodolini-Differenza Donna-SURT, *Gender Matters! A practical handbook to implement gender sensitive initiatives to better tackle human trafficking*, 2014. www.fondazionebrodolini.it/sites/default/files/gender_sensitive_handbook_-_eng.pdf.

56. Cassazione 16356/2017, n. 15192/2015.

57. Tra le tante si citano Tribunale di Roma, ord. 23 maggio 2018, r.g. 80041/2017; Tribunale di Roma ord. 8 febbraio 2018, r.g. 62180/2018. Per una panoramica della giurisprudenza in tema di tratta si veda, altresì, Belluccio D., Minniti L., *La tutela processuale del-*

Dall'analisi delle decisioni di diniego delle Commissioni emanate nei confronti delle richiedenti asilo nigeriane, anche in presenza di indicatori di tratta e sfruttamento, rileva tra le motivazioni che fondano la decisione negativa anche la mancata autoidentificazione delle richiedenti asilo come vittime di tratta e l'assenza di un comportamento "proattivo" che compri l'affrancamento dalla rete di sfruttamento. Pur emergendo, quindi, in tutta evidenza quell'attualità del rischio che giustificerebbe il riconoscimento della protezione internazionale, quest'ultima viene interpretata come misura premiale a fronte del consenso all'inserimento nel programma unico di emersione e, in alcuni casi, anche della presentazione della denuncia alle autorità, in modo contraddittorio rispetto alla *ratio* della misura di cui all'art. 18 d.lgs. n. 286/1998, nel solco delle distorsioni interpretative segnalate più sopra. Tale orientamento di fatto indebolisce il sistema di *referral* che, in virtù degli obblighi di protezione, è stato strutturato nell'ambito della procedura di protezione internazionale secondo uno schema caratterizzato dall'inestimabile valore di integrare la procedura di determinazione dello *status* di rifugiata con competenze specialistiche, rendendo sistematico e strutturale il contatto con gli enti anti-tratta, ampliando così il patrimonio informativo e le misure di protezione accessibili alle donne richiedenti asilo per incoraggiare la fuoriuscita effettiva dallo sfruttamento. In assenza, però, di un'autentica prospettiva di genere e femminista che orienti tanto il *referral* quanto il vaglio di credibilità delle richiedenti asilo, si rischia di snaturare le finalità di protezione cui esclusivamente devono tendere le autorità dinanzi a ogni forma di violenza di genere, ivi compresa la tratta di esseri umani, come più volte ribadito dalla Corte europea dei diritti umani⁵⁸.

6. Conclusioni

Come fin qui ricostruito, la prevenzione di ogni forma di violenza contro le donne, compresa la tratta di esseri umani e la predisposizione di adeguate ed efficaci misure di protezione costituiscono obbligo che deriva dal diritto internazionale in quanto principio di *jus cogens* e onera lo Stato al suo corretto adempimento nel contesto di ogni misura legislativa, giudiziaria e amministrativa. Gli Stati devono procedere, infatti, all'attenta verifica dell'impatto sulla vita delle donne, ragazze e bambine di ogni tipo di iniziativa legislativa, amministrativa e di politica pubblica interna e internazionale⁵⁹.

le donne vittime di tratta, «Questione giustizia» nella Rubrica Diritti senza confini http://questionegiustizia.it/articolo/la-tutela-processuale-delle-donne-vittime-di-tratta_12-02-2019.php.

58. Corte EDU, *L.E. c. Grecia*, n. 71545/2012; *T.I. e altri c. Grecia*, n. 40311/10; in tema di violenza domestica si ricorda l'orientamento inaugurato dalla sentenza *Opuz c. Turchia*, n. 33401/02 fino a *Talpis c. Italia*, n. 41237/14 e la recente *Volodina c. Russia*, n. 41261/17.

59. Si veda sul punto ancora Comitato CEDAW, *Raccomandazione generale n. 32*, *cit.*

In particolare, gli Stati sono tenuti a eliminare ogni pratica istituzionale che possa alimentare o tollerare ogni forma di violenza contro le donne e che determini un contesto inadeguato e fertile per una risposta assente o negligente che si traduca in misure discriminatorie nei confronti delle donne, intendendo come tali ai sensi dell'art. 1 CEDAW ogni iniziativa delle autorità statali che abbia come «conseguenza, o come scopo, di compromettere o distruggere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio da parte delle donne, quale che sia il loro stato matrimoniale, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo, su base di parità tra l'uomo e la donna».

Allo scopo di adempiere a tali obblighi e al fine di realizzare all'interno del sistema una prospettiva che davvero implementi un approccio di genere e femminista è necessario promuovere una cultura della giustizia che abiti il diritto, cultura compromessa però da un approccio soltanto formale agli strumenti regolati dalla legge. Ciò implica che lo Stato acquisisca la consapevolezza che nella vita delle donne migranti la violenza patriarcale si esplica anche attraverso la frontiera e la sua regolamentazione. Il potere autoritativo degli Stati di regolare l'ingresso e il soggiorno sul proprio territorio diviene, infatti, esso stesso uno strumento di violazione sistematica dei diritti delle donne e a ciò deve porsi rimedio non soltanto attraverso la regolamentazione di strumenti chiave per la lotta alla violenza di genere, ma anche attraverso la promozione di una loro implementazione in un'ottica di genere e femminista che non ne snaturi le finalità attraverso la costruzione di nuovi pregiudizi sessisti. Nell'ambito delle rotte migratorie le donne sono in netto aumento e, anche a livello nazionale, esse rappresentano la maggioranza della popolazione migrante⁶⁰. Nel corso del viaggio, come noto, le donne subiscono gravi violazioni dei loro diritti che si sommano a quelle che spesso hanno motivato l'allontanamento dal Paese di origine. Strettamente correlato al percorso migratorio è, indubbiamente, il fenomeno criminale della tratta a scopo di sfruttamento sessuale o lavorativo, la schiavitù e la servitù. Il Comitato CEDAW nella raccomandazione generale n. 32 del 2015 ha ribadito, proprio al fine di non svuotare di senso l'intervento dello Stato nei confronti delle donne migranti, l'obbligo degli Stati firmatari di trattare le donne, le ragazze e le minori con dignità e di rispettare e proteggere i loro diritti in ogni fase del percorso migratorio, elaborando e adottando misure concrete e durature per prevenire ogni forma di persecuzione legata al genere, cioè diretta contro "una donna perché donna" o che colpisce le donne in modo sproporzionato, nelle quali sono da includersi le condotte che configurano la tratta di esseri umani. Da tali obblighi generali, secondo l'impostazione della raccomandazione, deriva altresì l'illegittimità di ogni politica di cooperazione con Paesi terzi non

60. Studi e ricerche IDOS, Dossier Statistico Immigrazione 2018.

disponibili ad attuare misure di prevenzione della violenza di genere o che si rendano a loro volta responsabili di gravi violazioni dei diritti fondamentali delle donne e l'illegittimità di ogni politica che ostacoli il soccorso in mare anche da parte delle organizzazioni non governative impedendo loro l'approdo nei porti italiani.

Allo stesso modo risultano incompatibili con gli obblighi di *due diligence* in tema di prevenzione di ogni forma di violenza di genere il ricorso al discorso anti-tratta per giustificare politiche di repressione dell'immigrazione che di fatto alimentano la tratta stessa e le più atroci forme di violenza, e ciò in modo sproporzionato nei confronti delle donne⁶¹.

Occorre valutare, pertanto, ogni misura alla luce del suo impatto concreto nelle vite delle donne, promuovendone un'attuazione che mai giunga a negare valore alle biografie individuali delle donne, perché è nella visibilità giuridica della parola delle singole che la lotta alla violenza e alle persecuzioni di genere trova il suo strumento più efficace.

61. Così Giammarinaro M.G., nel Comunicato Stampa in qualità di relatrice Speciale Onu sulla tratta degli esseri umani e in particolare donne e minori nella Giornata Mondiale contro la tratta degli esseri umani luglio 2018. https://gallery.mailchimp.com/c88ac10d7fcbe3386d716d1bc/files/7fd9ce2b-de96-4614-9c9e-d1872c723233/pr_2460_18_Messaggio_SG_Giornata_Mondiale_contro_la_tratta_di_esseri_umani.pdf.

Il contrasto alla tratta di persone a partire dal Consiglio europeo di Tampere 1999: attualità e criticità

di *Marco Borraccetti**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La decisione quadro. – 3. Il quadro post Lisbona, – 3.1 la Direttiva anti-tratta, – 3.2 Le criticità sussistenti. – 4. In prospettiva, alcune osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Il contrasto alla tratta di persone rientra tra le competenze dell'Unione, tanto come strumento di lotta all'immigrazione irregolare che nella dimensione della cooperazione penale, in quanto grave forma di reato di dimensione europea. Lo sviluppo di un quadro giuridico e politico di contrasto alla tratta è intrinsecamente collegato allo sviluppo dell'area di libertà, sicurezza e giustizia. A leggere i Trattati, si può dedurre che esso rientra tra gli obiettivi generali dell'Unione: Si pensi all'art. 2 TUE, con riferimento al rispetto della dignità umana e dei diritti umani, e all'art. 3(2) TUE, sull'esistenza di un'area di libertà, sicurezza e giustizia con misure appropriate per un'azione comune per la prevenzione e il contrasto delle attività criminali. Nel TFUE, invece, il contrasto alla tratta di persone ha una doppia prospettiva: i) quella del contrasto all'immigrazione irregolare (art. 79 TFUE), con particolare attenzione alle vittime come soggetti vulnerabili, in particolar modo donne e minori; ii) quella della lotta contro la tratta e lo sfruttamento sessuale di minori e donne, come grave forma di criminalità di dimensione europea, che rientra nella cooperazione penale (art. 83 TFUE).

Nel corso degli anni, diverse sono state le misure sviluppate; nel corso della loro analisi vanno considerate anche le dinamiche istituzionali e procedurali derivate dalla comunitarizzazione dell'area di libertà sicurezza e giustizia, ove vigeva in origine il metodo intergovernativo mentre ora è previsto quello

* Professore associato di diritto dell'Unione europea, Università di Bologna.

comunitario (*rectius*: unionale). Un cambiamento di rilievo se si considera che il tema della cooperazione giudiziaria in materia penale concerne l'esercizio di politiche tra le più prossime all'esercizio della sovranità statale¹.

Se, in origine, il Trattato di Maastricht era caratterizzato da un forte approccio intergovernativo, quello di Amsterdam vedeva per lo spazio di libertà sicurezza e giustizia (LSG) un doppio trattamento, dovuto alla coesistenza di un primo pilastro con metodo comunitario ed uno sulla cooperazione penale e di polizia, dov'era inclusa la tratta, con un approccio intergovernativo². La cosa non ha impedito agli Stati membri di essere attivi sul punto, consapevoli – assieme alle Istituzioni europee – della minaccia che i trafficanti rappresentavano tanto per i diritti individuali dei cittadini che per l'ordine pubblico³.

Il prevalere del metodo intergovernativo, inoltre, ha implicato la prevalenza del Consiglio sulle altre Istituzioni, oltre ad un ruolo sensibilmente ridotto della Corte di giustizia dell'Unione europea, anche per l'esclusione della diretta applicabilità degli strumenti giuridici utilizzabili o della possibilità di ricorrere alla procedura di infrazione nei casi di inadempimento statale.

Il Trattato di Amsterdam introdusse anche in tale settore la possibilità dell'armonizzazione, col ricorso a decisioni quadro ai sensi dell'art. 34 TUE, lasciando un certo grado di flessibilità agli Stati, pur mantenendo un valore vincolante ma senza vedere riconosciuto l'effetto diretto e tutto ciò che ne poteva conseguire⁴. Solo col Trattato di Lisbona ha avuto luogo il superamento della struttura in pilastri, con l'istituzione di un nuovo titolo V nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, dedicato allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, innovato rispetto al passato perché soggetto agli strumenti tipici del diritto dell'Unione, con un cambiamento che ha avuto inevitabili ripercussioni anche sull'architettura istituzionale, giuridica e politica.

Successivamente al Trattato di Amsterdam, sono molti i programmi pluriennali d'interesse che si sono succeduti negli anni: quello di Tampere nel 1999, dell'Aja nel 2004 e di Stoccolma nel 2009, con relativi piani d'azione per svilupparne i relativi contenuti.

Seguendo una prospettiva cronologica, nel 1996 la Commissione condusse il primo studio sulla tratta mentre la Convenzione Europol vide esteso il pro-

1. Lenaerts K., *The contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, «International and Comparative Law Quarterly», 59, 2010, pp. 255-301.

2. Sakellidou Z., «EU Anti-Trafficking coordinator: Trajectory of a unique mandate», in Winterdyk J., Jones J. (a cura di), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, Palgrave MacMillan, London, 2020.

3. Gallagher A., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, New York, 2010.

4. Obokata T., *Eu Council Framework Decision On Combating Trafficking In Human Beings: A Critical Appraisal*, «Common Market Law Review», 40, 2003, pp. 917-936.

prio mandato al suo contrasto con l'azione comune del 16.12.1996⁵. Nel 1997 seguì l'azione comune relativa allo sfruttamento sessuale di donne e minori⁶, che diede inizio all'azione europea di contrasto alla tratta di persone, sviluppata in seguito ad opera della decisione quadro sul contrasto alla tratta di persone.

L'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam riconobbe al Consiglio il potere di adottare decisioni quadro con l'obiettivo di riavvicinare le disposizioni nazionali, caratterizzate da una certa eterogeneità⁷; così, nel dicembre 2000, la Commissione propose l'adozione della decisione quadro in ossequio al piano d'azione di Tampere⁸. Nello stesso periodo, ebbe luogo la firma del protocollo di Palermo sulla tratta di persone, che accompagna la Convenzione di Palermo sul contrasto alla criminalità organizzata transnazionale. Il collegamento tra i due strumenti non è, evidentemente, solo temporale ma ne va sottolineata la natura complementare, anche per la firma tanto dell'Unione che degli Stati membri. Il quadro internazionale viene a completarsi quando, nel 2005, anche il Consiglio d'Europa si dota di una propria Convenzione, anch'essa ratificata dagli Stati membri e dall'UE⁹.

Pur se non collegata direttamente al programma di Tampere, la dichiarazione di Bruxelles, fu adottata nel 2002 come risultato della conferenza europea per la prevenzione e il contrasto della tratta di persone del settembre 2002¹⁰. Tale dichiarazione era finalizzata agli sviluppi successivi della cooperazione europea, all'adozione di misure concrete, *standard* comuni, buone pratiche, e all'adozione di meccanismi per prevenire e contrastare la tratta di persone. Per questo ci si aspettava che i successivi passaggi dell'azione della Commissione fossero guidati dalla dichiarazione, alla base delle successive iniziative a livello europeo¹¹.

5. Azione Comune del 16 dicembre 1996, 96/748/GAI, adottata dal Consiglio in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, *che estende il mandato conferito all'Unione Droghe di Europol*, in GUCE L 342 del 31.12.1996, p. 4.

6. Azione comune del 24 febbraio 1997, 97/154/GAI, adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea *per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini*, in GUCE L 63 del 4.3.1997, pp. 60-64.

7. Obokata T., *op. cit.*, p. 926 ss.

8. Comunicazione della Commissione del 21.12.2000, *Lotta alla tratta degli esseri umani e lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile*, COM(2000) 854.

9. Peers S., *Legislative update EU immigration and asylum law 2010: extension of long term residence rights and amending the law on THB*, «European Journal of Migration and Law», 13, 2011, pp. 201-2018.

10. Sakelliadou Z., *op. cit.*, p. 4.

11. Comunicazione della Commissione del 3.6.2003, *sullo sviluppo di una politica comune in materia di immigrazione illegale, di introduzione clandestina e tratta di esseri umani, di frontiere esterne e di rimpatrio delle persone soggiornanti illegalmente*, COM(2003) 323.

Nello stesso anno di adozione della decisione quadro, la tratta di persone fu espressamente riconosciuta tra i reati rilevanti ed inseriti all'art. 2 della decisione istitutiva di Eurojust¹², rispettando così il programma di Tampere che invitava a stabilire unità di coordinamento per la cooperazione giudiziaria al fine di contrastare il crimine organizzato.

Sarà il successivo programma di Stoccolma, adottato dal Consiglio europeo nel 2009, a definire le linee strategiche per il periodo 2010-2014 per l'azione legislativa e operativa all'interno dell'area LSG ai sensi dell'art. 68 TFUE. Con esso, il Consiglio europeo ha riaffermato le priorità relative all'area LSG e costruite su quanto affermato in precedenza dai programmi dell'Aja e di Tampere. Il Programma di Stoccolma non ha solo incluso il contrasto alla tratta tra le priorità chiave nel contesto del cuore delle norme minime di natura penale, ma è stato anche il primo strumento che ha menzionato l'opportunità dell'istituzione di un coordinatore europeo anti-tratta.

La scelta di tale figura è cruciale poiché il Consiglio europeo costituisce il massimo livello di cooperazione politica tra Stati in ossequio all'art. 15 TUE; in quel caso, tale Istituzione aveva sottolineato la necessità che l'Unione sviluppasse una politica consolidata contro la tratta di persone, che avesse natura globale e multidisciplinare¹³. Inoltre, la figura del Coordinatore era funzionale alla necessità di rispondere in modo coerente e coordinato, che andasse al di là dell'area LSG e che prendesse in considerazione le nuove forme di sfruttamento delle persone, includesse i profili riconducibili alle relazioni esterne, allo sviluppo, agli affari sociali e all'impiego, all'educazione, alla salute, all'uguaglianza di genere e alla non discriminazione.

2. La decisione quadro

Il primo atto di contrasto alla tratta fu dunque la decisione quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani¹⁴, che diede origine anche alle successive

12. Decisione del Consiglio, del 28 febbraio 2002, 2002/187/GAI, *che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità*, in GUCE L 63 del 6.3.2002, poi sostituita dal Reg. del 14.11.2018, 2018/1727, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio, in GUUE L 295 del 21.11.2018, pp. 138-183. Si veda Rijken C., *Challenges to criminal justice co-operation in combating trafficking in Human beings in the European Union*, «ERA Forum», 6, 2005, pp. 267-281.

13. Dichiarazione di Bruxelles, 20.9.2002, in occasione della *Conferenza europea sulla prevenzione e la lotta alla tratta di esseri umani - una sfida globale per il XXI secolo*.

Sul punto si rinvia a Sakelliadou Z., *op. cit.*, p. 3.

14. Decisione quadro del 19 luglio 2002, 2002/629/GAI, *sulla lotta alla tratta degli esseri umani*, in GUCE L 203 del 1.8.2002, pp. 1-4; si veda. Krieg S.H., *Trafficking in Human Beings: The EU approach between border control, Law enforcement and Human Rights*, «European Law Journal», 15, 2009, pp. 775-790. Secondo Rijken C., *op. cit.*,

azioni avviate a livello europeo, con atti e documenti adottati dalle Istituzioni, la maggioranza dei quali di natura non vincolante¹⁵. In quel momento, il quadro giuridico generale era costituito dagli artt. 29-31(e)-34.2.(b) TUE e quello istituzionale in un certo qual modo limitato: le politiche anti-tratta, infatti, rimanevano confinate alla dimensione intergovernativa, con il Parlamento europeo al margine del processo legislativo, poiché solo da consultare da parte del Consiglio prima dell'adozione di ogni misura che aveva nell'art. 34.2.(b),(c),(d) TUE la propria base giuridica.

La decisione quadro aveva per obiettivo principale la promozione di un approccio comune alla tratta¹⁶ ed era caratterizzata da tre elementi chiave: i) l'adozione di una definizione comune; la definizione non si distanzia da quella del Protocollo di Palermo. In particolare, sullo sfruttamento, vi è stato un consenso sulla possibilità che la tratta potesse riguardare lo sfruttamento non solo per fini sessuali, ma anche lavorativi, andando così incontro alla definizione del Protocollo pur senza recepirla nella sua totalità; ii) l'individuazione di appropriate sanzioni penali, in particolare l'abbassamento della soglia minima per le pene per coloro che venivano individuati come responsabili e la responsabilità delle persone giuridiche; iii) infine, terzo elemento, la protezione delle vittime e la loro assistenza.

Uno dei punti critici, al fine di giungere ad un testo condiviso, concerneva la definizione di tratta di persone, che in origine distingueva tra situazioni riconducibili allo sfruttamento lavorativo e quelle relative alla tratta per sfruttamento sessuale. L'armonizzazione della definizione fu raggiunta solo nel luglio 2002¹⁷, sì che il testo poté essere approvato e la decisione pubblicata il 1.8.2002, divenendo pienamente operativa il 1.8.2004, termine entro il quale gli Stati membri avrebbero dovuto darne attuazione nel proprio ordinamento.

Un secondo aspetto critico è dato dal fatto che l'assistenza alle vittime sembra collegata alla cooperazione nei procedimenti penali, tanto per il riferimento alla decisione quadro 2001/220¹⁸, sulla posizione della vittima nel procedimento penale, che per il potenziale ricorso alla Direttiva 2004/81¹⁹, sul permesso di residenza a chi collabora in indagini sulla tratta di persone o

p. 270, l'adozione della decisione quadro è probabilmente la risposta al fallimento della piena attuazione dell'azione comune sulla tratta del febbraio 1997.

15. Rijken C., *op. cit.*, p. 272 ss.

16. Obokata T., *op. cit.*, p. 926 ss.

17. Rijken C., *op. cit.*, p. 271.

18. Decisione quadro del Consiglio, del 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, *relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale*, in GUCE L 82 del 22.3.2001, pp. 1-4.

19. Direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, *riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di Paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti*, in GUCE L 261 del 6.8.2004, pp. 19-23, c.d. Direttiva sul permesso di residenza.

sul traffico di migranti. Apparve evidente sin da allora che le vittime più esposte erano coloro prive della cittadinanza europea, che non avrebbero potuto beneficiare dei diritti generalmente riconosciuti ai cittadini europei.

Vista la prossimità, si può ritenere che il Protocollo di Palermo sulla tratta costituì una guida per la decisione; tuttavia, una delle distinzioni di rilievo è rappresentata dal fatto che questa non richiede la natura transnazionale del reato che sia commesso dalla criminalità organizzata, il che comporta l'inclusione di tutti i casi di tratta interna, tra Stati e all'interno dell'Unione.

Al contempo, la distinzione tra testo della decisione e quello del protocollo emerge anche nell'individuazione di ciò che rappresenta lo sfruttamento: infatti, nel protocollo va inteso in modo più esteso che nella decisione quadro, dov'era limitata alle sole ragioni lavorative o sessuali²⁰.

Infine, se presenti nel Protocollo, protezione e assistenza delle vittime sono praticamente assenti nella decisione quadro, che si limita a prevedere l'adeguata assistenza giuridica e la rappresentanza nei processi ove le vittime sono coinvolte.

Quanto alle misure repressive, risultando la decisione quadro uno strumento di contrasto ad una grave forma di reato di dimensione europea, si deve osservare che gli artt. 4 e 5 prevedono tanto forme di responsabilità individuale che delle persone giuridiche. Il successivo art. 6, invece, concerne la giurisdizione, ove la nazionalità del criminale è decisiva per individuare la giurisdizione.

Verosimilmente collegata alla natura di strumento di contrasto al crimine, appare rimarchevole che non vi sia alcun riferimento all'adozione di misure di prevenzione al fenomeno criminale, con misure di contrasto a cause quali povertà, disoccupazione e discriminazione di genere. Tali misure da assumere per prevenire la tratta, assistere le vittime e cooperare con Stati terzi, sono solo vagamente menzionati nella decisione quadro, che proprio per questo è stata considerata come un'occasione perduta²¹.

Una volta entrata in vigore la decisione quadro, l'azione della Commissione proseguì, col programma dell'Aja (2004), nell'indirizzo avviato da Tampere, con verifiche e sviluppi successivi della legislazione sulla tratta, come sottolineato dalla Comunicazione sulla tratta di persone che poneva l'attenzione non solo su misure repressive ma anche su buone pratiche, *standard* e procedure ai fini di prevenzione e contrasto²².

La cooperazione e il coordinamento a livello europeo erano genericamente richiamati in entrambi i documenti e si riferivano alla necessità di aumentarne la comprensione e la dimensione, di prevenirla e ridurne la domanda, dell'in-

20. Rijken C., *op. cit.*, p. 272 ss.

21. Rijken C., *op. cit.*, p. 280 ss.

22. Comunicazione della Commissione del 18.10.2005, *Lotta contro la tratta degli esseri umani: un approccio integrato e proposte per un piano d'azione*, COM(2005) 514.

dividuazione di misure finalizzate ad una migliore attività investigativa, per proteggere e sostenere le vittime, per procedere ai loro rimpatri, anche rafforzando la cooperazione coi Paesi terzi.

Successivamente, la Commissione ha evidenziato il persistere di molte differenze tra la legislazione in vigore e la dimensione nazionale²³. Per questo, la revisione della disposizione allora in vigore venne ritenuta opportuna, riflettendo anche sull'opportunità di istituire il ruolo del coordinatore europeo anti-tratta al fine di incrementare l'azione generale di coordinamento.

Nel 2009 venne dunque presentata una proposta di modifica della decisione quadro ma, a causa dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'adozione del testo concordato a livello istituzionale²⁴ non fu possibile e richiese la presentazione di una nuova proposta, sotto forma di Direttiva²⁵.

3. Il quadro successivo al Trattato di Lisbona: nuovi strumenti e criticità

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'azione di contrasto alla tratta è divenuta parte integrante del titolo V del TFUE. In particolare, l'art. 79 include le misure di contrasto alla tratta nell'ottica dello sviluppo di una politica comune sull'immigrazione con l'obiettivo, tra gli altri, del contrasto all'immigrazione irregolare; l'art. 83 TFUE, invece, individua la competenza per stabilire norme minime relative alla definizione di reati e di sanzioni nell'ambito di forme particolarmente gravi di reato con dimensione transnazionale, tra di essi anche la tratta. Infine, la tratta di persone è espressamente vietata anche dall'art. 5 della Carta europea dei diritti fondamentali²⁶, inserito nella prima parte dedicata alla dignità delle persone, sì da leggere il contrasto alla tratta anche nell'ottica del rispetto della dignità della persona umana.

23. Commission working document of 17.10.2008, *Evaluation and monitoring of the implementation of the EU Plan on best practices, standards and procedures for combating and preventing trafficking in human beings*, COM(2008) 657.

24. Peers S., *op. cit.*, p. 212 ss.

25. Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29.3.2010, *concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime, che abroga la decisione quadro 2002/629/GAI*, COM(2010) 95.

26. Secondo le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in GUCE C 303/02 del 14.12.2007, l'art. 5.3 tiene conto dei recenti sviluppi della criminalità organizzata, come l'organizzazione di redditizie immigrazioni illegali o reti di sfruttamento sessuale e collega la definizione di tratta all'allegato della Convenzione Europol, che include una definizione che si riferisce alla tratta a fini di sfruttamento sessuale.

3.1. *La Direttiva anti-tratta*

La struttura del sistema europeo di contrasto alla tratta segue l'approccio delle cosiddette 4P (*Prevention, Protection, Prosecution, Partnership*), sviluppato in ambito internazionale sin dal Protocollo di Palermo²⁷. Il quadro giuridico europeo vede interagire tra loro varie Direttive, anche col fine di proteggere le vittime e riconoscerne i diritti: oltre alla Direttiva anti-tratta²⁸, si pensi a quella sul permesso di residenza ed a quella sui diritti delle vittime nel procedimento penale²⁹.

La Direttiva anti-tratta è, dunque, la principale fonte di diritto secondario, adottata con l'obiettivo di prevenire tale fenomeno criminale, perseguire i trafficanti e garantire la protezione delle vittime. A tal fine, oltre a stabilire uno *standard* minimo sulla definizione del reato e delle sanzioni ad esso collegate, riconosce un approccio di genere e precisa che le vittime non dovranno essere soggette a misure sanzionatorie per reati commessi su costrizione dei trafficanti, sì da salvaguardarne – da un lato – i diritti fondamentali e, dall'altro, incoraggiarne la collaborazione con le autorità giudiziaria e di polizia.

La Direttiva 2011/36 sostituisce la decisione quadro e innova rispetto al quadro giuridico esistente; come da altri sottolineato³⁰, ha un approccio ispirato a una visione globale e integrata delle azioni da intraprendere per contrastare il traffico di esseri umani non solo nell'ambito della repressione penale, ma anche della prevenzione e della tutela delle vittime. Il diritto di uguaglianza innanzi alla legge e la garanzia dell'accesso ai diritti riconosciuti alle vittime ha un ruolo fondamentale nella loro protezione, oltre che nell'azione preventiva³¹.

27. Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria, Assemblea Generale delle Nazioni Unite, Risoluzione 55/25 del 15.11.2000, c.d. Protocollo di Palermo sulla tratta. Sull'importanza si veda Gallagher A.T., *Two Cheers for the Trafficking Protocol*, «Anti-Trafficking Review», 4, 2015, pp. 14-32.

28. Direttiva 2011/36 del 5.4.2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI in GUUE L 101, p. 1. Si veda Satzger H., Zimmermann F., Langheld G., *The directive on preventing and combatting trafficking in human beings and the principles governing european policy - A critical evaluation*, «European Criminal Law Review», 3, 2013, pp. 107-120.

29. Direttiva 2012/29 del 25.10.2012, *che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, in GUUE L 315 del 14.11.2012, pp. 57-73.

30. Giammarinaro M.G., *La direttiva 2011/36 sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, «Diritto Immigrazione Cittadinanza», 1, 2012, pp. 15-33.

31. L'uguaglianza di fronte alla legge è ribadita dall'art. 20 della Carta europea dei diritti fondamentali e dall'art. 7 della Dichiarazione Universale dei diritti umani.

Il suo approccio olistico presenta due ulteriori implicazioni di notevole importanza sistematica: la prima è che la tutela dei diritti delle vittime non si limita all'azione penale, ma richiede l'attivazione di azioni coordinate, volte a garantire l'assistenza sociale, il sostegno e l'aiuto nella ricerca di opportunità di lavoro; il secondo riguarda i criteri per l'ammissione delle vittime all'assistenza. In tal caso, l'assenza nella Direttiva 2011/36 di disposizioni relative al soggiorno delle vittime della tratta, implica il ricorso alla Direttiva 2004/81, sul permesso di residenza condizionato alla collaborazione con chi svolge le indagini. Tuttavia, poiché la Direttiva anti-tratta contiene l'innovativo principio che l'assistenza e il sostegno alla vittima non devono essere subordinati alla volontà di quest'ultima di collaborare nel procedimento penale, è del tutto evidente l'incongruenza tra i due strumenti. Sul punto si tornerà successivamente nella parte dedicata alle criticità.

Secondo quanto disposto dalla Direttiva al suo art. 2, la tratta consta di tre elementi: gli atti, i mezzi e gli scopi, salvo che non siano coinvolti dei minori perché in tal caso non sarà necessario dimostrare la sussistenza del secondo elemento, proprio per la loro posizione di estrema vulnerabilità. Se si guarda alla definizione data nella Direttiva, si può notare che si è compiuta la scelta non scontata di convergere su quella contenuta nel Protocollo di Palermo, successivamente trasposta anche nella Convenzione del Consiglio d'Europa contro la tratta degli esseri umani, rafforzando così uno *standard* internazionale consolidato e optando per una definizione onnicomprensiva rispetto a quella della decisione quadro che, ricordiamo, operava la distinzione tra tratta per scopo di sfruttamento sessuale e quella per scopo di sfruttamento lavorativo, escludendo quelle di altra natura. La definizione, dunque, si amplia con l'aggiunta dello sfruttamento di attività criminali e con l'espianto di organi, oltre che con l'accattonaggio, cosa quanto mai opportuna. È pur vero, comunque, che – per com'è scritta – la definizione non ha carattere tassativo e quindi altre forme di sfruttamento potranno integrare la definizione, anche se non esplicitamente richiamate.

Venendo ai tre elementi che la caratterizzano, nel primo sono inclusi il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone.

Il secondo elemento della definizione guarda ai mezzi illeciti usati dai trafficanti, che comprendono la minaccia o l'uso della forza, il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità, o l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra. Di particolare importanza è la nozione di abuso di una posizione di vulnerabilità, che include anche le condotte non fondate sulla violenza fisica³², quindi anche su quella psicologica esercitabile

32. Secondo Giammarinaro M.G., *op. cit.*, il mezzo più diffuso attualmente è proprio l'abuso di una situazione di vulnerabilità, cioè di una condizione di *debt bondage* e/o di

perciò a distanza, e che riguarda anche persone che potrebbero risultare libere. Proprio l'individuazione di un preciso significato di vulnerabilità, ovvero una posizione in cui la persona riguardata non vede altre alternative plausibili alla situazione in cui si trova, contribuisce al valore innovativo della Direttiva.

Infine, il terzo elemento è costituito dallo scopo dello sfruttamento ai fini di «prostituzione o di altre forme di sfruttamento sessuale, lavoro forzato o servizi, incluso l'accattonaggio, la schiavitù o pratiche simili ad essa, la servitù o lo sfruttamento di attività criminali o l'espianto d'organi»³³.

Più in particolare, lo sfruttamento di attività criminali si verifica quando la vittima è costretta o indotta a commettere reati e, in alcuni casi, la persona viene trafficata proprio con la finalità di farle commettere la condotta criminale. Con riferimento a questi casi, il consenso della vittima è irrilevante per proteggerla da ulteriori situazioni di vulnerabilità e dall'abuso dei trafficanti (art. 2) e si sottolinea l'obbligo di tenere indenne la vittima dalle relative sanzioni penali, secondo il dettato del successivo art. 8, analogo a una simile previsione contenuta nella Convenzione del Consiglio d'Europa³⁴.

A causa della debolezza e della vulnerabilità, e per prevenire ogni forma di minaccia, i procedimenti penali proseguiranno indipendentemente dalle ritrattazioni eventualmente poste in essere dalla vittima (art. 9), garantendo la procedibilità anche quando la persona offesa è soggetta ad intimidazione, sì da non far gravare sulla stessa tutta la responsabilità relativa all'inizio o alla prosecuzione del procedimento.

Le sanzioni adottate, che potranno riguardare tanto le persone fisiche che quelle giuridiche, dovranno essere effettive, proporzionate e dissuasive e riguardare anche il favoreggiamento, l'istigazione ed il tentativo di commettere il reato. Di evidente importanza, infine, l'art. 7 che obbliga gli Stati membri ad adottare le misure necessarie ad assicurare che le autorità competenti abbiano la facoltà di sequestrare e confiscare gli strumenti e i proventi derivanti dalla tratta.

Infine, le norme sulla giurisdizione prevedono un seppur parziale ampliamento della giurisdizione extraterritoriale. L'art. 10 obbliga ogni Stato membro a perseguire non solo il reato commesso interamente o parzialmente nel territorio dello Stato, ma anche il reato commesso interamente all'estero, quando l'autore è un suo cittadino. La norma è importante poiché rende perseguibile anche nel suo Stato di nazionalità il soggetto che abbia compiuto un'attività criminosa all'estero, il che accade sovente nel caso di gruppi criminali

dipendenza multipla, a seguito della quale il lavoratore o la lavoratrice vengono indotti a credere di non avere nessuna alternativa se non accettare lo sfruttamento para-schiavistico.

33. Secondo l'art. 2.2 della Direttiva 2011/36, *cit.*, «Per posizione di vulnerabilità si intende una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima».

34. Si veda l'art. 26 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani del 16.5.2005.

provenienti dai Paesi di origine della tratta, che sfruttano le vittime nei Paesi di destinazione.

Tuttavia, un punto di debolezza riguarda il caso degli autori di reato non cittadini ma abitualmente residenti, per i quali l'adozione del criterio di giurisdizione extraterritoriale è solo facoltativo³⁵. Parimenti facoltativa è la possibilità di stabilire la giurisdizione extraterritoriale quando la vittima sia cittadina dello Stato, e quando il reato sia stato commesso a vantaggio di una persona giuridica che risiede nel territorio dello Stato.

Gli artt. 11-17 sono tra i più innovativi della Direttiva e prevedono gli strumenti di tutela volti a rendere effettivo l'esercizio dei diritti delle vittime. L'art. 11.1 sancisce il principio che le vittime devono ricevere assistenza non soltanto durante il procedimento penale, ma anche nei periodi antecedente e successivo. Ne consegue che l'assistenza va assicurata non appena le autorità competenti abbiano un ragionevole motivo di ritenere che la persona interessata sia vittima di tratta, senza attendere le risultanze investigative (art. 11.2). Come accennato, assistenza e sostegno devono essere incondizionati, cioè non devono essere subordinati alla volontà della vittima di collaborare nelle indagini penali, nel procedimento giudiziario e nel processo (art. 11.3), proprio in forza della situazione traumatica cui è stata esposta e della possibile diffidenza verso le autorità giudiziaria e di polizia, anche per esperienze pregresse nel proprio Paese d'origine o in quello di provenienza.

L'individuazione delle forme di assistenza segue un'elencazione esemplificativa, limitandosi ad individuare la fornitura di alloggio, di cure mediche compresa l'assistenza psicologica, informazione, consulenza e assistenza legale, oltre che linguistica. L'informazione deve riguardare anche la possibilità di fruire delle misure previste dalla Direttiva sui permessi di soggiorno, e la possibilità di ottenere protezione internazionale (art. 11.6).

Sul punto vi è però da osservare che il solo fatto di essere vittima di tratta non comporta il diritto alla protezione internazionale, al punto che – sul piano internazionale – l'UNHCR ha predisposto linee guida per favorire detto riconoscimento da parte delle autorità statali competenti.

L'art. 12.2 assicura alle vittime l'accesso immediato all'assistenza legale, anche ai fini di una domanda di risarcimento, al fine di ottenere il ristoro del danno subito. La previsione contenuta in questo comma ha il fine di garantire alle persone offese la possibilità di una consapevole partecipazione al procedimento, e l'effettività del diritto al risarcimento del danno. A tal fine, è opportuno il richiamo all'art. 17, che dispone che le vittime abbiano accesso ai sistemi vigenti di risarcimento delle vittime dei reati dolosi violenti, cioè ai fondi pubblici istituiti al fine di assicurare un ristoro alla vittima, anche quando i proventi dei reati non siano stati sequestrati e l'autore risulti privo di mezzi patrimoniali.

35. Giammarinaro M.G., *op. cit.*, p. 22 ss.

Si aggiungano, alle menzionate disposizioni, quelle che prevedono una tutela rafforzata alle vittime minori di età. Tutte le misure dovranno essere adottate nel superiore interesse del minore (art. 13.1), garantendo l'accesso all'istruzione e includendo la previsione di un tutore in caso di conflitto di interessi tra il minore e gli esercenti la responsabilità genitoriale (art. 14.2), oltre che la sua nomina nel caso di minori non accompagnati (art. 16.3).

Le vittime di tratta potrebbero anche beneficiare delle disposizioni della Direttiva sui diritti delle vittime nel procedimento penale, pensata per riconoscere diritti, supporto e protezione per le vittime di reato e che va letta unitamente all'ordine di protezione europeo³⁶, così come alla Direttiva sugli abusi sessuali e lo sfruttamento dei minori e la pornografia infantile³⁷.

Più specificamente, la Direttiva riconosce il diritto di comprendere ed essere compresi, quando è necessario condividendo informazioni in un linguaggio semplice e accessibile (art. 3); il diritto di presentare ricorso (art. 5); il diritto – anche con accesso gratuito – alla traduzione, all'interpretazione e all'assistenza legale (art. 7). In particolare, assistenza, sostegno e protezione devono essere forniti nello Stato in cui è stato commesso il reato, mentre la protezione dovrebbe essere estesa anche ai familiari nel caso di rischio di intimidazioni o ritorsioni. Assai complesso, in verità, è il garantire la protezione dei familiari in un Paese al di fuori dell'UE: in tal caso, è essenziale avere un accordo con le autorità di quel Paese e, in ogni caso, un'attuazione efficace potrebbe rimanere lontana dalla realtà. Tale disposizione assume particolare rilievo se letta non solo alla luce della Direttiva anti-tratta, ma anche con riferimento a quella sul permesso di residenza: la protezione dei familiari delle vittime di tratta appare infatti di fondamentale rilievo nell'ipotesi della loro collaborazione.

Infine, sembra opportuno indicare la novità prevista dall'art. 20 della Direttiva, che prevede l'istituzione di un coordinatore europeo anti-tratta, in ossequio a quanto indicato nel programma di Stoccolma, che l'aveva indicato tra le priorità dell'azione politica³⁸ contro la tratta di persone dal carattere globale e multidisciplinare, includendo anche altre dimensioni politiche quali le relazioni esterne, lo sviluppo, gli affari sociali e l'impiego, l'educazione, la salute l'uguaglianza di genere e la non discriminazione³⁹.

L'azione del coordinatore è strettamente collegata al ruolo ed alla cooperazione con i relatori nazionali, di cui all'art. 19 della Direttiva. La disposizione affronta il problema annoso della mancanza di dati e stime affidabili sul fenomeno.

36. Direttiva 2011/99 del 13 dicembre 2011, *sull'ordine di protezione europeo*, in GUUE L 338 del 21.12.2011, pp. 2-18.

37. Direttiva 2011/93 del 13 dicembre 2011, *relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio*, in GUUE L 335 del 17.12.2011, pp. 1-14.

38. Sakellidou Z., *op. cit.*, p. 3 ss.

39. Comunicazione della Commissione del 19.6.2012, *La strategia dell'UE per l'eradicazione della tratta degli esseri umani (2012-2016)*, COM (2012) 286.

meno criminale della tratta e sull'efficacia delle azioni intraprese per combatterlo⁴⁰, oltre alla raccolta delle relazioni nazionali.

3.2. *Le criticità sussistenti*

Pur se caratterizzato da misure di natura avanzata nel suo complesso considerato, il descritto quadro giuridico non è immune da criticità. In via preliminare, risultando la norma propria della cooperazione penale, la sua applicazione territoriale non è completa visto che – al momento attuale – essa non trova applicazione in Danimarca ed Irlanda. Una situazione che potrebbe portare a condizioni di disuguaglianza o comunque meno favorevoli in funzione degli *standard* legislativi interni, oltre che – in prospettiva – anche a causa dell'assenza di giurisdizione della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Una seconda criticità deriva dal rapporto tra la Direttiva 2011/36 e quella sul permesso di residenza⁴¹. Come precedentemente osservato, la protezione, l'assistenza e il sostegno alle vittime devono essere forniti non appena le autorità hanno fondati motivi di trovarsi innanzi ad una vittima di tratta⁴², prima, durante e per un periodo adeguato dopo la conclusione dei procedimenti penali. In particolare, assistenza e supporto implicano un adeguato *standard* di vita, alloggi sicuri, assistenza materiale, cure mediche e servizi di traduzione e interpretazione.

Nessuno di questi diritti è subordinato alla volontà della vittima di cooperare nelle indagini o nel processo, ma l'esplicito riferimento a tale cooperazione potrebbe influire sul reale beneficio per le vittime. Per questo, si pone la questione se la scadenza o la mancanza di un permesso di soggiorno implicino la fine dell'accesso all'assistenza.

Con espressa disposizione, l'art. 11.3 della Direttiva anti-tratta afferma che non deve esservi pregiudizio di quanto affermato dalla Direttiva 2004/81; il significato di tale disposizione va esplorato.

Secondo l'art. 1 della Direttiva 2004/81, il permesso di residenza di durata limitata va riconosciuto a cittadini di Stati terzi che cooperano nella lotta alla

40. Giammarinaro M.G., *op. cit.*, p. 31.

41. Sul punto mi permetto di rinviare a Borraccetti M., "Human Trafficking, Equality and Access to Victims' Rights", in Rossi L.S., Casolari F. (a cura di), *The Principle of Equality in EU Law*, Springer, Cham, 2017, pp. 281-293.

42. Si guardi all'art. 11 ed al considerando 18 della Direttiva anti-tratta, *cit.* Nella sentenza *L. E./Grecia* del 21.1.2016, n. 71545/12, la Corte europea dei diritti umani ha deciso all'unanimità per la sussistenza della violazione degli artt. 4, 6.1 e 13 della Convenzione poiché una donna nigeriana «officially recognised as a victim of human trafficking for the purpose of sexual exploitation, [...] had nonetheless been required to wait more than nine months after informing the authorities of her situation before the justice system granted her that *status*».

tratta o nel contrasto all'immigrazione irregolare. In tal senso, la Direttiva prevede, poi, disposizioni specifiche per la protezione delle vittime, mentre la norma cardine dell'intera disposizione è l'art. 6, che riconosce il diritto delle vittime di vedersi riconosciuto un periodo di riflessione al fine di conseguire una ripresa fisica e psicologica, oltre che per pensare ad un'eventuale collaborazione.

Inoltre, nel caso cooperino, le vittime avrebbero diritto ad un permesso dalla durata relativamente breve, 6 mesi, allo scadere del quale – se l'interessato non decide di collaborare con le autorità o se l'autorizzazione a rimanere non viene rinnovata⁴³ – potrebbe aver luogo l'allontanamento dal territorio nazionale con applicazione della Direttiva rimpatri⁴⁴.

Il periodo di riflessione non garantisce di per sé un diritto di soggiorno o un permesso se la vittima decide di collaborare, ma la cooperazione con la magistratura o con le autorità di polizia garantirà il rinnovo dell'autorizzazione, restando comunque soggetto a condizioni e temporaneo. Tuttavia, se il periodo di permanenza per riflettere sull'opportunità di cooperare non è abbastanza lungo, potrebbe ostacolare un'applicazione pienamente vantaggiosa delle misure di protezione delle vittime, anche pensando alla loro situazione familiare nel Paese di origine o, persino, in quelli di transito o di destinazione. Uno dei punti più critici, infatti, è l'inapplicabilità della norma ai familiari.

Alla luce di quanto descritto, dato che la Direttiva sulla tratta non delinea le condizioni per il rilascio di un permesso, la necessità di agire senza pregiudizio della Direttiva sul permesso di soggiorno potrebbe influenzarne l'applicazione. In teoria, la Direttiva sulla tratta istituisce misure di protezione specifiche per qualsiasi vittima di tratta di persone, ma non disciplina le condizioni di residenza delle vittime nel territorio degli Stati membri. In pratica, per avere la possibilità di rimanere sul territorio, la cooperazione è un elemento essenziale per i cittadini non europei.

Qualora le vittime fossero cittadini europei, la situazione è invece diversa: vista la loro cittadinanza, esse beneficiano del diritto di circolazione e soggiorno all'interno dell'Unione europea⁴⁵ con minime limitazioni e, vista la natura della cittadinanza europea, questo non dipenderà dalla cooperazione con le autorità nazionali competenti.

La situazione appena descritta avrà un impatto sulla capacità delle vittime di esercitare efficacemente i propri diritti: nei casi in cui le vittime non risie-

43. Rijken C., *op. cit.*, p. 277 ss.

44. Direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008, *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, in GUCE L 348 del 24.12.2008, pp. 98-107, c.d. Direttiva rimpatri.

45. Direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004, *relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le Direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE*, in GUCE L 158 del 30.4.2004, pp. 77-123.

dano legalmente in uno Stato membro, l'assistenza e il sostegno dovrebbero essere forniti incondizionatamente almeno durante il periodo di riflessione; se, al termine, la vittima risulterà priva di permesso di soggiorno o di residenza legale, lo Stato membro ospitante non avrà però l'obbligo di continuare a fornire loro sostegno.

Così, salvo diverse disposizioni nazionali, i cittadini di Paesi terzi dovranno cooperare con le autorità per avere un permesso di soggiorno (in linea con la Direttiva sul permesso di soggiorno) e, quindi, avere accesso al sostegno (in linea con la Direttiva sulla tratta).

In linea teorica, a limitare situazioni così descritte dovrebbe essere la Direttiva sui diritti delle vittime nei procedimenti penali⁴⁶, che sottolinea anche l'importanza di soddisfare il principio di uguaglianza, senza subordinarne i diritti allo stato di residenza o alla cittadinanza o nazionalità. Tuttavia, la questione dei permessi mette in dubbio la piena efficacia della protezione, prevedendo anche che vittime e familiari siano effettivamente protetti e che continuino a ricevere tale protezione una volta trasferiti all'estero, cosa invero improbabile in Stati ove il grado di corruzione è elevato o lo Stato non è – più in generale – in grado di garantire sicurezza ai propri cittadini.

Un terzo rilevante elemento di criticità riguarda la disposizione dell'art. 18 della Direttiva 2011/36: se, nel suo approccio globale, essa include, tra l'altro, misure sanzionatorie per i trafficanti e le persone fisiche e giuridiche, al contempo non esistono disposizioni simili per gli sfruttatori delle vittime che non sono trafficanti. Infatti, ai sensi dell'articolo 18.4, gli Stati membri «devono solo prendere in considerazione l'adozione di misure» per punire «l'uso di servizi che sono oggetto di sfruttamento». È la parte più debole della struttura: in effetti, un sistema che include sanzioni contro quelli – anche non i trafficanti – che utilizzano i servizi delle vittime di tratta risulterebbe più completo, riducendo la possibilità di sfruttamento, visto che il legame tra questo e i profitti non è limitato alle organizzazioni criminali, ma coinvolge anche imprese che agiscono apparentemente nella legalità⁴⁷.

Si tratta di una disposizione che al suo interno prevede anche, implicitamente, che in questo campo la repressione deve necessariamente accompagnarsi a misure di carattere preventivo⁴⁸. Se, da un lato, mancano dati idonei ad ipotizzare o illustrare l'impatto di siffatte misure sulla tratta⁴⁹, dall'altro

46. Direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, *che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, in GUUE L 315 del 14.11.2012, pp. 57-73, c.d. Direttiva sui diritti delle vittime nei procedimenti penali.

47. Relazione della Commissione del 2.12.2016, *che valuta l'impatto sulla prevenzione della tratta di esseri umani, della legislazione nazionale vigente che incrimina l'utilizzo di servizi che costituiscono oggetto dello sfruttamento legato alla tratta, in conformità all'articolo 23, paragrafo 2, della Direttiva 2011/36/UE*, COM(2016) 719, in particolare p. 9.

48. Giammarinaro M.G., *op. cit.*, p. 29 ss.

49. Giammarinaro M.G., *op. cit.*, p. 23 ss.

è emersa una notevole disomogeneità a livello statale circa la sanzionabilità di coloro che beneficiano dei servizi delle vittime di tratta senza per questo essere trafficanti. La relazione sulla criminalizzazione dell'uso dei servizi delle vittime di tratta ha confermato che le azioni nazionali non hanno raggiunto l'obiettivo, dando così spazio a una possibile iniziativa futura della Commissione nella direzione della criminalizzazione degli utilizzatori consapevoli⁵⁰.

In particolare, solo dieci Stati membri hanno sanzionato tutte le forme di sfruttamento, avendo stabilito come reato l'uso di servizi che sono oggetti di sfruttamento della tratta di esseri umani. Un secondo gruppo comprende quattordici Stati membri che «hanno riferito di non disporre di disposizioni giuridiche nazionali esplicite per stabilire come reato l'uso di servizi che sono oggetto di tutte le forme di sfruttamento delle vittime della tratta di esseri umani». In alcuni di questi Stati, si potrebbe ricorrere a disposizioni relative a reati sessuali o sfruttamento sessuale dei minori o che sanzionano l'intermediazione e lo sfruttamento illeciti del lavoro in generale. Infine, un terzo gruppo di tre Stati membri ha istituito una legislazione concernente l'uso delle vittime della tratta, ma solo per quanto riguarda determinate forme di sfruttamento come, ad esempio, per lo sfruttamento sessuale o l'applicazione di disposizioni che vietano l'acquisto di servizi sessuali.

La responsabilità degli autori come deterrenza per la tratta di persone è ancora un pilastro dell'azione europea, pur se la possibilità di sanzionare gli utenti dei servizi delle vittime in modo completo e globale continua ad essere la parte debole che potrebbe avere un impatto sull'effettiva prevenzione del crimine con l'attività dei trafficanti «meno scoraggiati e persino incoraggiati anche attraverso una cultura dell'impunità»⁵¹.

Ancora una volta, scoraggiare la domanda implica concentrarsi maggiormente su coloro che effettivamente utilizzano i servizi di diverse forme di tratta con la consapevolezza che la persona è vittima di un reato, garantendo che «coloro che traggono profitto dal crimine e sfruttano le vittime siano assicurati alla giustizia»⁵². Come sottolineato dalla Commissione, «la mancanza di criminalizzazione dell'uso dei servizi di una persona trafficata, specialmente con la consapevolezza che lei o lui è vittima della tratta di esseri umani, rende meno efficace la lotta globale contro la tratta di esseri umani».

50. Relazione della Commissione, *che valuta l'impatto sulla prevenzione della tratta di esseri umani, della legislazione nazionale vigente che incrimina l'utilizzo di servizi che costituiscono oggetto dello sfruttamento legato alla tratta*, cit., p. 3.

51. Relazione della Commissione, *che valuta l'impatto sulla prevenzione della tratta di esseri umani, della legislazione nazionale vigente che incrimina l'utilizzo di servizi che costituiscono oggetto dello sfruttamento legato alla tratta*, cit., p. 10.

52. Relazione della Commissione, *che valuta l'impatto sulla prevenzione della tratta di esseri umani, della legislazione nazionale vigente che incrimina l'utilizzo di servizi che costituiscono oggetto dello sfruttamento legato alla tratta*, cit., p. 10.

Si tratta, dunque, di un chiaro segnale di allarme circa i passi che mancano affinché l'azione contro la tratta di persone sia ancora più efficace, coerente ed uniforme in tutto il territorio dell'Unione europea.

4. In prospettiva, alcune osservazioni conclusive

L'evoluzione della politica europea di contrasto alla tratta di persone dimostra come, sin dal Consiglio europeo di Tampere 1999, la consapevolezza della pericolosità di tale forma di reato ha caratterizzato l'azione europea, con l'adozione di strumenti legislativi volti non solo alla sua repressione, ma anche alla prevenzione ed alla protezione delle vittime. Tuttavia, il quadro giuridico dell'Unione europea vede presenti ancora alcuni punti di debolezza: in primo luogo, sul piano generale, l'assenza di disposizioni che facilitino l'accesso per vie legali ed in forma regolare agli Stati membri.

In secondo luogo, guardando all'accesso ai servizi previsti a beneficio delle vittime di tratta, si pensi innanzitutto al legame ancora sussistente, ma non per questo accettabile, tra cooperazione con le forze di polizia, regolarità della posizione e accesso ai benefici. Una situazione che riguarda i cittadini non europei, esposti maggiormente al rischio di vedersi negare la possibilità di trattarsi regolarmente sul territorio dello Stato in cui si trovano se non disposti a collaborare nelle indagini e nei processi, esponendoli così al rischio di preferire l'irregolarità – e quindi la rinuncia ai servizi – per timore di ritorsione verso loro stessi o i loro familiari o, semplicemente, per una mancanza di fiducia verso le istituzioni statali indotta dal contesto di provenienza. In tal caso, proprio guardando alla protezione delle vittime, sembra opportuno venga valutata la possibilità di riconoscere una forma di protezione internazionale alle vittime di tratta in quanto tali, sì da superare – garantendo la posizione di regolarità sul territorio europeo – da un lato, il legame tra accesso ai servizi e collaborazione con le autorità investigative e, dall'altro, una forma di protezione rafforzata rispetto alle minacce degli aguzzini.

Infine, si pensi all'assenza di una disposizione che contrasti l'utilizzo dei servizi delle vittime di tratta da parte di coloro che, seppur non trafficanti, sono in condizione di beneficiarne. Solo con una scelta europea si porrebbe rimedio all'eterogeneità delle misure sino ad ora in essere a livello nazionale, al fine di contrastare una forma di domanda che – anche se in modo non esclusivo – continua ad alimentare tale mercato criminale.

Il sistema anti-tratta italiano compie venti anni. L'evoluzione delle misure legislative e di assistenza per le vittime e le interconnessioni con il sistema della protezione internazionale

di *Francesca Nicodemi**

Sommario: 1. Introduzione. Venti anni di interventi per il contrasto alla tratta di esseri umani. – 2. Il fenomeno in Europa e in Italia ieri ed oggi: breve analisi storica. – 3. Le misure adottate dall'Italia per la lotta alla tratta di persone e la protezione delle vittime, – 3.1. Dalla nascita dell'art. 18 all'attuale quadro normativo. La strategia nazionale, – 3.2. Le misure di assistenza e sostegno alle vittime di tratta nell'odierno contesto dei flussi migratori misti. I meccanismi di referral, – 3.3. L'attuale convivenza tra protezione sociale ex art. 18 e protezione internazionale. – 4. Le prospettive: quali margini di miglioramento per il sistema nazionale?

1. Introduzione. Venti anni di interventi per il contrasto alla tratta di esseri umani

Sono trascorsi esattamente venti anni dall'istituzione dei programmi di assistenza e integrazione sociale in favore dei beneficiari del permesso di soggiorno rilasciato ai sensi dell'art. 18 d.lgs. 286/98¹.

Tali misure venivano introdotte sulla scorta di norme adottate in un contesto storico molto diverso da quello attuale e con uno spirito quasi “sperimentale”: sulla base delle prime esperienze sul campo, o per meglio dire, sulla strada, in cui era stato avviato un lavoro di prossimità e contatto con le donne che lì si prostituivano, si erano iniziati a sperimentare modelli di intervento volti a favorire l'assistenza alle vittime di sfruttamento intuendo fin da subito la necessità di coniugare l'approccio repressivo a quello della protezione delle vittime.

* Avvocata del Foro di Firenze. Attualmente ricopre il ruolo di *Asylum and Trafficking Expert* per UNHCR Italia. Le opinioni qui espresse sono proprie dell'autrice e non rappresentano la posizione di UNHCR o delle Nazioni Unite.

1. L'art. 25 d.p.r. 31 agosto 1999 n. 394 ha disciplinato per la prima volta i programmi di assistenza e integrazione sociale sulla base di quanto disposto dall'art. 18 d.lgs. 286/98.

La stessa norma contenuta nell'art. 18 del Testo Unico immigrazione costituisce una sperimentazione, se con tale termine si vuole intendere l'introduzione di un elemento innovativo che si inserisce in un determinato contesto, in questo caso normativo². Il Protocollo sul *trafficking in persons* *addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*³ sarebbe giunto immediatamente dopo a fornire una nuova definizione a quel fenomeno oramai ben noto in Europa e in Italia, quanto meno per ciò che riguardava lo sfruttamento sessuale, e un quadro di riferimento normativo che avrebbe aperto la strada all'introduzione di importanti principi che si sarebbero poi coniugati in obblighi per gli Stati della comunità internazionale⁴.

La tratta di persone, termine poi entrato nel linguaggio degli operatori del settore anche in Italia, grazie alla ratifica della Convenzione ONU⁵ e dunque alla modifica della normativa interna⁶, ha assunto negli anni successivi una rilevanza tale da condurre a una rimodulazione degli interventi a suo tempo introdotti. Allo stesso tempo le disposizioni di carattere internazionale ed europeo adottate nel corso degli anni successivi⁷ hanno introdotto importanti parametri di riferimento che hanno comportato la necessità di ridefinire e migliorare il sistema di interventi per un efficace contrasto alla tratta, secondo un approccio olistico volto a soddisfare contestualmente interessi volti alla prevenzione e repressione del crimine ed alla protezione delle vittime.

Le evoluzioni del fenomeno avvenute nel corso degli anni hanno dato luogo a ulteriori misure di carattere legislativo e amministrativo, che hanno ampliato i margini di protezione e tutela delle persone vittime di tale grave

2. Nell'ambito della disciplina dell'immigrazione la prima norma che ha previsto il rilascio di uno speciale permesso di soggiorno in favore di persone vittime di situazioni di sfruttamento o comunque di gravi reati, è stata introdotta dal D.L. 13 settembre 1996 n. 447, che ha modificato l'art. 3 D.L. 30 dicembre 1989 n. 416, convertito dalla legge 28 febbraio 1990 n. 39. Si trattava di una norma che prevedeva il rilascio di un titolo di soggiorno, peraltro a titolo provvisorio, a chi contribuiva all'attività repressiva di gravi reati.

3. Protocollo delle Nazioni Unite per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolar modo donne e bambini è stato adottato congiuntamente alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale nel 2000, www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/protocoltraffickinginpersons.aspx.

4. Sulle fonti che stabiliscono le obbligazioni a carico degli Stati in materia di *trafficking*, si veda: Office of the High Commissioner for Human Rights, *Human rights and human trafficking*, Fact Sheet n. 36, 2014, www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_en.pdf.

5. L'Italia ha ratificato la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale con la legge 16 marzo 2006 n. 146.

6. La legge 11 agosto 2003 n. 228 recante *Misure contro la tratta di persone* ha introdotto, all'art. 601 c.p. la definizione di tratta di persone in linea con quella fornita dalla Convenzione ONU. La norma è stata successivamente modificata ad opera del d.l. 4 marzo 2014 n. 14, che ha recepito la Direttiva 2011/36/UE.

7. In particolare la Convenzione del Consiglio d'Europa n. 197 sulla lotta contro la tratta di esseri umani del 2005 e le Direttive Europee 2004/81/CE e 2011/36/UE.

violazioni dei diritti umani. Tra queste, quelle volte al coordinamento tra il sistema tradizionalmente preposto alla protezione e assistenza delle vittime di tratta e quello della protezione internazionale, rese necessarie dalle importanti trasformazioni correlate ai massicci flussi migratori provenienti in particolare dall'Africa sub-sahariana, ma non solo, che hanno interessato l'Europa nel corso degli ultimi anni.

Tali modifiche, fenomenologiche e normative, inducono a un bilancio dei risultati ottenuti, delle criticità persistenti e delle prospettive di miglioramento del sistema.

2. Il fenomeno in Europa e in Italia ieri ed oggi: breve analisi storica

Tentando di ripercorrere sommariamente le trasformazioni del fenomeno della tratta che hanno interessato l'Europa e soprattutto l'Italia nel corso di questi venti anni, la prima immagine che salta alla mente, riconducibile ai primi anni Novanta, è quella di donne sfruttate nell'ambito della prostituzione provenienti dall'est Europa, prima tra tutte Albania, ma anche Romania e poi Moldavia e Ucraina, giunte nell'ambito dei primi massicci movimenti migratori in Europa⁸.

In Italia, i primi interventi delle unità di strada, nati sull'esperienza del lavoro con le tossicodipendenze, si sono rivolti principalmente a giovani donne condotte con l'uso della forza o dell'inganno da uomini, spesso sedicenti fidanzati loro connazionali che, una volta a destinazione, le riducevano in condizioni di vera e propria schiavitù⁹.

Gli anni successivi hanno visto giungere sui nostri territori vittime di sfruttamento, soprattutto sessuale, provenienti da una moltitudine variegata di Paesi, prevalentemente asiatici e africani. Tra quest'ultime, le donne nigeriane, che giungevano in Italia tramite rotta aerea, grazie a passaporti falsi forniti loro dall'organizzazione criminale.

Gli operatori del settore hanno iniziato ad interfacciarsi con modalità di sfruttamento della prostituzione diverse le une dalle altre, tanto per ciò che riguardava i metodi coercitivi – non più soltanto violenza fisica, minaccia, inganno, ma anche approfittamento della condizione personale della vittima e

8. Uno dei primi rapporti sul tema a livello globale, curato da UNODC, dà conto di percentuali relative a vittime di tratta identificate nell'ambito di indagini condotte dalle forze dell'ordine nell'arco temporale 2003-2007, che vedono come prima nazionalità donne provenienti dalla Romania. La Nigeria già compare tra i Paesi di provenienza delle vittime ma in un numero significativamente inferiore. Si veda: UNODC, *Global Report on trafficking*, 2009, www.unodc.org/documents/Global_Report_on_TIP.pdf.

9. Per una breve analisi storica della prostituzione in Italia, si veda Perego G.: *Leggi dietro le quinte: normativa e fenomeni nel tempo*, 2008, www.caritas.it/materiali/convegni/prostituzione_tratta/perego.pdf.

utilizzo di rituali magici – quanto per ciò che atteneva il contesto di sfruttamento (non più solo in strada ma anche *indoor*) e a modulare gli interventi per favorire l'adeguata assistenza delle vittime rispondente ai bisogni specifici di ciascuna di esse.

Nell'arco di pochi anni, in concomitanza con l'inaugurazione della definizione moderna di “tratta di persone” che ha fornito il Protocollo delle Nazioni Unite¹⁰, i servizi hanno iniziato ad interfacciarsi con una compagine sempre più variegata per genere (donne, uomini e *transgender*), età, provenienza ed anche forma di sfruttamento. L'impiego di persone straniere, uomini e donne, in condizioni di sfruttamento nel lavoro in particolare agricolo¹¹, ma anche tessile e in altri contesti, ha iniziato ad emergere in modo gradualmente maggiore, così come quello nell'ambito dell'accattonaggio o delle attività illegali.

I minori stranieri non accompagnati, inoltre, hanno da sempre costituito un *target* particolarmente vulnerabile e dunque a rischio di cadere nel circuito dello sfruttamento in vari ambiti. L'Italia è da sempre un Paese di transito e di destinazione di molti minori non accompagnati, che si muovono spesso su mandato delle famiglie e che partono talvolta già destinati allo sfruttamento in Paesi terzi o in Italia ovvero senza alcun vincolo ma per loro natura particolarmente a rischio di diventare vittime di tratta¹².

Conseguentemente, si sono iniziati a sperimentare nuovi modelli di intervento, a partire dall'attività di emersione, non più rivolta solo alle vittime di sfruttamento sessuale, prevedendo anche modalità di accoglienza diversificate, in particolare per genere.

Nella seconda decina del secolo corrente il fenomeno della tratta di esseri umani era oramai conclamato sotto un profilo fenomenologico e normativo, tanto in ambito internazionale quanto europeo¹³.

10. A norma del Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini, la tratta di persone indica (art. 3) «il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite la minaccia o l'uso della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di danaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi».

11. Una fotografia del fenomeno del grave sfruttamento in agricoltura e della tratta a tale scopo è stata fornita nel corso degli anni dai Rapporti FLAI CGIL sulle Agromafie e sul Caporalato a cura dell'Osservatorio Placido Rizzotto. L'ultimo e quarto Rapporto è stato pubblicato nel 2018.

12. Sul fenomeno dei minori stranieri non accompagnati e sui *trend* emersi nel corso degli ultimi anni, si vedano i Rapporti di Save the Children, *Piccoli Schiavi Invisibili*, l'ultimo dei quali pubblicato nel 2019, https://s3.savethechildren.it/public/files/uploads/pubblicazioni/piccoli-schiavi-invisibili-2019_0.pdf.

13. V. nota 8.

Grazie ai rapporti pubblicati nel corso degli anni¹⁴, che hanno iniziato a monitorare il fenomeno, è possibile avere traccia delle modificazioni avvenute nei Paesi dell'Unione europea e conseguentemente in Italia tra il 2008 ed il 2016, sotto il profilo dei Paesi di provenienza¹⁵, del genere e dell'età delle vittime nonché delle forme di sfruttamento perpetrate in danno delle vittime stesse.

Nel corso dell'ultimo quinquennio si è assistito a ulteriori importanti evoluzioni, dovute ai noti movimenti migratori attraverso le rotte principali per raggiungere l'Europa, in particolare quella del Mar Mediterraneo: i canali e i meccanismi delle organizzazioni dedite al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare sono stati utilizzati per introdurre in Europa persone destinate, sin dalla partenza o da un momento successivo, ad essere impiegate in condizioni di sfruttamento¹⁶. Le vittime di tratta hanno iniziato dunque a far ingresso in Italia (quale Paese di destinazione finale o di transito per altri Paesi europei), muovendosi insieme a coloro che, in fuga da conflitti, da persecuzioni individuali o da situazioni di difficoltà economica o sociale, hanno raggiunto nel corso di questi anni i confini italiani chiedendo la protezione internazionale¹⁷.

A partire dal 2014 ha iniziato ad imporsi prepotentemente il fenomeno della tratta delle donne provenienti dalla Nigeria, attraverso la rotta del Mediterraneo centrale. Il flusso delle donne nigeriane giunte in Italia, contestualmente ai massicci movimenti migratori è cresciuto esponenzialmente fino al 2018, toccando il picco nel 2016 con la registrazione di oltre 11.000 giovani donne

14. Il primo rapporto Eurostat risale al 2013 e dà conto dei dati relativi al triennio 2008-2010. Eurostat, *Trafficking in human beings*, 2013 (<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3888793/5856833/KS-RA-13-005-EN.PDF/a6ba08bb-c80d-47d9-a043-ce538f-71fa65>). Il secondo Rapporto è stato pubblicato nel 2015 ed ha fornito i dati relativi agli anni 2010-12. Si veda: Eurostat, *Trafficking in human beings*, 2015. La relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sui progressi compiuti nella lotta alla tratta, pubblicata nel maggio 2016, ha poi fornito i dati per il periodo 2013-2014. Si veda: European Commission, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council. Report on the progress made in the fight against trafficking in human beings*, 2016. Il terzo Rapporto è stato infine pubblicato nel 2018 e riporta i dati relativi agli anni 2015-2016 (https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20181204_data-collection-study.pdf).

15. Tra il 2008 e il 2014 la maggior parte delle vittime provenivano da Paesi UE, mentre un'inversione di tendenza si è iniziata a registrare dal biennio 2015-16 (Fonti Eurostat).

16. Si veda Degani P. "Sulle trasformazioni della tratta di esseri umani in Italia", in *Attività criminali forzate e scenari della tratta di persone nel quadro degli attuali fenomeni migratori*, Padova University Press, 2016.

17. La Commissione europea nella comunicazione del 2015 sullo stato di attuazione delle azioni prioritarie intraprese nell'ambito dell'Agenda europea sulla migrazione, ha rilevato come le organizzazioni criminali dedite alla tratta abbiano sfruttato la c.d. crisi migratoria intercettando le persone maggiormente vulnerabili e favorendone l'ingresso nei Paesi europei, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0510&from=IT>.

provenienti da tale Paese¹⁸. I dati del Numero Verde Nazionale Anti-tratta relativi alle persone prese in carico nel periodo di riferimento 2016-2019¹⁹ danno conto di percentuali elevate di persone provenienti dalla Nigeria accolte nei programmi di protezione sociale.

Il tema delle donne presunte vittime di tratta richiedenti protezione internazionale ed in particolare tra esse delle donne provenienti dalla Nigeria²⁰ è diventato oggetto privilegiato nel dibattito degli esperti del settore nell'ambito del contrasto alla tratta di esseri umani ed ha interessato, nel corso del recente passato, in modo importante e quasi esclusivo i servizi degli enti anti-tratta, i quali hanno destinato gran parte delle risorse umane e finanziarie all'assistenza e tutela di tale *target*, rispondendo in particolare all'esigenza di canalizzare gli interventi volti all'emersione delle vittime nel contesto della protezione internazionale.

In tale contesto il *modus operandi* delle organizzazioni criminali, sempre più strutturate a livello internazionale e radicate anche in Italia²¹, è andato via

18. L'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, nel rapporto pubblicato nel 2017, nel rilevare l'esponentiale aumento delle donne nigeriane giunte in Italia (nel 2014 circa 1450, nel 2015 5600 e nel 2016 oltre 11.000) ha stimato che circa l'80% di esse sia probabile vittima di tratta destinata allo sfruttamento in Italia o in altri Paesi dell'Unione europea. Si veda OIM, *La tratta di esseri umani attraverso la rotta del Mediterraneo centrale: dati, storie e informazioni raccolte dall'organizzazione internazionale per le migrazioni*, 2017, https://italy.iom.int/sites/default/files/news-documents/RAPPORTO_OIM_Vittime_di_tratta_0.pdf.

19. I dati, forniti dal Numero Verde Anti-tratta, nell'ambito del progetto Osservatorio sulla tratta, riguardano l'intero triennio 2016-2018, mentre per il 2019 si riferiscono al periodo gennaio-ottobre. Oggi le donne nigeriane accolte nei progetti costituiscono il 72,70%.

20. Sulla tratta delle donne provenienti dalla Nigeria in particolare si vedano: U.S. Department of State, *Report on Trafficking*, 2019, p. 353, www.state.gov/wp-content/uploads/2019/06/2019-Trafficking-in-Persons-Report.pdf; UK Home Office, *Country Policy and Information Note Nigeria: Trafficking of women*, July 2019, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/821554/Nigeria_-_Trafficking_-_CPIN_-_v5.0__July_2019_.pdf; EASO, *Informazioni sui Paesi di Origine, la Nigeria, la tratta di donne ai fini sessuali*, 2015; Human Rights Watch "You pray for death", Agosto 2019, www.ecoi.net/en/file/local/2015409/nigeria0819.pdf. Sulle donne vittime di tratta provenienti dalla Nigeria in Italia si veda anche: OIM, *La tratta di esseri umani attraverso la rotta del Mediterraneo centrale: dati, storie e informazioni raccolte dall'organizzazione internazionale per le migrazioni*, 2017 e *Rapporto sulle vittime di tratta nell'ambito dei flussi migratori misti in arrivo via mare aprile 2014 - ottobre 2015*, 2015; ActionAid, *Mondi connessi. La migrazione femminile dalla Nigeria all'Italia e la sorte delle donne rimpatriate*, 2018; Leone L., "Analisi della bibliografia più recente in materia di tratta a scopo di sfruttamento sessuale", in Carchedi F., Galati M. (a cura di), *Persone annullate. Lo sfruttamento sessuale e lavorativo in Calabria*, Rubettino, 2019, p. 21.

21. L'ultima relazione della Direzione Nazionale Antimafia (www.avvisopubblico.it/home/wp-content/uploads/2019/08/Mafie-straniere-DNA.pdf) ha confermato, come in effetti già stabilito da alcune sentenze di condanna per associazione di tipo mafioso *ex art.*

via evolvendosi²², adeguandosi peraltro agli interventi messi in campo dalle autorità e dalla società civile.

La situazione attuale, nel contesto italiano ma più in generale europeo, è in ulteriore evoluzione: negli ultimi due anni, contestualmente alla graduale riduzione del numero di persone provenienti via mare dalla rotta Mediterranea, il numero delle donne provenienti dalla Nigeria è gradualmente scemato²³. Sebbene si debba pensare che la criminalità organizzata nigeriana non abbia certo interrotto la propria fruttuosa attività, resta ancora da comprendere quali siano le sue nuove modalità organizzative e le rotte utilizzate. Nel corso del corrente anno, in cui peraltro i flussi migratori hanno subito ulteriori evoluzioni²⁴, anche sotto il profilo delle rotte utilizzate e dei punti di partenza per l'Italia, stiamo assistendo ad un aumento di donne provenienti dalla Costa D'Avorio²⁵, alcune di esse possibili vittime di tratta a scopo di sfruttamento lavorativo in ambito domestico e sessuale, particolarmente in Tunisia²⁶.

416 *bis* c.p., la preoccupante crescita ed il radicamento in Italia, in particolare al Sud, delle organizzazioni criminali nigeriane dotate di tutti i tratti tipici delle mafie autoctone (strutturazione verticistica, modalità e riti di affiliazione, contribuzione economica degli affiliati, distinzione e distribuzione di ruoli, assoggettamento omertoso e forte vincolo associativo). Tra le organizzazioni più note vi sono i *cults* EIYE e Black Axe. Per approfondimenti: Palmisano L., *Ascia nera. La brutale intelligenza della mafia nigeriana*, Fandango libri, 2019.

22. Un evento significativo, con riferimento alla tratta delle giovani donne nigeriane, è stato l'Editto del 9 marzo 2018 dell'Oba di Benin City, Eware II, la massima Autorità religiosa del luogo, che ha convocato tutti i sacerdoti della Regione e ha revocato tutti i riti di giuramento pronunciati dalle ragazze, obbligando i *native doctors* a non praticarne più e lanciando una maledizione su coloro che avessero favorito la tratta degli esseri umani attraverso l'uso di queste pratiche. L'Editto ha sicuramente modificato alcuni equilibri, sebbene resti ancora da chiarire la portata delle conseguenze che ne sono derivate.

23. Nel 2017 le donne provenienti dalla Nigeria e giunte via mare sono state circa 5.400, nel 2018 324 (dati UNHCR).

24. Per un'analisi dei flussi migratori verso l'Europa lungo le principali rotte e in particolare quella Mediterranea, si vedano i Rapporti pubblicati annualmente da UNHCR, *Desperate journeys*. L'ultimo, relativo ai primi nove mesi del 2019, si sofferma sui minori giunti nei primi 9 mesi del corrente anno, <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/71703>.

25. Al 31 ottobre 2019, delle circa 9.500 persone arrivate via mare in Italia, una proporzione pari all'11,3% è rappresentata dalle persone provenienti dalla Costa D'Avorio, terzo Paese dopo la Tunisia (28,5%) e il Pakistan (12,1%). Dati UNHCR.

26. Secondo il recente rapporto dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, *Vittime di tratta nella rotta del Mediterraneo centrale: focus sulle donne provenienti dalla Costa d'Avorio, dalla tratta in Tunisia al rischio di re-trafficking in Italia*, pubblicato il 18 ottobre 2019, si tratta di situazioni in cui il reclutamento avverrebbe mediante la falsa promessa di un lavoro in Europa ed il viaggio, spesso via aerea fino alla Tunisia, sarebbe sponsorizzato dall'organizzazione dei trafficanti. In base alle testimonianze raccolte da OIM, le donne sarebbero costrette a lavorare in abitazioni private in condizioni di schiavitù, subendo anche abusi sessuali, al fine di ripagare il debito del viaggio. L'arrivo in Italia costituirebbe l'esito di una fuga messa in atto dalla vittima per sottrarsi ai propri aguzzini, spesso affidandosi ad altre figure che garantiscono loro l'ultimo tratto fino all'Italia, con

Le persone accolte nei progetti che realizzano il programma unico *ex art.* 18 TU nell'arco dell'ultimo triennio provengono da un'ampia e variegata compagine di Paesi, tra cui quelli di maggior provenienza dei migranti e richiedenti asilo nello stesso periodo di riferimento. In particolare, a conferma di quanto detto, è da rilevarsi un aumento delle persone provenienti dalla Costa D'Avorio²⁷ e di cittadini del Bangladesh e Pakistan, questi ultimi divenuti il quarto e il quinto Paese di provenienza delle vittime di tratta – presumibilmente per scopo di sfruttamento lavorativo – accolte nei progetti di protezione²⁸.

Le forme di sfruttamento che emergono oggi nei diversi contesti sono sempre più diversificate e sempre più spesso sovrapposte, nel senso che le vittime sono impiegate contestualmente in diversi ambiti, in una condizione di sfruttamento multiplo.

Più in generale è un fatto oramai noto che oggi molte delle persone che si muovono lungo le principali rotte migratorie e giungono in Italia, cadono nella rete delle organizzazioni criminali dedite alla tratta non necessariamente sin dalla partenza ma spesso lungo il viaggio o a destinazione. Molteplici fattori contribuiscono a tale circostanza, quali le condizioni di estrema vulnerabilità in cui si trovano alla partenza, l'esposizione alle violenze fisiche e sessuali durante il tragitto, la necessità di pagare il viaggio tramite l'assunzione di debiti sin dalla partenza o rinnovati lungo il transito²⁹.

Oggi più che mai il confine tra il *trafficking* e lo *smuggling*, così come definiti dai rispettivi Protocolli addizionali alla Convenzione delle Nazioni Unite è divenuto labile³⁰, al punto da stimolare riflessioni sull'adeguatezza di tale

un conseguente alto rischio di essere nuovamente vittime di situazioni di sfruttamento. Il numero limitato di persone provenienti dalla Costa D'Avorio formalmente identificate come vittime di tratta non consente di trarre conclusioni definitive rispetto al fenomeno, anche per ciò che attiene lo sfruttamento in Italia. Il Rapporto è consultabile al link: <https://italy.iom.int/sites/default/files/news-documents/BriefingOIMVittimediT tratta.pdf>.

27. Nei primi dieci mesi del 2019 sono state accolte nei progetti anti-tratta 16 persone provenienti dalla costa D'Avorio, pari al 2,73% del totale delle persone accolte (586). Dati Osservatorio Interventi tratta, Numero Verde Anti-tratta, 2019.

28. Delle persone prese in carico dai progetti anti-tratta nel 2019 il 2,39% proviene dal Bangladesh e il 2,05% dal Pakistan. Dati Osservatorio Interventi tratta, Numero Verde Anti-tratta, 2019. Questo dato sembra condurre a considerazioni positive rispetto ad una maggior capacità di tutti i soggetti coinvolti nelle procedure di *referral*, di identificare le vittime di tratta anche con riferimento a contesti di provenienza e ambiti di sfruttamento diversi da quelli a cui tradizionalmente si rivolgevano i servizi anti-tratta.

29. Si segnala, su questo tema un recente studio condotto da ICMPPD, volto ad analizzare l'incidenza del traffico di essere umani tra le persone in movimento lungo le principali rotte migratorie verso l'Europa (Mediterraneo orientale, Mediterraneo centrale e rotta balcanica), i fattori di vulnerabilità e i fattori di resilienza. Il Report *The strenght to carry on*, è il risultato del progetto di ricerca-studio *Study on Trafficking Resilience and en route to Europe (STRIVE)*, www.icmpd.org/fileadmin/ICMPD-Website/2019/STRIVE_Study.pdf.

30. *Lo Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children* delle Nazioni Unite, nel Rapporto del 14 maggio 2018 ha enfatizzato tale aspetto, eviden-

distinzione o comunque sull'opportunità di valutare con altri parametri gli elementi sufficienti per riconoscere misure di protezione alle vittime di tali gravi violazioni dei diritti umani³¹.

In tale contesto, diventa più che mai fondamentale la precoce identificazione delle vittime di tali crimini, al fine di favorire un *referral* ai servizi più adeguati, servizi che non necessariamente e soltanto sono quelli afferenti al sistema anti-tratta, ma che possono offrire assistenza a tali persone in base alle loro esigenze personali specifiche, collegate a eventuali traumi di natura psicologica a violenze o torture subite, a esigenze sanitarie in generale.

3. Le misure adottate dall'Italia per la lotta alla tratta di persone e la protezione delle vittime

3.1. Dalla nascita dell'art. 18 all'attuale quadro normativo. La strategia nazionale

L'Italia, come detto, con l'introduzione dell'art. 18 TU, ha iniziato a sperimentare i primi modelli di intervento per l'assistenza e protezione delle persone vittime di grave sfruttamento immediatamente prima che la comunità internazionale elaborasse la definizione in chiave moderna del *trafficking in persons* ed introducesse le importanti disposizioni che oggi costituiscono il punto di riferimento per l'adozione di efficaci strumenti nella lotta al crimine della tratta e la tutela delle vittime.

Il legislatore italiano al tempo non aveva alcun parametro di carattere internazionale a cui riferirsi, al contrario, come noto, è stato di ispirazione per gli altri Paesi, particolarmente in Europa, prevedendo la possibilità di offrire assistenza e protezione alle vittime dei reati che presupponevano una condizione di sfruttamento e a prescindere dalla collaborazione con le autorità. Si è introdotto, in modo del tutto innovativo, un istituto che ha coniugato le esigenze connesse alla permanenza sul territorio – prevedendo il rilascio di un titolo di soggiorno – a quelle legate al bisogno di protezione e tutela, creando

ziando come «while a clear legal distinction between smuggling and trafficking has been defined in the Protocol to prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially women and children, supplementing the United Convention against Transnational Organized crime, the differences between the two crimes are increasingly blurred in mixed migration movements», https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/HRC_38_45_en.pdf. Sul punto si veda anche Ferrara C., *Prime applicazioni giurisprudenziali in tema di tratta di esseri umani*, «Giustizia insieme», 2019, www.giustiziainsieme.it/it/giurisprudenza-di-merito/750-prime-applicazioni-giurisprudenziali-in-tema-di-tratta-di-esseri-umani.

31. Nicodemi F., *Le vittime di tratta di persone nel contesto della procedura di riconoscimento della protezione internazionale. Quali misure per un efficace coordinamento tra i sistemi di protezione?*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2017, pp. 25-26, www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it.

di fatto le misure di assistenza che avrebbero inaugurato il sistema anti-tratta italiano.

È pur vero che il carattere sperimentale di tali misure ha subito un prezzo da pagare in termini applicativi: da una parte la norma, per gli aspetti connessi al rilascio dello speciale permesso di soggiorno, ha incontrato – ed incontra tutt’oggi – molteplici problemi applicativi³², dall’altra i programmi di assistenza realizzati dagli enti del pubblico e del privato sociale nella cornice delineata dal regolamento di attuazione del Testo Unico, sono stati per lungo tempo carenti di una loro specifica regolamentazione e di un effettivo coordinamento a livello nazionale³³.

Le norme che sono state introdotte negli anni successivi hanno avuto lo scopo di recepire le Convenzioni internazionali³⁴ e le Direttive europee³⁵ in materia e dunque di dare attuazione ai principi ivi sanciti³⁶. *In primis* la legge 11 agosto 2003 n. 228, recante misure contro la tratta di persone³⁷, che ha recepito le disposizioni del Protocollo delle Nazioni Unite e successivamente il D.L. 4 marzo 2014 n. 24 che, nel tentativo di trasporre la Direttiva 2011/36/UE, ha introdotto alcune previsioni e misure specifiche aggiornando il quadro esistente.

32. Il paragrafo non intende entrare nel merito dell’analisi della norma e delle problematiche applicative della stessa, già esaurientemente esaminate. A tal riguardo si vedano Nicodemi F., *La tutela delle vittime di tratta di persone in Italia oggi. Riflessioni sulla capacità di risposta del sistema italiano alle vittime del trafficking rispetto alle evoluzioni del fenomeno*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2015; Ferrero M., “Prime note sulla normativa italiana per la protezione delle vittime di tratta e grave sfruttamento dopo l’attuazione della Direttiva 2009/52/CE”, in Forlati S. (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Jovene, 2013; Nicodemi F., “L’applicazione dell’art. 18 Testo Unico Immigrazione. Criticità e prospettive”, in Fachile S., Nicodemi F., Conti Nibali M., Alteri G. (a cura di), *La tratta di persone in Italia*, Collana On The Road, FrancoAngeli, 2007.

33. L’art. 25 del d.p.r. 31 agosto 1999 n. 394 ha disciplinato i programmi di assistenza e integrazione sociale di cui all’art. 18 del Teso Unico. Il decreto ministeriale del 23 novembre 1999, emanato ai sensi dell’art. 25 co. 3 lett. c), ha poi indicato i criteri e le modalità per la selezione di tali programmi. In seguito all’introduzione, ad opera del d.lgs. 24/14, del nuovo programma unico di emersione, assistenza e integrazione sociale, è stato adottato il d.p.c.m. 16 maggio 2016 che ne ha disciplinato contenuti e modalità di attuazione.

34. Protocollo addizionale sulla tratta alla Convenzione delle Nazioni Unite sulla criminalità organizzata transnazionale, nella Convenzione del Consiglio d’Europa sulla lotta contro la tratta del 2005.

35. Direttive 2004/81/CE e 2011/36/UE.

36. Per un *excursus* della normativa in materia di tratta si veda Carchedi F., Saliceti F., “Excursus normativo sulla tratta a scopo di sfruttamento sessuale e lavorativo”, in Carchedi F., Galati M. (a cura di), *Persone annullate*, Rubettino, 2019, p. 261.

37. La legge 228/03, oltre a modificare gli artt. 600, 601 e 602 c.p., ha creato il Fondo per le misure anti-tratta ed ha previsto ulteriori programmi di assistenza rivolti alle vittime di tali reati.

Sebbene con tale ultimo intervento normativo si sia contribuito al miglioramento del sistema, introducendo norme rilevanti e maggiormente in linea con le disposizioni europee ed internazionali³⁸, non si è colto a pieno l'opportunità di creare finalmente un contesto normativo omogeneo e sistematico che adottasse l'approccio olistico delle fonti sovranazionali, con ciò sfuggendo l'occasione per introdurre gli importanti principi ivi stabiliti.

Tra questi, in particolare, il principio della precoce identificazione e della conseguente opportunità di riconoscere assistenza sin da quando si ha il ragionevole dubbio che la persona sia vittima di tratta, con il conseguente riconoscimento del diritto al periodo di recupero e riflessione³⁹, quello secondo cui l'assistenza deve essere riconosciuta a prescindere dalla collaborazione della vittima (principio in effetti insito nell'art. 18 ma mai sufficientemente esplicitato in una norma di fonte primaria), il principio dell'irrelevanza del consenso della vittima ai fini della configurazione del reato di tratta, l'aspetto del consenso informato, a cui sottendono una serie di possibili misure che potrebbero e dovrebbero essere implementate.

Per quanto riguarda le possibili connessioni con la protezione internazionale, a fronte delle menzionate evoluzioni fenomenologiche e della necessità di favorire un coordinamento tra i due sistemi, riconoscendo alle vittime di tratta bisognose di protezione internazionale adeguata assistenza e protezione, il legislatore italiano, nell'intento di recepire le Direttive europee in materia di asilo, ha introdotto, nel corso degli ultimi anni, specifiche norme volte ad includere le vittime di tratta tra le persone portatrici di esigenze specifiche, con le relative conseguenze anche nell'ambito del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale e per ciò che riguarda i percorsi di accoglienza specificamente dedicati⁴⁰.

Sotto quest'ultimo profilo, il d.lgs. 24/14 ha introdotto norme di rilievo, disponendo, all'art. 10 co. 1, che le amministrazioni competenti individuassero

38. Il d.lgs. 24/14 ha introdotto, tra le altre cose, specifiche misure a tutela dei minori vittime di tratta (art. 4), disposizioni per la formazione continua a cura delle Amministrazioni competenti (art. 5), l'unificazione dei programmi disciplinati rispettivamente dall'art. 18 d.lgs. 286/98 e dall'art. 13 l. 228/03 (art. 8) mediante l'introduzione del programma unico di "emersione, assistenza e integrazione sociale", l'adozione del Piano Nazionale di azione contro la tratta (art. 9) e norme di coordinamento con il sistema della protezione internazionale (art. 10).

39. Art. 6 della Direttiva 2004/81/CE e art. 13 della Convenzione del Consiglio d'Europa del 2005.

40. In particolare, il d.lgs. 18/14, in recepimento della Direttiva 2011/95/UE, ha inserito le vittime di tratta tra i soggetti qualificati come vulnerabili espressamente elencati nell'art. 19 co. 2 del d.lgs. 251/07 e il d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142, ha recepito tanto la Direttiva 2013/33/UE relativa all'accoglienza quanto la Direttiva 2013/32/UE sulle procedure, introducendo alcune modifiche di rilievo sotto entrambi i profili (art. 2 d.lgs. 25/08 e art. 17 d.lgs. 142/15). Si rinvia, per un'analisi di tale quadro normativo a: Nicodemi F., *Le vittime di tratta di persone...., op. cit.*

misure di coordinamento tra le attività istituzionali di rispettiva competenza e introducendo, al co. 3 dello stesso articolo, la disposizione relativa alla possibile trasmissione da parte della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale degli atti al questore «per le valutazioni di competenza» ove, nel corso dell'istruttoria, emergano «fondati motivi per ritenere che il richiedente è stato vittima dei delitti di cui agli articoli 600 e 601 del codice penale»⁴¹.

Nel recente passato si è assistito all'introduzione di ulteriori norme che, seppur non direttamente volte a disciplinare la materia della tratta, hanno avuto ed hanno un impatto più o meno immediato sui diritti delle persone che vivono vicende di tratta e sfruttamento⁴².

Le recenti norme introdotte dal decreto legge 113 del 4 ottobre 2018, convertito in legge 1 dicembre 2018 n. 132, hanno comportato alcune modifiche suscettibili, in modo più o meno diretto, di creare una compressione dei diritti delle persone maggiormente vulnerabili e tra queste le vittime di tratta o le persone a rischio di divenirlo⁴³. In particolare, l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari è suscettibile di avere conseguenze pregiudizievoli nei casi in cui l'esame di una domanda di protezione internazionale di persone vittime di tratta o a rischio di divenirlo, non possa condurre, per i noti motivi connessi alla difficoltà di emersione e di identificazione nell'ambito della procedura di asilo, al riconoscimento né di una forma di protezione internazionale né ad una decisione di trasmissione degli atti al questore *ex art.* 32 co. 3-*bis* d.lgs. 25/08. L'assenza dello strumento prima contenuto nell'art. 5 co. 6 TU è suscettibile dunque di creare un vuoto per l'effettiva protezione delle persone vulnerabili, tra cui le vittime di tratta, ove non correttamente identificate.

In seguito a tale abrogazione, il permesso di soggiorno rilasciato ai sensi dell'art. 18 d.lgs. 286/98, in virtù di quanto stabilito dal comma 4, così come

41. La norma è il frutto della volontà di recepire la Direttiva 2011/36/UE in linea con le considerazioni espresse sulla Direttiva stessa dalle organizzazioni delle Nazioni Unite (OHCHR, UNHCR, UNODC UnWomen, Unicef, ILO) nel documento *Joint Un Commentary on the EU Directive. An Human Rights-Based Approach*, 2011, www.unodc.org/documents/human-trafficking/2011/UN_Commentary_EU_Trafficking_Directive_2011.pdf.

42. Tra queste la legge 7 aprile 2017 n. 47, recante disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati che, tra le altre cose ha previsto all'art. 17 specifici programmi di assistenza per i minori vittime di tratta e la legge n. 199 del 20 ottobre 2016 che ha modificato l'art. 603 *bis* del c.p. rendendo punibile anche il semplice utilizzo dei lavoratori in condizione di sfruttamento. Per un'analisi della nuova normativa in materia si veda, tra gli altri, Stoppioni C., *Intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo: prime applicazioni dell'art. 603 bis c.p.*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2019.

43. Sul punto si veda la nota di UNHCR al d.lgs. 113/18 contenente commenti e raccomandazioni, www.unhcr.it/wp-content/uploads/2018/10/Nota-tecnica-su-Decreto-legge-FINAL_REV_DRAFT1_V2.pdf.

modificato dallo stesso decreto legge, reca oggi la dicitura “casi speciali”, analogamente ai permessi rilasciati ai sensi dell’art. 22 co. 12-*quater* e art. 18-*bis* TU. La scelta del legislatore, seppur afferente a una variazione solo nominativa, sembra non considerare il rischio di una “targetizzazione” dei beneficiari di tale titolo di soggiorno, accomunati da storie di violenze e sfruttamento che costituiscono i presupposti alla base del rilascio del permesso di soggiorno ma rispetto alle quali si pone una questione di riservatezza e di sicurezza personale.

Le modifiche introdotte dal decreto 2018 relative all’accoglienza sono anch’esse suscettibili di avere conseguenze di diversa natura sulle vittime di tratta: in primo luogo è verosimile ritenere che l’esclusione dei richiedenti protezione internazionale dalle nuove misure di accoglienza facenti capo al servizio SIPROIMI⁴⁴ incida negativamente sulla possibilità di identificare correttamente e precocemente le vittime di tratta, accolte esclusivamente nei centri temporanei (CAS), oggi ancor più di ieri sforniti di risorse sufficienti per l’erogazione di servizi adeguati alle esigenze delle persone vulnerabili⁴⁵. Le preoccupazioni attengono in particolare alla inadeguatezza dei contesti di accoglienza, tale da non consentire la prevenzione di situazioni di sfruttamento sul territorio e l’attivazione di adeguati meccanismi di *referral* con i servizi anti-tratta per un’adeguata protezione delle vittime.

D’altro canto, la previsione che include i titolari di permesso di soggiorno ai sensi dell’art. 18 d.lgs. 286/98 – nonché relativamente alle categorie affini, dei permessi di cui agli artt. 18-*bis* e 22 co. 12-*quater* del medesimo Testo Unico – tra coloro che possono usufruire delle misure di accoglienza afferenti il SIPROIMI, può avere un impatto positivo sui diritti delle persone interessate. Ciò tuttavia presuppone una regolamentazione che fornisca di senso la compresenza di tali misure di accoglienza con quelle che già esistono e che fanno capo ai progetti accreditati presso il Dipartimento per le Pari Opportunità, queste ultime peraltro dotate di personale specializzato e di modalità tarate sulle esigenze dei beneficiari, *in primis* per ciò che concerne la protezione e la sicurezza di questi.

Destano preoccupazione, infine, le nuove disposizioni introdotte dal c.d. decreto sicurezza in materia di trattenimento⁴⁶ e di procedure accelerate⁴⁷, destinate a comportare una limitazione dei diritti in particolare dei vulnerabili, dove non precocemente identificati. Analogamente la norma introdotta dallo

44. L’art. 12 del D.L. 113/18 ha stabilito che potranno accedere al Servizio SIPROIMI solo i titolari di protezione internazionale e minori stranieri non accompagnati, nonché le persone titolari di determinati permessi di soggiorno, tra cui quelli rilasciati ai sensi dell’art. 18 e 22 co. 12 *quater* TU.

45. Con D.M. 20 novembre 2018 è stato adottato lo schema di capitolato di gara d’appalto per la fornitura di beni e servizi da garantirsi nei centri di cui agli artt. 9 e 11 del d.lgs. 142/15.

46. Art. 3 D.L. 113/18.

47. Art. 9 co. 1 lett. b) D.L. 113/18.

stesso decreto e contenuta nell'art. 29-bis d.lgs. 25/08⁴⁸, relativa alla possibile inammissibilità delle domande reiterate in fase di esecuzione del provvedimento di allontanamento, rischia di comportare serio pregiudizio alle vittime che, all'interno dei centri di permanenza per i rimpatri, non potendo accedere ad un colloquio approfondito con operatori qualificati, non hanno la possibilità di far emergere la loro reale condizione, venendo conseguentemente rimpatriate ed essendo esposte, in molti casi, al *re-trafficking*⁴⁹.

Con riferimento alle misure adottate nel corso degli anni dal Governo italiano, nella definizione di una strategia nazionale d'intervento per la lotta alla tratta, un passaggio importante è stato rappresentato dall'adozione, nel febbraio 2016, del primo Piano Nazionale di azione contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani per gli anni 2016-2018⁵⁰, strumento volto a definire azioni di sistema finalizzate alla prevenzione, persecuzione della tratta di persone, protezione e assistenza delle vittime e cooperazione con i Paesi di origine⁵¹. Come indicato nel Piano di azione stesso, obiettivo strategico è quello di migliorare la risposta nazionale al fenomeno nonché, sotto un profilo operativo, definire una politica nazionale di intervento coordinata e sistemica, capace di convogliare tutte le amministrazioni potenzialmente interessate a livello centrale e locale. In tale ultimo senso la Cabina di Regia, creata nell'ambito del Piano Nazionale con lo scopo di costituire il contesto di coordinamento centrale per la definizione degli indirizzi di programmazione, con il coinvolgimento di tutte le amministrazioni centrali dei rappresentanti degli enti locali, ha avuto il merito di inaugurare una *governance* ispirata ad un approccio multi-agenzia.

Le azioni individuate nel Piano Nazionale hanno coperto molteplici livelli di intervento, prevedendo opportunamente misure volte a perseguire contestualmente e con un approccio integrato l'aspetto repressivo, preventivo e di

48. Art. 9 co. 1, lett. d) D.L. 113/18. Sul punto merita ricordare la giurisprudenza relativa alla necessità che la valutazione sull'eventuale inammissibilità sia esperita dalla Commissione territoriale e non dalla questura (tra le altre si veda Tribunale di Roma, decreto del 25.11.19, il quale peraltro si è pronunciato su un caso relativo al trattenimento di una giovane donna nigeriana).

49. Si ricorda, peraltro, che l'art. 7 co. 5 d.lgs. 142/15 prevede che non possano essere trattenuti nei centri di permanenza per i rimpatri i richiedenti le cui condizioni di salute o di vulnerabilità ai sensi dell'art. 17 del decreto stesso sono incompatibili con il trattenimento.

50. Il *Piano di azione nazionale contro la tratta e il grave sfruttamento*, è stato adottato il 26 febbraio 2016 per il triennio 2016-2018, www.pariopportunita.gov.it/wp-content/uploads/2017/12/Piano-nazionale-di-azione-contro-la-tratta-e-il-grave-sfruttamento-2016-2018.pdf. Con decreto del 9 aprile 2019 è stata ricostituita la Cabina di regia anche al fine di predisporre il Piano Nazionale per il triennio 2019-21.

51. Gli obiettivi strategici hanno tenuto conto delle priorità definite nella Strategia dell'UE per l'eradicazione della tratta degli esseri umani (2012-2016), adottata a Bruxelles il 19.6.2012, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0286&from=IT>.

protezione delle vittime. Un effettivo bilancio delle azioni che, a conclusione del triennio, sono state effettivamente poste in essere è reso particolarmente difficile dall'assenza, come opportunamente rilevato dal GRETA⁵², di un Relatore Nazionale indipendente con esplicita funzione di monitoraggio relativamente agli sforzi intrapresi e all'effettività delle azioni messe in campo⁵³. Sepur nell'ottica dell'implementazione delle disposizioni della Convenzione del Consiglio d'Europa, il secondo Rapporto di valutazione pubblicato da GRETA nel 2019 costituisce una prospettiva di lettura utile in tal senso, avendo rilevato da una parte i progressi ottenuti dal Governo italiano rispetto alla prima valutazione effettuata nel 2013-14⁵⁴ e dall'altra le carenze del sistema tutt'oggi esistenti.

Tra gli interventi apprezzati dal Gruppo di esperti vi sono le attività di formazione multi-agenzia svolte con il supporto del Dipartimento Pari Opportunità⁵⁵, la miglior sistematizzazione del sistema nazionale anti-tratta mediante la disposizione del programma unico di emersione, assistenza e integrazione sociale, l'aumento in termini quantitativi e temporali dei fondi dedicati ai progetti stessi e i progressi relativi alle vittime di tratta bisognose di protezione internazionale.

D'altro canto l'organismo di monitoraggio ha rilevato i persistenti limiti del sistema italiano, manchevole di alcune misure che possano realmente rispondere agli obblighi imposti agli Stati dalla Convenzione stessa.

Si sono dunque evidenziate le iniziative che l'Italia dovrebbe assumere con carattere di priorità. In particolare il Gruppo di esperti ha ritenuto di dare particolare risalto alla necessità di rafforzare le misure volte all'identificazione ed all'assistenza delle vittime di tratta a scopo di sfruttamento lavorativo e ai

52. Il Gruppo di esperti sulla lotta contro la tratta di esseri umani (GRETA), è stato istituito dalla Convenzione del Consiglio d'Europa del 2005 ed è incaricato di vigilare sull'attuazione della Convenzione da parte degli Stati Parti.

53. Il GRETA, nel secondo Rapporto di valutazione sullo stato di implementazione dell'Italia della Convenzione del Consiglio d'Europa, ha rilevato come la scelta del legislatore, in sede di adozione del d.lgs. 24/14, di attribuire al Dipartimento per le Pari Opportunità il ruolo di meccanismo equivalente al Relatore Nazionale, non sia in linea con quanto previsto dall'art. 29 della Convenzione del Consiglio d'Europa, che ha distinto il ruolo di coordinamento nazionale degli interventi da quello dello Special Rapporteur. Si veda, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Italy – Second Evaluation Round*, 2019, pp. 11-12, <https://rm.coe.int/greta-2018-28-fgr-ita/168091f627>.

54. Il primo Rapporto di valutazione sull'Italia del GRETA è stato pubblicato il 22 settembre 2014 <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680631cc1>.

55. Tra queste la formazione svolta con OSCE nell'ambito del progetto “*Combating human trafficking along migration routes*”, modello innovativo di formazione multi-agenzia realizzato mediante il metodo della simulazione che nel 2018 è stata realizzata in Italia e rivolta a forze dell'ordine, Procuratori, avvocati, Ispettori del Lavoro e operatori dei Servizi pubblici e del privato sociale.

minori ed ha evidenziato la necessità di adottare ulteriori misure per migliorare l'identificazione delle vittime di tratta (in particolare per i casi diversi dallo sfruttamento sessuale), introducendo un Meccanismo nazionale di *referral* che definisca le procedure e i ruoli di tutti gli attori che potenzialmente possono entrare in contatto con le vittime di tratta.

3.2. *Le misure di assistenza e sostegno alle vittime di tratta nell'odierno contesto dei flussi migratori misti. I meccanismi di referral*

Nel corso degli ultimi anni, a fronte delle mutazioni fenomenologiche sopra descritte, si è reso necessario adattare le misure di assistenza in favore delle vittime di tratta rivedendo gli ambiti di intervento alla luce dei contesti di emersione e delle peculiarità delle situazioni personali delle vittime stesse nell'ambito dei flussi migratori misti. In particolare, si è compresa la necessità di implementare i meccanismi per una precoce identificazione delle vittime, divenuta più che mai una sfida complessa a causa di diversi fattori, connessi in primo luogo ai nuovi contesti di emersione (in particolare centri di accoglienza per richiedenti e beneficiari di protezione internazionali e Commissioni territoriali), inizialmente sforniti di strumenti e di procedure appropriati.

Si è resa sin da subito evidente la necessità di mettere in campo in un contesto più ampio, comprensivo del sistema della protezione internazionale, strumenti efficaci per garantire una precoce identificazione e conseguentemente un'adeguata tutela alle vittime, tanto sotto il profilo della formazione di tutti i soggetti coinvolti nella c.d. "identificazione preliminare", quanto sotto il profilo della predisposizione di meccanismi di *referral* che favorissero il coordinamento tra i nuovi attori coinvolti e gli enti specializzati nell'assistenza alle vittime di tratta⁵⁶.

Nel 2016, UNHCR e la Commissione Nazionale per il Diritto di Asilo hanno avviato il progetto "Meccanismi di coordinamento per le vittime di tratta", avente lo scopo di dare attuazione alla norma contenuta nell'art. 10 del d.lgs. 24/14 e dunque di favorire la creazione di strumenti di coordinamento tra i sistemi della protezione internazionale e della protezione delle vittime di tratta e di meccanismi standardizzati di *referral*⁵⁷.

Le Linee Guida rivolte alle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale su "*L'identificazione delle vittime di tratta tra*

56. Nicodemi F., *Le vittime di tratta di persone...*, op. cit.

57. Il progetto è nato sulla scorta di un processo di osservazione svolto nelle Commissioni Territoriali, nel corso degli anni precedenti, della presenza crescente di potenziali vittime di tratta tra i richiedenti asilo e di una sperimentazione, promossa da UNHCR e avviata dalle stesse Commissioni, volta a favorire meccanismi di *referral*.

*i richiedenti protezione internazionale e procedure di referral*⁵⁸, nello sviluppare Procedure Operative Standard volte a favorire la precoce identificazione delle vittime tra i richiedenti e la segnalazione agli enti che realizzano il programma unico ex art. 18 d.lgs. 286/98, hanno costituito un modello replicabile anche in altri contesti, tanto per gli “indicatori di tratta” ivi contenuti, suscettibili di costituire un valido strumento per una precoce identificazione sin dal momento dell’arrivo sul territorio e in accoglienza, quanto per le procedure di segnalazione che possono essere – ed in effetti lo sono state – adottate anche in contesti diversi da quello del procedimento in Commissione⁵⁹.

Nel corso dell’ultimo triennio si è assistito ad un notevole incremento delle segnalazioni da parte delle Commissioni territoriali. Tale circostanza emerge in primo luogo dai dati forniti dal Numero Verde Nazionale Anti-tratta⁶⁰ che ha monitorato, tra le altre cose, i dati relativi ai “soggetti segnalanti” ossia a coloro che, grazie alla segnalazione ai servizi specializzati, hanno favorito l’emersione della vicenda di tratta riguardante le vittime poi accolte nei progetti anti-tratta. Tra essi, le Commissioni territoriali figurano come ente segnalante per un numero di casi gradualmente ed esponenzialmente crescente, dal 3,99% nel 2016 al 23,89% nel 2019.

Anche nell’ambito dell’accoglienza, il numero delle persone segnalate in tale contesto (CAS ed ex-SPRAR) nell’arco temporale di riferimento costituisce una percentuale piuttosto importante se comparata a quelle relative ad altri soggetti segnalanti (forze di polizia, servizi socio-sanitari, privati cittadini ed altri)⁶¹.

Tali dati si limitano alle persone che, in seguito alla segnalazione, hanno fatto ingresso nei progetti che realizzano il programma unico ai sensi dell’art. 18.

Più in generale, un’analisi svolta dalla prospettiva delle Commissioni territoriali, che dunque consente di avere dati relativi alle possibili vittime di tratta tra i richiedenti anche nei casi in cui non siano state prese in carico dagli enti anti-tratta, è suscettibile di condurre a considerazioni analoghe sotto il profilo dell’esponenziale incremento di segnalazioni da parte delle autorità asilo agli enti specializzati nell’assistenza alle vittime di tratta.

58. Le Linee Guida sono consultabili sul sito di UNHCR: www.unhcr.it/wp-content/uploads/2018/02/Linee-Guida-identificazione-vittime-di-tratta.pdf.

59. Le Linee Guida sono state considerate dagli esperti e dagli organismi internazionali una *best practice* per l’effettiva tutela delle vittime di tratta. Si veda il Report dello Special Rapporteur per la tratta presentato il 14 maggio 2018 all’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/HRC_38_45_en.pdf; il Report del Dipartimento di Stato degli Stati Uniti del 2018, www.state.gov/documents/organization/282801.pdf; il Report di GRETA, <https://rm.coe.int/greta-2018-28-fgr-ita/168091f627>.

60. I dati forniti dal Numero Verde Anti-tratta sono relativi al periodo 2017-2019, per questo ultimo anno limitatamente ai primi dieci mesi del 2019.

61. Tale percentuale ha oscillato tra l’11,7% e il 13,8%.

Dai dati raccolti nell'ambito del progetto *Meccanismi di coordinamento per le vittime di tratta*⁶², emerge che nel 2018 oltre 5000 persone⁶³ sono state segnalate dalle Commissioni territoriali nell'ambito della procedura di riconoscimento della protezione internazionale, con ciò dimostrando un aumento nella capacità di pre-identificazione delle vittime da parte delle Commissioni territoriali⁶⁴. Inoltre, l'aumento di segnalazioni di presunte vittime di tratta a scopo di sfruttamento lavorativo⁶⁵ consente di ritenere che le Autorità competenti per l'esame della domanda di protezione internazionale stanno acquisendo sempre maggiori conoscenze del fenomeno in tutte le sue sfaccettature e una sempre maggior capacità di intercettare gli indicatori di tratta così come indicati nelle Linee Guida⁶⁶.

Le procedure di *referral*, formalizzate nella maggior parte dei casi mediante Protocolli di Intesa⁶⁷, sono oggi adottate da tutte le Commissioni territoriali.

Stanno inoltre gradualmente aumentando le prassi locali, del tutto opportune nell'ottica della precoce identificazione, volte ad anticipare tali procedure alla fase precedente l'intervista in Commissione e dunque nel corso dell'accoglienza delle persone richiedenti asilo possibili vittime di tratta.

Meritano di essere segnalate, inoltre, prassi virtuose, formalizzate e non, sviluppate da alcune sezioni specializzate di Tribunale e volte alla predisposizione di procedure di *referral* da adottarsi nell'ambito del procedimento giurisdizionale avverso le decisioni delle Commissioni territoriali⁶⁸.

62. Nell'ambito del progetto, nel 2017 e 2018 è stata svolta un'attività di monitoraggio dei dati volta a comprendere l'impatto delle Procedure Operative Standard delineate nelle Linee Guida.

63. Tra queste il 94,44% erano possibili vittime di tratta a scopo di sfruttamento sessuale, il 4,96% per sfruttamento lavorativo e lo 0,6% in altri ambiti (accattonaggio e attività illecite). La maggioranza delle vittime pre-identificate sono donne provenienti dalla Nigeria (85,23%), ma stanno gradualmente aumentando i casi di identificazione di possibili vittime provenienti da altri Paesi, in particolare Costa D'Avorio (4,43) Bangladesh (1,68%), Camerun (1,62%), Gambia (1,25%), Senegal (1,21%), Ghana (0,91%), Guinea (0,71%), Mali (0,55%), Somalia (0,30%) and Pakistan (0,20%).

64. Il monitoraggio svolto con riferimento all'anno precedente aveva evidenziato un numero inferiore di vittime identificate, pari a 2600 circa, dato comunque assunto mediante la raccolta dati di 27 Commissioni territoriali e dunque solo di una parte di esse.

65. Dai dati ottenuti in seguito al monitoraggio condotto nell'ambito del progetto UNHCR/Commissione Nazionale, risulta che nel 2017 le presunte vittime di tratta a scopo di sfruttamento lavorativo costituissero una percentuale pari al 2,76%, mentre nel 2018 la percentuale risulta del 4,96%.

66. Nell'ambito della prossima revisione delle Linee Guida tali indicatori saranno ulteriormente aggiornati, anche in relazione alle diverse tipologie di sfruttamento.

67. Ad oggi sono stati sottoscritti 30 Protocolli d'Intesa tra le Commissioni territoriali e i singoli progetti che realizzano il programma unico *ex art.* 18 TU.

68. Attualmente risultano sottoscritti due Protocolli ossia quello tra il Tribunale di Catanzaro, sezione specializzata per la protezione internazionale e la Regione Calabria, capofila del progetto anti-tratta INCIPIT e quello tra il Tribunale di Roma e gli enti attuatori del progetto a titolarità della Regione Lazio. Procedure di *referral* sono state sviluppate e sperimentate anche dal Tribunale di Firenze.

L'ampia applicazione di tali procedure ha una duplice ricaduta, poiché da un lato favorisce l'invio di un sempre maggior numero di persone ai servizi anti-tratta e dunque dove possibile il loro ingresso nel programma di protezione e dall'altro consente alle Commissioni di valutare la domanda di protezione internazionale sulla base di elementi relativi a vicende di tratta che diversamente non sarebbero emerse e che possono condurre, ove sussistano i presupposti stabiliti dalla Convenzione di Ginevra del 1951, al riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Persistono allo stato le difficoltà di tutti gli operatori e tra essi anche di quelli afferenti il contesto asilo, di identificare prontamente le vittime e coloro che sono a rischio di divenirlo. Tali difficoltà sono strettamente correlate ai fattori identificanti tale mutevole fenomeno: la notevole mobilità sul territorio delle vittime, la loro condizione personale e psicologica – considerando le violenze subite in transito dalla quasi totalità e le frequenti gravidanze che ne derivano – la scarsa percezione della loro condizione ma contestualmente la consapevolezza di una rete troppo fitta per consentire di sottrarsi dall'obbligo di restituire il debito. Tali circostanze comportano le note resistenze delle persone nel condividere la loro intera vicenda di tratta, nell'affidarsi alle autorità italiane ma anche agli stessi servizi specializzati e dunque nel riuscire a sganciarsi dai trafficanti che le controllano e impongono loro il contenuto delle storie da riferire in Commissione a fondamento della loro domanda di protezione internazionale.

Tali difficoltà comportano la necessità di monitorare costantemente il fenomeno e adattare le procedure di *referral* alle esigenze che di volta in volta emergono ed anche alle singole situazioni dei richiedenti⁶⁹.

3.3. *L'attuale convivenza tra protezione sociale ex art. 18 e protezione internazionale*

L'attuale contesto, modificatosi nel corso degli ultimi anni nei termini sopra detti, induce a configurare un duplice percorso di protezione delle vittime di tratta per ciò che riguarda lo *status* giuridico che può essere loro riconosciuto.

La possibilità di riconoscere alle vittime di tratta, dove ve ne siano i presupposti, la protezione internazionale⁷⁰, è un fatto oramai riconosciuto, tanto

69. In quest'ottica, l'attività, condotta negli ultimi anni nell'ambito del progetto svolto da UNHCR con la Commissione Nazionale, di *roll-out* delle Linee Guida e di monitoraggio delle prassi presso le Commissioni ha avuto ed ha lo scopo di verificare l'efficacia delle Procedure Operative Standard delineate nelle stesse Linee Guida, rilevando le principali criticità e consentendo di avviare un lavoro di aggiornamento e revisione del manuale stesso che attualmente è in fase di finalizzazione.

70. Si ricorda che le Linee Guida di UNHCR n. 7 del 2006 relative all'applicazione dell'art. 1 A (2) della Convenzione del 1951 hanno chiarito gli elementi che devono

che in termini numerici nel corso degli ultimi anni vi è stato un numero gradualmente crescente di domande di protezione internazionale, in particolare per quel che riguarda le donne provenienti dalla Nigeria, a discapito delle domande di rilascio di permesso ai sensi dell'art. 18 d.lgs. 286/98 (oggi "casi speciali"), titolo oggi rilasciato in un numero particolarmente esiguo di casi⁷¹.

Le motivazioni sono riconducibili a diversi fattori, in parte connessi alle evoluzioni del fenomeno già dette, in parte ai limiti strutturali e applicativi della norma contenuta nell'art. 18, di per sé già meno "attraente" per la durata del permesso di soggiorno e per le problematiche relative al rilascio ed al rinnovo del titolo.

Inoltre la necessaria adesione al programma unico di cui all'art. 18, quale presupposto per il rilascio del titolo stesso, ha indubbiamente costituito e costituisce oggi un elemento che contribuisce a rendere tale percorso più difficilmente percorribile a fronte della situazione in cui si trovano molte delle vittime di tratta: la scarsa percezione della propria condizione – dovuta anche ad una chiara strategia dell'organizzazione, che opera un controllo meno serrato, talvolta esercitato a distanza o palesato qualche tempo dopo l'arrivo in Italia – rende meno evidente alla persona e talvolta ai servizi stessi l'elemento del pericolo che sottende le misure di protezione nell'ambito dei progetti realizzati ai sensi dell'art. 18 d.lgs. 286/98.

Se dunque da una parte tali circostanze inducono ad una necessaria riflessione sull'adeguatezza delle misure tradizionalmente preposte alla protezione e tutela delle vittime di tratta e dunque sulla necessità di rivedere i presupposti di rilascio del permesso di soggiorno e le metodologie afferenti gli interventi erogati nell'ambito del programma unico, dall'altra il graduale aumento di casi in cui viene riconosciuto lo *status* di rifugiato alle persone identificate quali vittime di tratta⁷² costituisce un elemento positivo, nell'ottica della tutela delle persone vulnerabili bisognose di protezione internazionale.

In tale situazione, di coesistenza delle due forme di protezione, assume particolare valenza la norma di collegamento tra esse, contenuta nell'art. 32

sussistere per il riconoscimento dello *status* di rifugiato alle persone riconosciute vittime di tratta. Si veda, UNHCR, *Linee Guida di protezione internazionale - L'applicazione dell'articolo 1A (2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati alle vittime di tratta e alle persone a rischio di tratta* (www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5513c7834).

71. Dai dati riportati da GRETA nel secondo Rapporto di valutazione sull'Italia, risulta che nel 2017 sono stati rilasciati 419 permessi di soggiorno ai sensi dell'art. 18 d.lgs. 286/98 (316 nel 2016, 228 nel 2015, 265 nel 2014). La conclusione che se ne trae riportando tali dati a quelli afferenti le persone prese in carico dai progetti anti-tratta nel corso dei medesimi anni è di una forte propensione per la richiesta di protezione internazionale a discapito della richiesta di permesso per casi speciali.

72. Dal monitoraggio svolto nell'ambito del progetto "Meccanismi di coordinamento per le vittime di tratta" svolto da UNHCR con la Commissione Nazionale, risulta che dal 2017 al 2018 siano aumentati i casi di persone che, in seguito alla pre-identificazione quali vittime di tratta ed al *referral*, sono state riconosciute rifugiate.

co. 3-bis d.lgs. 25/08, rappresentando uno strumento di ulteriore tutela per le vittime di tratta, che possono veder riconosciuto il proprio diritto a permanere sul territorio anche in assenza dei presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale ove sussistano quelli previsti dall'art. 18 TU. L'ambito applicativo di tale norma tuttavia risulta ad oggi ancora piuttosto limitato⁷³, anche a causa dell'assenza di chiare indicazioni applicative. Da una parte infatti la formulazione adottata dal legislatore, ove fa riferimento alla trasmissione degli atti da parte della Commissione territoriale finalizzata alle «valutazioni di competenza» del questore, non favorisce un'interpretazione univoca della disposizione stessa; dall'altra la procedura sembra necessitare di maggiori chiarimenti sotto il profilo della natura degli atti che la Commissione è chiamata ad inviare e del grado di discrezionalità in capo al questore relativamente all'apertura di un'istruttoria volta al rilascio del permesso di soggiorno.

Sotto il profilo applicativo delle norme relative al possibile riconoscimento della protezione internazionale alle vittime di tratta, nel corso del tempo si è sviluppata ampia giurisprudenza, foriera di spunti interessanti sotto molteplici aspetti⁷⁴. Oltre, in generale, alle questioni connesse all'analisi degli elementi che devono sussistere per il riconoscimento della protezione internazionale alle vittime di tratta⁷⁵, particolare interesse destano quelle pronunce in cui si è riconosciuta la protezione internazionale a persone identificate tardivamente nel corso del procedimento giurisdizionale quali vittime di tratta o in seguito ad una virtuosa procedura di *referral* effettuata in sede di ricorso⁷⁶ ovvero in forza di un'identificazione effettuata dall'autorità giudiziaria pur in assenza di esplicite dichiarazioni della persona ricorrente e dunque solo sulla base di una valutazione degli indicatori di tratta rilevati⁷⁷.

Un altro aspetto meritevole di rilievo è la valutazione di alcuni Tribunali delle dichiarazioni rese nel procedimento dinanzi alla Commissione territoriale da parte di richiedenti presunte vittime di tratta, che avevano reso dichiarazioni apparentemente contraddittorie o parziali proprio in considerazione della propria situazione personale: in tale frangente si è sottolineato come

73. Nel 2018 i casi per cui la Commissione territoriale ha trasmesso gli atti al questore rappresentano il 0,8% delle decisioni assunte nel corso dell'anno.

74. Per un'analisi della giurisprudenza in materia si veda Belluccio D., Minniti L. *La tutela processuale delle donne vittime di tratta*, «Questione giustizia», 12.2.2019, <http://questionegiustizia.it/stampa.php?id=1825>.

75. Si vedano, tra le altre, Tribunale di Bologna 17.7.2019, Tribunale di Trento 17.1.2019, Tribunale di Bari 10.11.2018, Tribunale di Firenze, 22.4.2018, Tribunale di Milano 7.6.2017, Tribunale di Salerno, 14.3.2017, Tribunale di Milano 23.3.2016 e 29.4.2016, Tribunale di Cagliari 6.6.2013.

76. Si vedano Tribunale di Trieste 10.10.2019; Tribunale di Firenze, 22.4.2018, Tribunale di Firenze 14.12.2017, Tribunale di Milano 1.7.2016, Tribunale di Milano 23.3.2016.

77. Tra queste Tribunale di Trieste, 10.10.2019; Tribunale di Messina 23.2.2018, Tribunale di Salerno 2.2.2017, Tribunale di Messina 14.7.2007, Tribunale di Roma, 9.2.2018, Tribunale di Firenze, 24.1.2019, Tribunale di Milano 1.7.2016.

«la difficoltà e la ritrosia a narrare alcuni aspetti del proprio vissuto possono plausibilmente giustificarsi proprio in ragione del timore a esporsi a giudizi e dell'evidente disagio nel rievocare situazioni ed eventi di profonda sofferenza fisica e psicologica»⁷⁸. Alcune pronunce danno opportuno risalto alla valenza del lavoro svolto dai progetti anti-tratta, prima o durante la fase giurisdizionale, finalizzato ad una graduale emersione della reale vicenda di tratta spesso celata nel corso del procedimento dinanzi alla Commissione territoriale⁷⁹.

Meritano infine di essere segnalate alcune pronunce del Tribunale di Firenze che hanno applicato la norma contenuta nell'art. 32 co. 3-bis d.lgs. 25/08, nell'ottica di garantire alle presunte vittime il periodo di riflessione e favorire un ulteriore processo di identificazione, in assenza degli elementi sufficienti per il riconoscimento della protezione internazionale⁸⁰.

4. Le prospettive: quali margini di miglioramento per il sistema nazionale?

L'analisi delle misure adottate nel corso di questo ventennio conduce a considerazioni in definitiva positive sotto il profilo della definizione di una strategia nazionale per la lotta alla tratta di esseri umani. D'altro canto, vi sono ancora oggi margini di miglioramento, tanto per ciò che riguarda la neces-

78. Tribunale Bologna 29.7.2019; il decreto, richiamando alcuni passaggi delle *Linee Guida sull'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale e procedure di referral*, pone particolare enfasi alle difficoltà che le vittime possono avere nella ricostruzione del proprio vissuto; in tal senso si veda anche Tribunale di Bologna 17.7.2019, Tribunale di Trento 17.1.2019, Tribunale di Bari 10.11.2018, Tribunale di Venezia, 27.7.2018.

79. Il Tribunale di Trento, con il decreto del 17.1.2019 con cui ha accolto il ricorso di una donna nigeriana che nell'intervista in Commissione non aveva riferito compiutamente la propria vicenda e che poi ha integrato le proprie dichiarazioni anche grazie alla presa in carico del progetto anti-tratta locale, ha rilevato che «le difformità nelle versioni fornite dalla ricorrente costituiscono integrazioni di quanto raccontato in sede di interrogatorio presso la Commissione, perfettamente credibili in quanto costituiscono il risultato di un percorso finalizzato all'emersione del racconto relativo alla vicenda di tratta cui è stata sottoposta. Sarebbe dunque del tutto errato ritenere che le evidenti differenze dei due racconti costituiscano elementi di contraddittorietà tali da inficiare la valutazione circa la credibilità della richiedente».

80. Tra queste Tribunale di Firenze, ordinanze del 14.12.2017, del 14.9.2018, e del 4.4.2019. Sulla questione si veda Genovese D., *La tutela delle vittime di tratta di fronte alla sezione specializzata in materia di protezione internazionale di Firenze*, «Questione giustizia», 4.5.2018, http://questionegiustizia.it/articolo/la-tutela-delle-vittime-di-tratta-di-fronte-alla-s_04-05-2018.php. Si veda anche Giammarinaro M.G., *L'individuazione precoce delle vulnerabilità alla tratta nel contesto dei flussi migratori misti*, «Questione giustizia», 2/2018, http://questionegiustizia.it/rivista/2018/2/1-individuazione-precoce-delle-vulnerabilita-allatratte-nelcontesto-deiflussi-migratori-misti_539.php.

sità di introdurre ulteriori misure in adempimento agli obblighi sanciti dalle disposizioni sovranazionali, quanto relativamente alla necessità di dare reale applicazione alle norme già esistenti – *in primis* l’art. 18 TU – e di mettere in atto alcune delle azioni definite nel Piano Nazionale anti-tratta.

Sotto il profilo delle misure legislative, persistono ancora oggi alcune carenze che non consentono di ritenere l’ordinamento interno pienamente in linea con i parametri dettati in ambito internazionale ed europeo.

Tra queste, in primo luogo manca una norma che riconosca espressamente il diritto delle vittime di tratta ad usufruire del periodo di recupero e riflessione, previsione particolarmente rilevante a fronte delle menzionate difficoltà nell’identificazione delle vittime stesse.

Ma altrettanto sembrerebbe opportuno introdurre una disposizione che preveda la clausola di non punibilità per le vittime che abbiano commesso reati per esservi state costrette⁸¹, nonché rivedere le norme, del tutto insoddisfacenti, afferenti l’accesso al risarcimento del danno, ivi compreso quello a carico dello Stato⁸². La norma contenuta nell’art. 18 TU, strumento di per sé oggi ancora efficace ma la cui introduzione in un momento storico risalente nel tempo ne ha determinato una graduale scarsa applicazione, potrebbe essere rivista in un’ottica di “aggiornamento”, in risposta alle mutate esigenze delle persone potenzialmente beneficiarie di tale permesso di soggiorno. In primo luogo, dovrebbe inserirsi nella previsione l’esplicito riferimento alla non necessarietà della collaborazione della vittima per l’accesso alle misure di assistenza e sostegno, ivi compreso il rilascio del titolo di soggiorno, con ciò sancendo in una fonte di rango primario uno dei principi cardine delle disposizioni internazionali ed europee in materia⁸³ e dunque superando le attuali resistenze applicative.

Potrebbe inoltre essere opportuno rivedere i requisiti in base ai quali rilasciare il permesso di soggiorno per casi speciali, precisando l’ambito di applicazione dell’elemento del pericolo, sempre più suscettibile di concretizzarsi non necessariamente in Italia – talvolta nel Paese di origine o in Paesi terzi – ma comunque idoneo a comportare la necessità di protezione delle vittime stesse⁸⁴.

Infine, una modifica della norma nell’ottica di estendere la durata del permesso di soggiorno – prevedendo ad esempio una durata iniziale almeno

81. Art. 26 della Convenzione del Consiglio d’Europa e 8 della Direttiva 2011/36/UE.

82. In recepimento a quanto disposto dall’art. 15 della Convenzione del Consiglio d’Europa ma anche dall’art. 17 della Direttiva 2011/36/UE.

83. Art. 11 par. 3 Direttiva 2011/36/UE e art. 14 Convenzione del Consiglio d’Europa.

84. Un’interpretazione dell’art. 18 in questi termini è già oggi possibile grazie alla Circolare n. 300 del 4 agosto 2000 del Ministero dell’interno che ha precisato che nella valutazione del pericolo deve essere tenuto conto anche di eventuali conseguenze dei rischi per l’incolumità personale ai quali potrebbe essere esposta la vittima in seguito al rimpatrio e i suoi familiari nel Paese di origine.

biennale – consentirebbe di favorire la tutela delle persone beneficiarie di tale titolo, garantendo migliori prospettive per un’efficace inclusione nel contesto socio-lavorativo. Questo potrebbe condurre tra l’altro ad un maggior ricorso all’art. 18, con ciò riportando tale istituto alla funzione di strumento primario di tutela dei diritti delle vittime di tratta e grave sfruttamento, in quanto capace di valorizzare il contestuale perseguimento dello scopo repressivo e di protezione delle vittime che ne ha costituito per anni il punto di forza.

Parallelamente, a fronte delle difficoltà riscontrate dagli enti del pubblico e del privato sociale che realizzano il Programma Unico, di offrire percorsi di aiuto, accoglienza e inclusione sociale rispondenti alle esigenze, naturalmente mutate nel tempo, delle vittime di tratta oggi, potrebbe essere avviata una riflessione più ampia sulle metodologie e sugli interventi che possono essere messi in campo fin dal primo approccio con le possibili vittime di tratta. In tal senso, il nuovo Piano Nazionale contro la tratta, che dovrà essere adottato per il triennio 2019-21, potrà individuare azioni specifiche, anche sperimentali, che tengano conto di tali mutate esigenze. In tale ottica dovranno essere rivisti i meccanismi di finanziamento dei progetti che realizzano il programma unico, ancora oggi rispondenti a logiche di Bandi periodici.

In linea generale il nuovo Piano Nazionale sarà chiamato a colmare le carenze tutt’oggi esistenti sotto il profilo delle misure che possono essere adottate per un’efficace lotta alla tratta lungo le quattro Diretrici (azione penale, prevenzione, protezione delle vittime, cooperazione), in un approccio multi-agenzia che tenga conto di tutte le professionalità e le Istituzioni oggi coinvolte nel nuovo contesto di contrasto alla tratta nell’ambito dei flussi migratori misti.

Sotto quest’ultimo profilo, sarebbe opportuno che il nuovo Piano di azione prevedesse azioni specifiche relative all’implementazione delle misure di coordinamento tra i sistemi della protezione internazionale e della protezione sociale in favore delle vittime di tratta, contribuendo alla creazione di un sistema di complementarità tra le due forme di protezione.

Tra queste, in particolare, lo sviluppo di Procedure Operative Standard per la corretta identificazione delle vittime di tratta e il *referral* ai servizi specializzati da applicarsi nei contesti di arrivo, via mare, via terra o via aerea⁸⁵ e di prima e seconda accoglienza dei richiedenti protezione internazionale. Peraltro, stanti le diverse problematiche che caratterizzano le vittime di tratta

85. La necessità di sviluppare misure per la precoce identificazione nei luoghi di arrivo è da tempo caldeggiata dalle organizzazioni internazionali e dagli esperti in materia. Si vedano in particolare: UNHCR, *The 10-point Plan in Action*, chapter 5, www.unhcr.org/the-10-point-plan-in-action.html; OSCE, *From Reception to Recognition: Identifying and Protecting Human Trafficking Victims in Mixed Migration Flows. A Focus on First Identification and Reception Facilities for Refugees and Migrants in the Osce Region*, 2017; Giannamarino M.G., *op. cit.*

oggi, derivanti dalle molteplici violazioni dei diritti umani che spesso esse subiscono alla partenza, in transito e all'arrivo, tali Procedure Operative Standard dovrebbero prevedere, in un'ottica multi-settoriale, attività di *referral* non soltanto ai servizi anti-tratta, ma anche – e talvolta contemporaneamente – ai diversi servizi esistenti per l'assistenza specializzata in base alle esigenze specifiche e a valutazioni delle situazioni individuali (in particolare problematiche afferenti la violenza di genere, i disturbi psichici, mutilazioni genitali ed altro).

Strettamente correlata a questa misura è la continua formazione, da realizzarsi in un approccio multi-agenzia e multi-settoriale, di tutti i soggetti operanti nel sistema della protezione internazionale (operatori dei centri di accoglienza, ivi compresi quelli facenti capo al SIPROIMI, Commissioni territoriali, Unità Dublino, Forze dell'ordine, Uffici Immigrazione e gli altri soggetti che operano nella prima accoglienza dei richiedenti protezione internazionale) volta a migliorare la capacità di pre-identificare le vittime di tratta – con particolare riferimento alle forme di sfruttamento diverse da quello sessuale ed alle vulnerabilità multiple – ulteriormente favorendo adeguate procedure di *referral*.

Per ciò che attiene l'accoglienza, sembra necessario adottare misure specifiche volte a favorire una precoce identificazione delle vittime in tale contesto e a migliorare la qualità dei servizi ad esse dedicati. Sotto il primo profilo dovrebbero realizzarsi strutture di accoglienza – gestite da operatori qualificati e specializzati – per richiedenti protezione internazionale che siano “presunte” vittime di tratta, nell'ambito delle quali svolgere con i tempi opportuni e rispondenti alle esigenze di ciascuna singola persona un lavoro di graduale acquisizione di fiducia volto all'emersione e in cui attivare con la dovuta prontezza le opportune procedure di *referral*⁸⁶.

L'anticipazione di tali misure avrebbe sicuramente ricadute positive in termini di prevenzione al fenomeno dello sfruttamento in Italia, sfavorendo quel contatto con la rete degli sfruttatori che spesso avviene proprio nella fase dell'accoglienza.

Inoltre, le misure di accoglienza dovrebbero essere ripensate in modo da strutturare una rete funzionale alla reale tutela delle persone, evitando sovrapposizioni: a fronte delle nuove disposizioni relative al sistema SIPROIMI per le persone titolari di permessi di soggiorno *ex artt.* 18 e 22 co. 12-*quater* TU,

86. Nel corso di questi anni sono stati sperimentati contesti di accoglienza dedicati a tali categorie, realizzati prevalentemente da personale specializzato ed operante nell'ambito dei progetti *ex art.* 18. In particolare è degno di nota il progetto ALFA realizzato dalla Prefettura di Torino, in partenariato con la Regione Piemonte, che ha attivato un sistema di accoglienza dedicato alle persone richiedenti vulnerabili, in particolare donne potenziali vittime di tratta e sfruttamento, con l'obiettivo di favorire la precoce identificazione. Si veda www.piemonteimmigrazione.it/images/in_evidenza/SCHEDA_PROGETTO_ALFa_-_Accogliere_Le_Fragilita.pdf.

sarà necessario coniugare in modo razionale tali nuove misure di accoglienza con quelle tradizionalmente previste dallo stesso art. 18, rendendo le prime complementari alle seconde nel senso di fornirle di una funzione maggiormente volta all'accompagnamento verso l'autonomia socio-lavorativa, funzione oggi spesso difficilmente esperibile nell'ambito dei progetti di protezione sociale per loro natura aventi durata e risorse limitate.

Ancora, a fronte della forte mobilità delle vittime di tratta, che spesso vengono spostate all'interno dell'Europa dalla rete criminale, un'efficace sistema di protezione dovrebbe prevedere misure specifiche nell'ambito delle procedure previste dal Regolamento di Dublino, implementando la cooperazione tra gli Stati europei tanto sotto il profilo di parametri uniformi di identificazione delle vittime quanto in relazione alla creazione di reti strutturate tra i diversi sistemi di protezione e assistenza delle vittime di tratta esistenti nei diversi Paesi.

Più in generale, è necessario che il Governo italiano si doti di un *National Referral Mechanism*, che, in un approccio incentrato sui diritti delle vittime, costituisca un modello unico di riferimento per ciascun ambito territoriale, definendo ruoli e funzioni di tutti coloro che, con diversa funzione e mandato, si interfacciano con le vittime di tratta, identificate o presunte.

Infine, una *governance* efficace, in questo come in altri contesti, non può che presupporre un meccanismo di monitoraggio e valutazione delle azioni previste e intraprese realizzato da un organismo indipendente: sarebbe dunque opportuno, come evidenziato dal GRETA, che l'Italia si dotasse di un Relatore Nazionale indipendente, capace di monitorare il livello di adempimento da parte dello Stato degli obblighi internazionali in materia ed il grado di implementazione delle misure previste per la lotta a tale grave forma di violazione dei diritti umani.

Dimenticare i rom?

Riflessioni su cultura giuridica e antiziganismo in venti anni che non hanno lasciato il segno

di *Alessandro Simoni**

Sommario: 1. Impreviste prospettive romani nella routine Covid-19. – 2. Etnografie casalinghe e rappresentazione pubblica dell'identità rom. – 3. I rom e il legislatore: il problema del riconoscimento del romanés quale lingua minoritaria. – 4. I rom e il legislatore: l'infrastruttura normativa dell'antiziganismo. – 5. I rom e la magistratura. – 6. Una piccola proposta giuspolitica: dimenticare i rom.

1. Impreviste prospettive romani nella routine Covid-19

Mentre queste pagine vengono chiuse, l'Italia vive nell'emergenza imposta dalla pandemia Covid-19, e chi scrive è – come tutti – sottoposto a un regime di restrizioni che implica una stretta vigilanza su ogni spostamento al di fuori della propria abitazione. Come sappiamo, chiunque può essere chiamato a rendere conto della sua presenza a un agente di qualche forza di polizia, locale o nazionale, che potrà valutare se trovarsi in quel luogo in quel momento è ammissibile, a partire da norme che lasciano spazi di interpretazione molto ampi, e che in una prima fase potevano portare a una denuncia per violazione dell'art. 650 del codice penale. Tutto ciò avveniva e avviene, naturalmente, nel contesto del nostro modello di stato di diritto. Se la spiegazione non era soddisfacente, anche nel primo periodo non è che il cittadino rischiasse l'arresto immediato, non previsto per quel reato. Una lacuna questa ritenuta inaccettabile da un Procuratore della Repubblica molto attento alla dimensione comunicativa del proprio ruolo, che ha proposto di introdurre una nuova fattispecie di reato con la previsione proprio dell'arresto (facoltativo) in flagranza, a più efficace deterrente contro la violazione delle regole di “contenimento”¹.

* Professore di Sistemi giuridici comparati nell'Università di Firenze.

1. La proposta era di Luigi Patronaggio, Procuratore della Repubblica di Agrigento, «la Repubblica», 27.3.2020.

Anche dopo la sostituzione della sanzione penale con una amministrativa (sostituzione che ha provocato la reazione del magistrato), la concreta “dinamica di strada” rimane immutata. Per chi si avventura sulla pubblica via senza corrispondere nell’aspetto esteriore a un “tipo ideale” di “cittadino medio che va a fare la spesa” o altra categoria rassicurante, il confronto con le forze di polizia diventa un terreno di negoziazione, dove la discrezionalità di chi rappresenta lo Stato è altissima, e l’esito inevitabilmente legato alla situazione e alle caratteristiche della persona coinvolta. Certamente, ci sarà da qualche parte un giudice, ma il suo intervento si pone inevitabilmente molto lontano dal “contatto sociale” iniziale. Lo stesso magistrato di cui sopra era d’altronde consapevole di questa distanza, e si sentiva obbligato a specificare che «Le garanzie per il cittadino-indagato sarebbero state affidate alla stessa polizia giudiziaria, in prima battuta». Perché ricordare questa situazione? Molto semplice. Perché l’incontro/negoziazione continuo con le forze di polizia statali e locali, con spazi di discrezionalità altissimi e strumenti di tutela nella pratica ininfluenti, è condizione ordinaria nell’esistenza di chi è classificato e percepito come “zingaro”, “rom”, “nomade”.

Prima di entrare nel vivo dei vari problemi, vorrei però condividere con i lettori due esperienze vissute nella dimensione di (tendenziale) reclusione domestica da Covid-19, che mi hanno aiutato a trovare la motivazione per chiudere le pagine da tempo attese per il volume destinato a celebrare i venti anni di «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza»².

L’improvvisa trasformazione della routine di vita mi ha portato infatti a un’inattesa immersione romani, con scambi molto interessanti sul piano umano, ma che contengono anche esempi paradigmatici dei nodi di fondo che continuano a imbrigliare il rapporto tra le istituzioni che governano la società italiana e il mondo rom che ne è parte, pur se spesso sconosciuta.

Nodi che riguardano primariamente la rappresentazione di questo mondo, ossia lo stabilire chi “conta” come “zingaro”, “rom”, “nomade”.

Sono entrato in contatto, infatti, con due differenti “dimensioni zingare”, che prima mi scorrevano accanto inavvertite.

Per scoprire la prima è bastato modificare di poco il tragitto che devo compiere a piedi in una zona periferica per arrivare da casa alla strada provinciale.

2. Ovviamente la piena comprensione dei problemi qui toccati richiederebbe una prospettiva temporale più ampia, e il presente scritto non vuole andare oltre una breve panoramica sull’evoluzione più recente. In considerazione del taglio scelto i riferimenti in nota sono ridotti al minimo. L’intero scritto riprende, formulandole in modo differente, tesi avanzate in modo più approfondito nel volume *Rom, antiziganismo e cultura giuridica*, CISU, Roma, 2019, che a sua volta ripropone, aggiornandoli e integrandoli, scritti già pubblicati altrove, in buona parte proprio in «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza». Ove assenti, i riferimenti sono quelli contenuti nelle corrispondenti parti del volume. Per un ulteriore approfondimento, in particolare su aspetti di diritto positivo, si può vedere Bonetti P., Simoni A., Vitale T. (a cura di), *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, Giuffrè, Milano, 2011.

Un itinerario poco a lato di quello percorso ogni giorno dagli abitanti della zona, che seguono una traccia ormai brulla per il continuo passaggio. Questo sentiero alternativo, che fornisce un angolo di visuale diverso, mi ha consentito di intravedere, nascosto tra gli arbusti, un riparo ricavato con un telo scuro. Un precarissimo loculo, alto mezzo metro e lungo un paio.

Accanto all'apertura erano riposte ordinatamente – come nell'ingresso di una normale abitazione – un paio di scarpe. Nei giorni successivi, durante le brevi uscite ammesse dai vari “dipiciemme”, il proprietario delle scarpe si palesava come un giovane rumeno che nel corso di una conversazione – svoltasi alla prescritta distanza sociale – si mostrava fluente, oltre che nella sua lingua nazionale, anche in una variante di romanés.

Per incrociare l'altra “dimensione zingara” non è stato neanche necessario vagare per i prati. È bastato scambiare qualche parola con una persona già conosciuta, ma in circostanze tali da non andare oltre brevi colloqui di cortesia. Una persona che sino a quel momento non aveva per me una “specificità etnica”, e avvertivo semplicemente “italiana” come tante altre.

Mezz'ora di conversazione in un contesto di reciproca fiducia è bastata per scoprire che parlavo con un membro di una famiglia di sinti, con un cognome (come ho saputo dopo) molto noto tra chi lavora negli spettacoli viaggianti.

2. Etnografie casalinghe e rappresentazione pubblica dell'identità rom

A riflettere bene, da queste etnografie casalinghe emergono due modalità ricorrenti nel contatto tra mondo rom e chi rom (o sinto) non si sente.

Nel primo caso vediamo la situazione di chi vive in una marginalità abitativa estrema, e che quando non riesce a nascondersi fisicamente, che sia in un bosco o in un rudere, viene osservato solo attraverso la lente delle manifestazioni esteriori di questa marginalità, facilmente associate alla “ziganità”.

Se lo sguardo che scopriva il sommario rifugio fosse stato quello di un rappresentante delle istituzioni, il dato linguistico, che per me era stato il punto di partenza del dialogo, sarebbe diventato irrilevante. La persona sarebbe stata incasellata e il suo spartano spazio vitale sarebbe diventato elemento di un “insediamento” di “nomadi” (vedremo oltre la storia più recente di queste categorie), o altra etichetta equivalente. Il fatto che l'abitante del loculo mimetizzato nel verde suburbano parlasse o meno romanés, e si sentisse o meno rom, non avrebbe influito sull'esito finale dell'incontro.

Nel secondo caso vediamo invece chi, nella prospettiva dell'antropologia, della linguistica o di un'altra scienza sociale che si interessa al dato culturale, sarebbe considerato come parte del mondo “rom” (in questo caso nella sua componente sinta), e si pensa come tale, ma nel quotidiano non attira sguardi indagatori, visto che non reca segni distintivi esteriori, né vive in condizione di marginalità. Al contempo non tende a manifestare facilmente la propria

identità, avvertendo come questa potrebbe creargli problemi, principalmente con chi vigila sull'applicazione delle leggi. Il sinto "giostraio" che come imprenditore dello spettacolo viaggiante deve rispettare norme severe e complesse, ed è in continua relazione con le polizie e le amministrazioni locali, ha normalmente altre priorità che rivendicare pubblicamente la propria "etnicità". Se già "giostraio" è categoria sospetta, aggiungere alla propria immagine da spendere in pubblico l'esotico "sinto" porterebbe solo un'ulteriore ragione di diffidenza. Nei paragrafi successivi cercherò di mantenere l'accento sui problemi che sorgono quando le istituzioni entrano in contatto con chi ieri era visto come "zingaro" e oggi come "di etnia rom", ponendomi in una prospettiva giuridica e concentrandomi – con una serie di *flash* – sugli ultimi venti anni.

Credo però che valga la pena di ritornare sul valore esemplificativo dei miei due incontri, che chiariscono l'essenza del problema, ossia che la rappresentazione dominante, a livello individuale come nelle istituzioni, dell'identità rom è monopolizzata da una piccola frazione altamente visibile.

Non intendo qua proporre la banalità "ci sono i delinquenti ma la maggioranza sono brave persone", non fosse altro perché la massa invisibile accoglie anche frange delinquenti. Voglio solo rimarcare lo scarto enorme – infinitamente maggiore rispetto ad altri gruppi già oggetto di pregiudizi, come ad es. gli albanesi – tra i pochi che in un modo o nell'altro verranno in qualche interazione sociale riconosciuti come "rom" e i molti che non lo saranno, non obbligatoriamente perché si nascondono. Pensiamoci. "Rom" non è una cittadinanza, un passaporto, un luogo di nascita, un "dato personale" oggettivo che in un momento o nell'altro può saltare fuori e qualificarti, o suggerire qualcosa. Non corrisponde neanche a un'identità religiosa precisa, perlomeno che ti distingue da tanti altri che rom non sono. Gli attivisti rom e gli innamorati colti del mondo rom richiameranno l'importanza del romanés, lingua (o insieme di lingue apparentate)³ con radici indiane. A questi va ricordato che è una lingua che coesiste sempre con un'altra, tipicamente quella del contesto in cui la persona è cresciuta. Vanno menzionati poi i gruppi avvertiti come "zingari" ma che non usano il romanés e le tante persone che affermano di essere rom o sinte, ma non conoscono che poche frasi, perché "in casa non lo si parla" o "me ne ha insegnato qualcosa la nonna".

Vicende simili a quelle di tanti patrimoni linguistici deboli e bisognosi di promozione, si dirà. Certo, ma in questo caso abbiamo una lingua che pochissimi sono in grado di riconoscere, e della quale la maggioranza degli italiani non sospetta nemmeno l'esistenza, a fronte di un'etichetta di tipo etnico, quella di "rom", con conseguenze sociali pesanti. Essere di "etnia rom" è un proble-

3. Su questo aspetto v. Halwachs D., "Possiamo dire che Roma, Sinti, Calé, ecc. sono un'unica minoranza linguistica?", in *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, op. cit., p. 127 ss.

ma, ma quest'etnia non è costruita nel dibattito pubblico a prescindere dal dato etnico tipico, la lingua.

Ritornando al mio osservatorio domestico, la conclusione è che stabilire chi “conta” come rom è questione che ognuno risolve a modo suo. Personalmente, ritengo di aver incontrato un rom se qualcuno mi dimostra una qualche familiarità con una variante di romanés. Il punto è che, assumendo come indicatore identitario un elemento classico come la lingua, la percezione della separatezza “rom”/“non rom” cambia completamente. La mia conoscenza di una lingua romani è limitatissima, basata sulle lezioni retribuite di un giovanissimo rom albanese venti anni fa, integrate con un libro svedese⁴.

Un livello sufficiente a *épater les bourgeois* tra i non rom, ma sul campo utile al massimo ad avviare una comunicazione di base.

Attraverso questa lente, comunque oggettivamente differente rispetto a quella della generalità dei cittadini, ho riconosciuto negli anni come rom persone dal più vario aspetto, viaggiatori con cartelle di documenti come un qualsiasi impiegato, baristi di locali alla moda, muratori e personale aeroportuale, addetti alle pulizie di luoghi che frequentavo tutti i giorni, e persino persone così integrate nel mio contesto lavorativo da porre problemi di *privacy* se volessi dare maggiore concretezza all'esempio. Persone che senza la mia particolare lente linguistica si sarebbero confuse, oltre che tra i rom italiani, tra gli infiniti volti che compongono il flusso migratorio dalla Romania, dai Paesi dell'ex Jugoslavia, ma anche da Paesi normalmente non associati ai rom. L'identità è – certo – sempre questione spinosa. È tuttavia altrettanto certo che gli elementi utilizzati per dare un contenuto all'identità rom nella società italiana e nelle sue istituzioni di ogni livello, sono così arbitrari da rendere forse preferibile “dimenticare i rom” e usare solo le rodate etichette che ci hanno lasciato gli stati nazionali, “italiano”, “francese”, “rumeno”, “albanese”, e così via. Ritorneremo su questo punto nell'ultimo paragrafo.

3. Il rom e il legislatore: il problema del riconoscimento del romanés quale lingua minoritaria

Una prospettiva dalla quale per un giurista è possibile affrontare la questione della condizione dei rom è quella dei diritti linguistici⁵, che utiliz-

4. Si trattava di un classico della linguistica romani, Gjerdman O., Ljungberg E., *The Language of the Swedish Coppersmith Gipsy Johan Dimitri Taikon*, Lundequistska bokhandeln, Uppsala, 1963.

5. Oltre ai vari saggi contenuti in *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, op. cit., v. ad es. anche Baldin S., *The Protection of the Romani Language and the Itinerant Lifestyle of Roma Minorities: A Fuzzy Approach to the Comparative Analysis*, «Comparative Law Review», vol. 3, n. 2, 2012, p. 18 ss.

ziamo per iniziare l'abbozzo di una retrospettiva legislativa nei due ultimi decenni.

In questo caso l'arco temporale prescelto sembra fatto apposta, in quanto coincide quasi perfettamente con il tempo trascorso dalla promulgazione della legge n. 482 del 1999 in tema di "minoranze linguistiche storiche", il cui catalogo di minoranze tutelate non comprende rom e sinti. Non vale qui la pena di ricostruire le manovre politiche sottostanti all'esclusione di quelle che in una prima versione erano definite come lingue delle popolazioni di "origine zingara". Queste vennero apparentemente espunte per l'emersione durante l'approfondimento parlamentare della «difficoltà di applicazione alla popolazione zingara di molte delle norme dell'articolato, per il mancato ancoraggio della stessa ad un territorio definito»⁶, con il conseguente stralcio in commissione referente e il rinvio della materia a un "provvedimento specifico", che non è mai arrivato⁷.

Si potrebbe naturalmente sottolineare che l'argomento dell'assenza di un legame territoriale è molto debole, viste le risalenti radici di molte comunità rom italiane in determinate aree del Paese, come nel caso dei rom abruzzesi.

Si tratta evidentemente di un corollario della vecchia visione degli "zingari" come "popolo senza patria" (*ergo* senza territorio), in questo caso utilizzato per legittimare posizioni contrarie a priori al riconoscimento, con paternità politiche ben definite. Meglio invece mettere in luce le difficoltà sorte nell'attività *de lege ferenda* successiva all'introduzione del quadro normativo sulle minoranze linguistiche storiche. D'altronde, se sul piano politico e simbolico l'esclusione delle lingue "zingare" dal catalogo del legislatore del 1999 è una ferita che rimane aperta, la protezione da cui rom e sinti vennero esclusi era comunque molto debole, visto l'impianto complessivo della legge e la difficoltà di azionare la tutela accordata.

Una considerazione di fondo, da me già formulata in uno scritto di alcuni anni fa, riguarda l'arretratezza culturale che i lavori preparatori della legge del 1999 dimostravano. In quelle pagine facevo un confronto con i lavori preparatori di una delle pochissime normative europee a tutela del romanés, ossia la legge svedese sulle minoranze linguistiche del 2009, che considera la "romani chib" ("lingua rom") lingua minoritaria nazionale insieme al finlandese, allo yiddish, al lappone (*samiska*) e al *meänkieli*, lingua di gruppo finnico parlata nel nord del Paese⁸.

6. Scalia G.M., *Le Comunità "sprovviste di territorio". I Rom, Sinti e i Caminanti in Italia*, Ministero dell'interno, 2006, Roma, p. 14.

7. I lavori preparatori della legge del 1999 sono leggibili in un'utile pubblicazione dell'Ufficio Informazioni Parlamentari del Senato, *Servizio dei resoconti e della comunicazione istituzionale, Lavori preparatori. Nuova serie*, n. 8, dicembre 2009.

8. Lo scritto, originariamente pubblicato in un volume dell'Accademia della Crusca, è ora leggibile in *Rom, antiziganismo e cultura giuridica, op. cit.*, p. 153 ss.

Anche se la legge entrerà in vigore molto più tardi, il suo contenuto è già ampiamente definito in un rapporto governativo del 1997 che presenta e sintetizza tutte le conoscenze disponibili circa la storia e la diffusione del romanés in Svezia, compresa la questione della sua unità o pluralità, problema scientificamente complesso, e sensibile per gli stessi rom e sinti. Già lo scarto terminologico tra “romani chib” e “lingue delle popolazioni di origine zingara” dovrebbe essere sufficiente a dare la misura della distanza in termini di approfondimento. Gli anni successivi hanno portato progressi modestissimi. Una rassegna delle pubblicazioni su rom e sinti realizzate negli ultimi due decenni dalle nostre istituzioni parlamentari e governative sarebbe un esercizio veramente impietoso, soprattutto per il paradosso che nello stesso arco di tempo i *Romani studies* italiani hanno prodotto lavori di altissimo livello, in particolare sotto l’impulso di Leonardo Piasere.

Dopo la battuta di arresto del 1999 la prima occasione di rilievo per vedere riconosciuto il patrimonio linguistico di rom e sinti come parte della storia e della cultura dell’Italia si è posta nel 2011, con la circolazione del progetto di legge intitolato “Norme per la tutela e le pari opportunità della minoranza dei rom e dei sinti”, nato a margine del convegno di Milano su “La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia” promosso da ASGI l’anno precedente insieme ad altre organizzazioni italiane e straniere. Il progetto, predisposto per la pubblicazione nel volume degli atti⁹, fu sottoposto come d.d.l. individuale al Senato in due successive legislature, la XVI e la XVII, per iniziativa rispettivamente dei senatori Perduca e Palermo¹⁰.

Il “progetto milanese” rimane un prezioso *vademecum* sulle opzioni disponibili al legislatore per intervenire sui principali nodi sociali delle comunità rom e sinte, viste in tutta loro varietà. Complessivamente, si tratta di un testo che può essere inserito nel filone della normativa antidiscriminatoria, pur se contiene anche un’articolata sezione nella quale si formula una proposta di inquadramento dei diritti linguistici dei rom alla luce delle convenzioni internazionali esistenti.

Credo sia onesto riconoscere che il progetto non avesse reali possibilità di diventare, almeno nella sua formulazione originaria, legge dello stato, per la difficoltà di ipotizzare una costellazione politica che vi convergesse. Rimane tuttavia un esperimento senza precedenti di processo partecipativo, come ricordato nelle pagine di presentazione del volume degli atti: «Non si è trattato [...] di una iniziativa scientifica “sui” Rom e i Sinti. Il percorso svolto dal comitato scientifico insieme alle organizzazioni di Rom e Sinti [...] è stato curato e altrettanto importante quanto la Conferenza stessa [...]. Il dialogo è stato acceso, continuo e attento anche con le organizzazioni che non hanno voluto o non hanno potuto partecipare al percorso preparatorio.

9. Si tratta del volume *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, *op. cit.*

10. XVI legislatura, n. 2552 (Perduca) e XVII legislatura, n. 770 (Palermo).

Il percorso congiunto ha permesso di definire i punti di principale interesse per i Rom e i Sinti, su cui il Comitato scientifico ha “commissionato” a colleghi esperti appositi approfondimenti giuridici e studi [...]. Ha permesso anche di rivedere preventivamente alcuni dei punti giuridici più delicati da discutere nel convegno e di raccogliere il punto di vista dei diretti interessati, che invece troppo spesso sono ignorati come interlocutori autorevoli per la progettazione delle politiche pubbliche che li riguardano»¹¹.

L'idea di un progetto legislativo di tale respiro, elaborato attraverso un lavoro molto articolato comprendente organizzazioni di rom e sinti di tutta Italia, con uno studio preliminare delle varie tematiche che coinvolse decine di giuristi e scienziati sociali, fu senza dubbio pionieristica e comportò un decisivo salto in avanti nell'approfondimento dei vari problemi giuridici, dovuto in primo luogo all'entusiasmo di Paolo Bonetti, a cui è anche dovuta la prima versione dell'intero articolato.

Il progetto non ricevette critiche esplicite in sedi accademiche, in particolare quelle giuridiche, ma dovette confrontarsi con uno scetticismo sotterraneo, attraverso opinioni espresse in *mailing list* e altre reti informali, in Italia e all'estero. Alcuni studiosi, in particolare antropologi e storici, vi scorgevano infatti il rischio di una “sostanzializzazione” dell'identità rom, attraverso una sorta di fissazione autoritativa delle sue caratteristiche.

Lo scetticismo di alcuni scienziati sociali, che a mio parere era basato su una mancata comprensione della specificità della dimensione giuridica e delle correlazioni del testo proposto con il quadro normativo complessivo, non è certo stato decisivo nell'impedire che il progetto milanese avesse un seguito, perlomeno nella sezione relativa ai diritti linguistici, che avrebbe potuto agevolmente essere incorporata per seguire un autonomo *iter* parlamentare.

Oltre che dalla generale difficoltà di catalizzare il consenso tra le formazioni parlamentari, le prospettive del progetto milanese sono state minate dall'indebolimento causato dalla successiva “cattura” del tema della tutela dei diritti linguistici da una parte del mondo rom, che ha deciso di avviare un proprio autonomo percorso adoperandosi per il deposito nel giugno 2015 alla Camera dei Deputati di un disegno di legge volto a riconoscere lo *status* di minoranza linguistica storica ai parlanti la lingua romani¹². Una proposta con una struttura tecnica a mio parere debole, pur se certo più avanzata di altre del passato che si limitavano ad aggiungere il romanés al catalogo della legge 482 del 1999. Quello che rileva è però non l'intrinseca qualità del testo, ma

11. Bonetti P., Simoni A., Vitale T., “Presentazione. La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia: dall'ascolto e confronto alla proposta”, in *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, op. cit., p. 4.

12. Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Proposta di legge n. 3162, Melilla e altri, Modifiche alla legge 15 dicembre 1999, n. 482, e altre disposizioni in materia di riconoscimento della minoranza linguistica storica parlante la lingua romani.

l'evidente difficoltà di sintetizzare, in termini di richieste di diritti e tutele, le visioni delle tante componenti del mondo rom, anche limitandosi alle comunità non immigrate.

L'esito di questa vicenda credo contenga insegnamenti rilevanti. Da un lato ci mette di fronte a un cambiamento molto importante, con rom che si fanno attori politici autonomi, costruendo proprie reti con membri di assemblee parlamentari e dell'accademia. Se si legge la relazione di accompagnamento al d.d.l. appena menzionato, si vede nettamente come esso origini dalle priorità manifestate da un'organizzazione espressione dei rom abruzzesi, che si sono appoggiati a un ateneo locale. Le posizioni di questa componente sono a mio parere problematiche, in quanto depotenziano la lotta contro l'antiziganismo rivolto ai rom di recente immigrazione, riflettendo interessi specifici delle comunità di antico radicamento in Italia, che tendono a marcare la loro diversità rispetto a quei rom immigrati che vivono in condizione di marginalità.

Questa evoluzione ci deve portare anche a ripensare una valutazione generale che traspare in dottrina, ossia che «Il tema dei diritti linguistici per i rom non è il principale», e che per loro «Pensare di rivendicare i diritti linguistici di seconda specie è un lusso»¹³. Sono tesi che non tengono conto delle tante prospettive rom, diverse e tra loro spesso non comunicanti. Se il rilievo può certo aver senso nella prospettiva di gruppi che vivono in condizioni di marginalità e di quotidiana tensione con le istituzioni, come nei casi descritti nei paragrafi successivi, è ormai lontano dalla realtà di quelle comunità che hanno sviluppato forme di negoziazione politica che riproducono, nel bene e nel male, quelle correnti nella società italiana maggioritaria. Per queste comunità, la riduzione del problema legislativo ai diritti linguistici è funzionale a semplificare la propria azione nel momento in cui cercano di legittimarsi come interlocutori di soggetti politici, spesso per accreditarsi a livello regionale. La tutela della lingua è messaggio semplice, che non va a toccare interessi di rilievo e non mette in luce debolezze di sistema, lasciando aperto il problema dell'eguaglianza sostanziale e della discriminazione indiretta, affrontate invece nel "progetto milanese"¹⁴.

4. I rom e il legislatore: l'infrastruttura normativa dell'antiziganismo

Gli ultimi venti anni offrono per il nostro Paese una panoramica non solo di occasioni perse, ma anche di oggettivi arretramenti per quello che riguarda la sfera legislativa, al di là del problema dei diritti linguistici.

13. Poggeschi G., *I diritti linguistici. Un'analisi comparata*, Carocci, Roma, 2010, p. 330.

14. Spunti in tal senso si possono vedere in Kostadinova G., *Minority Rights as a Normative Framework for Addressing the Situation of Roma in Europe*, «Oxford Development Studies», vol. 39, no. 2, June 2011, p. 163 ss.

Un aspetto è quello delle norme che non nascono come prodotto di un esplicito antiziganismo, ma che progressivamente sono diventate strumenti di controllo e limitazione della presenza di rom e sinti.

Il ventennio non nasceva in questo caso sotto cattivi auspici. Proprio nel 1999 veniva infatti abrogato, nel disinteresse generale, il secondo co. dell'art. 670 del codice penale circa la "mendicizia invasiva", originariamente un'aggravante sopravvissuta come reato autonomo dopo la dichiarazione di incostituzionalità nel 1995 del primo co. che puniva la mendicizia semplice. Non mi soffermerò su questo tema¹⁵, che è trattato nella sua evoluzione più recente nel saggio di Giacomo Pailli in questo volume¹⁶, ricordando solo come la norma del codice penale fosse negli anni Novanta uno strumento utilizzato primariamente in funzione antizigana, anche a causa dell'abrogazione di parti della legislazione di polizia che permettevano di allontanare marginali urbani.

L'eliminazione delle ultime vestigia di sanzione penale della mendicizia degli adulti paradossalmente si verifica tuttavia quando gli "zingari stavano tornando", nella forma del flusso di rom rumeni all'interno del quale alcuni trovano economicamente razionale praticare forme di accattonaggio (spesso insieme ad altre attività, non oggetto dello stesso stigma), che ha assunto visibilità e rilevanza come tema politico nazionale. Ritornerò più oltre a parlare dell'elevazione dei rom a problema politico nazionale. Chiudiamo ora la panoramica dei due decenni sul problema dell'accattonaggio. Sono cose note, ma rimettiamole rapidamente in fila, anche perché contengono dei germogli di una pianta che ha dato transitori frutti pure nell'emergenza Covid-19.

Di fronte all'importanza "percepita" (i numeri come al solito sono altra cosa) della mendicizia rom nelle sue varie forme, le amministrazioni locali hanno messo in atto strategie costruite a partire da tutta una serie di strumenti repressivi "parapenali" sotto forma di ordinanze locali, spesso a debole base giuridica e pensate a puro scopo di deterrenza, a prescindere dalla loro effettiva applicabilità. Ricordiamo le prime due "ordinanze fiorentine" del 2008 contro i lavavetri (quasi tutti rom rumeni) che evocavano l'applicabilità dell'articolo 650 del codice penale nei confronti dei trasgressori¹⁷. Anche in quel caso questa proteiforme fattispecie dopo poco scompare sostituita da sanzioni amministrative. Vicende simili si verificano in altre città sotto amministrazioni di vario colore.

La progressione degli anni successivi la conosciamo bene. La pressione giuridica sulla marginalità urbana è progressivamente aumentata sotto l'egida

15. Per una rassegna storica v. Simoni A., *Mendicizia, zingari e cultura giuridica italiana: uno schizzo di tappe problemi*, «Polis», vol. XIV, dicembre 2000, p. 371 ss.

16. Si veda in questo volume Pailli G., pp. 505 ss.

17. Giunta F., Simoni A., *Il diritto e i lavavetri: due prospettive sulle 'ordinanze fiorentine'*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2007, p. 81. Sulle vicende qui accennate si veda in questo volume Pailli G., pp. 505 ss.

della “lotta al degrado”, alimentata (la cosa è a mio parere importante e da studiare) da campagne di stampa locale che si intrecciano con i *social media*. In assenza di un vero dibattito politico sul bilanciamento dei valori, la creazione di un problema e l'introduzione di soluzioni basate sull'efficacia a ogni costo sono velocissime, a livello locale e nazionale. Categorie estremamente generiche di “comportamento fastidioso” possono portare attraverso vari meccanismi (“DASPO urbano”, ecc.) a giustificare restrizioni di libertà molto incisive.

Il punto di arrivo del ventennio è un oggettivo passo indietro, con una sorta di “ritorno alla prima casella”, ossia la (re)introduzione di una fattispecie di reato di “esercizio molesto dell'accattonaggio” (art. 669 *bis* c.p.) nel primo dei due “decreti sicurezza” emanati dal primo Governo Conte. Una (re)introduzione complessivamente trascurata dai molti critici dei decreti¹⁸, che si sono concentrati invece sulle parti collegate al diritto dell'immigrazione, trascurando questo e altri segni di un'involuzione repressiva basata su strumenti che lasciano una discrezionalità altissima nell'uso del diritto penale.

Altro strumento legislativo che nasce etnicamente neutro ma che ha importanza nelle strategie antizingare è il reato di invasione di terreni o edifici di cui all'art. 633 c.p. Anche qui si tratta di uno strumento caratterizzato dall'estrema discrezionalità della sua attivazione, che può essere lasciato dormiente per essere messo in moto all'improvviso al fine di potenziare decisioni di sgombero, eventualmente esercitando pressioni sui proprietari per la presentazione della querela ove non vi siano i presupposti (numero di occupanti) per procedere d'ufficio. Personalmente mi sono trovato di fronte a un fascicolo processuale in cui una coppia di rumeni ultrasessantenni trovati in un capannone in disuso ha ottenuto una condanna definitiva a sei mesi di reclusione, con successiva emissione di ordine di carcerazione, avendo come *unico precedente* una condanna per una tenda piantata in un terreno di campagna anni prima. Un effetto finale che dovrebbe tranquillizzare il guardasigilli e gli altri che sostengono che in Italia le pene non sono “certe e severe”.

Come ci si arriva? Basta un'elezione di domicilio presso un difensore d'ufficio sottoscritta da un semianalfabeta durante uno sgombero, che mette in moto una macchina che prosegue (all'insaputa dell'imputato) con una decisione giudiziaria che opta per la pena detentiva in virtù della recidiva infraquinquennale di cui sopra, un appello “dimenticato” da parte del difensore d'ufficio e un rigetto della misura alternativa per assenza di domicilio idoneo. Una storia probabilmente simile a molte altre, che ci ricorda però come le norme sui reati minori possono costituire un efficacissimo armamentario repressivo, estremamente selettivo nella sua applicazione. A chi avesse dubbi è utile fare

18. Con la brillante eccezione di Pepino L., *Le nuove norme su immigrazione e sicurezza: punire i poveri*, «Questione giustizia», 12.12.2018.

presente che oggi la stessa identica vicenda avrebbe potuto portare a punizioni ancora più “certe e severe”, visto l’inasprimento delle pene edittali per il reato di cui all’art. 633 introdotto dal primo “decreto sicurezza”.

Le recenti derive sono comunque, ricordiamolo, una seconda ondata che è seguita alla stagione del 2008 durante la quale l’ordinamento subì una prima marcata torsione in senso antizigano. La vicenda è sin troppo nota.

L’esecutivo di centrodestra, riprendendo punti espressamente inclusi nel programma elettorale, emise una serie di ordinanze destinate a governare una supposta “emergenza nomadi” effettuando una capillare attività di identificazione e vigilanza sulle persone che vivevano in luoghi qualificabili appunto come “insediamenti di comunità nomadi”¹⁹.

Si tratta di attività che, viste a posteriori, non avevano altra funzione pratica che quella di esibire muscoli a “tutela della legalità” per venire incontro alle aspettative suscitate in una campagna elettorale che sull’antiziganismo aveva spinto molto. Quelli che erano presi di mira, senza giri di parole, erano i rom, come esplicitato in molteplici dichiarazioni dei *leader* politici della maggioranza e dello stesso Ministro dell’interno. Un obiettivo di breve termine che venne senza dubbio raggiunto, in quanto la dichiarazione giudiziaria di illegittimità delle ordinanze giunse con una decisione del Consiglio di Stato nella quale l’aspetto della discriminazione su base etnica non era assolutamente centrale e che comunque interveniva ormai nel totale disinteresse dei media e in uno scenario politico mutato.

È utile ricordare che gli anni impiegati dal sistema giudiziario per ristabilire la legalità, quali che fossero gli argomenti, vennero in gran parte consumati da dilazioni di origine processuale. Dopo la prima decisione del TAR Lazio del luglio 2009, già in gran parte favorevole ai ricorrenti, il Consiglio di Stato concesse la sospensiva – permettendo così la sopravvivenza delle ordinanze – in quanto «nella valutazione dei contrapposti interessi» riteneva di dover far prevalere quello delle amministrazioni, vista la presenza di «complesse e delicate questioni inerenti all’imprescindibile rispetto dei diritti fondamentali e della dignità della persona in uno con il divieto, che pervade l’ordinamento nazionale ed internazionale, di qualsivoglia discriminazione razziale ed etnica»²⁰. Un’imprescindibilità che evidentemente poteva attendere sino alla sentenza del Consiglio di Stato, pienamente favorevole ai ricorrenti, che arriverà nel novembre 2011. Una sentenza la cui efficacia venne ulteriormente ritardata da un ultimo ricorso dell’amministrazione alle SS.UU. della Cassazione per eccesso di potere giurisdizionale, che venne rigettato solo nel marzo

19. Simoni A., *I decreti “emergenza nomadi”: il nuovo volto di un vecchio problema*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3-4, 2008, p. 44 ss., ora in *Rom, antiziganismo e cultura giuridica*, CISU, Roma, 2019.

20. Consiglio di Stato, sezione quarta, ordinanza 26 agosto 2009.

2013²¹. A dimostrazione che le strategie giuridiche e giudiziarie dell'antiziganismo sono spesso di imprevedibile colore politico, vale la pena di rilevare come quest'ultimo ricorso venne proposto quando al Governo non c'erano più gli ideatori delle ordinanze, ma l'esecutivo guidato da Mario Monti.

Meno noto è il fatto che sotto il Governo Berlusconi vennero introdotte norme di legge formalmente neutre ma che, se si ricostruisce il percorso dei lavori preparatori, nascevano da dibattiti e proposte volti a introdurre disposizioni fondate sulla volontà di esercitare una pressione sui "nomadi", sempre utilizzando questo termine come sinonimo di rom. Come avevo cercato di mettere in evidenza in due articoli usciti per «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza»²², nelle aule parlamentari, in particolare sui banchi della destra, l'utilizzazione di stereotipi etnici contro i rom e la manifestazione di intenti esplicitamente discriminatori era da tempo moneta corrente. In quelle pagine proponevo, come esempio particolarmente illuminante, alcuni passaggi contenuti in una proposta della deputata Jole Santelli, attualmente governatrice della Calabria, di istituire una commissione parlamentare di inchiesta chiamata a «svolgere indagini sul rispetto dei diritti fondamentali della persona sanciti dalla Costituzione e dalla legislazione vigente all'interno delle comunità nomadi presenti in Italia»²³.

L'*humus* di quella stagione, lo sappiamo, ha generato dieci anni dopo frutti abbondanti. Certamente per una particolare congiuntura politica, ma anche – mi sento ormai di dire con sconfortata certezza – perché tra le *élites* italiane che dovrebbero essere sensibili a un discorso sui diritti, che non sono i vitali medici, gli essenziali ingegneri e i preziosi architetti, ma i giuristi dell'accademia e delle professioni legali non vi sono particolari dubbi che i rom siano un *particolare gruppo ben definito*, con una *caratteristica data – geneticamente o culturalmente – consistente nella tendenza criminale o comunque asociale*. Una caratteristica che sembra poter giustificare un indebolimento degli *standard* costituzionali di responsabilità personale e eguaglianza, attraverso una "precomprensione" diffusa e senza neanche quella discussione a partire dalle basi scientifiche dell'epoca che il positivismo ottocentesco si autoimponeva prima di esplicitare la tesi dello "zingaro criminale".

Occorre fare attenzione ai rischi di questa impermeabilità delle *élites* verso l'elaborazione di un discorso sui diritti che ricomprenda l'identità rom. È importante ad esempio riflettere, perché non mi sembra sia stato fatto, su quella che poteva essere la stagione legislativa apparentemente interrotta dal recente rivolgimento politico. Sarebbe tuttavia falsamente tranquillizzante farlo ap-

21. Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 9687/2013.

22. V. I decreti "emergenza nomadi", *op. cit.*, p. 48 ss. e *Appunti per una lettura romani del "pacchetto sicurezza"*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», XI, 4, 2009, p. 217 ss., ora con diverso titolo in *Rom, antiziganismo e cultura giuridica, op. cit.*, p. 71 ss.

23. Camera dei Deputati, XVI legislatura, proposta di legge n. 1052 (Santelli).

poggiandosi solo alle varie esternazioni di piazza dell'ex Ministro dell'interno («I rom italiani ce li dobbiamo tenere», e così via), che nel 2007 già spiegava che «Dopo aver eseguito accurati calcoli e aver sentito i residenti [...] siamo arrivati alla nostra proposta di numero chiuso per i nomadi: zero»²⁴.

È meglio invece utilizzare un documento che nasceva come testo da prendere sul serio, con una precisa assunzione di responsabilità politica, ossia il “Contratto di governo” stipulato dalle formazioni che sostenevano il primo Governo Conte. Il Contratto a chiare lettere parlava di «aumento esponenziale dei reati commessi dagli abitanti dei campi nomadi», nei quali vivevano «40mila rom», ipotizzando per questo gruppo etnicamente identificato l'allontanamento del minore dalla famiglia o la perdita delle «responsabilità potestà genitoriale» in caso di non ottemperanza all'obbligo scolastico²⁵. Quale poteva essere il significato di un simile discorso in termini di rappresentazione della realtà? È seriamente pensabile che esistano dati che permettano di isolare gli atti di criminalità compiuti dagli abitanti dei “campi nomadi” e di accertare un loro “aumento esponenziale”? È ammissibile un “diritto minorile etnico”? Quali interventi normativi su questa base potevano essere altrimenti pensati che non fossero la riproposizione delle ordinanze del 2008 con il famoso censimento basato sull'identificazione nomade/rom? Ordinanze la cui validità come “buona pratica” è stata più volte sottolineata dall'ex Ministro dell'interno.

Il passaggio in questione fa parte di un testo che il capo del Governo e il suo guardasigilli, entrambi – non dimentichiamolo – soggetti che orgogliosamente rivendicano le loro radici professionali, hanno esplicitamente *endorsed*, probabilmente contribuendo alla sua redazione. Quale può essere la cultura giuridica di chi non ne rileva il macroscopico scarto rispetto ai valori costituzionali? La risposta, sono convinto, deve essere molto mite e tollerante. Sono entrambi, sotto questo specifico aspetto, normali giuristi italiani *mainstream*, non dotati degli anticorpi intellettuali che gli avrebbero reso problematico attingere al capitale politico dell'antiziganismo, quando questo gli appariva conveniente come collante dell'alleanza politica che stava per nascere, o come catalizzatore di consenso.

24. *Salvini: rom, il giusto numero? Zero*, «La Padania», 15.6.2007, p. 15.

25. Sezione 23 del Contratto, p. 45, «Il dilagare dei campi nomadi, negli ultimi anni, l'aumento esponenziale di reati commessi dai loro abitanti e le pessime condizioni igienico-sanitarie a cui sono sottoposti ha reso tale fenomeno un grave problema sociale con manifestazioni esasperate soprattutto nelle periferie urbane coinvolte. Ad oggi circa 40mila Rom vivono nei campi nomadi e il 60 per cento sono minori. Sono pertanto necessarie le seguenti azioni: chiusura di tutti i campi nomadi irregolari in attuazione delle Direttive comunitarie; contrasto ai roghi tossici; obbligo di frequenza scolastica dei minori pena l'allontanamento dalla famiglia o perdita della responsabilità potestà genitoriale. In ogni caso, proponiamo di intervenire per il pieno superamento dei campi Rom in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea».

5. I rom e la magistratura

Le istituzioni dello stato abbondano, abbiamo visto, di giuristi abituati a distinzioni sottili e processi mentali raffinati, ma che non percepiscono la contraddizione tra questi e rappresentazioni della realtà modellate su stereotipi grossolani.

Questa contraddizione permane, e non potrebbe essere altrimenti, anche all'interno della magistratura. Anche da questa prospettiva gli ultimi venti anni rappresentano, se non un ritorno al punto di partenza, senza dubbio un'importante serie di occasioni perse. Cerchiamo di circoscrivere questa affermazione. La magistratura italiana è un corpo ampio e differenziato, e le generalizzazioni sono sempre pericolose. Esistono senza dubbio magistrati che hanno sviluppato una sensibilità in grado di correggere gli stereotipi.

Credo tuttavia che sarebbe disonesto negare che gli indicatori disponibili sono preoccupanti. Nelle pagine precedenti si è sottolineato più volte che l'attività dello Stato è stata pesantemente influenzata da una costruzione dell'identità rom ridicolmente fuorviante. Va detto subito con chiarezza che non si può imporre al magistrato l'onere di diventare uno specialista di "cose rom". La questione è più banale. Ho avuto per anni occasione di frequentare magistrati quasi tutti di profilo culturale elevato e di animo sinceramente garantista e democratico, rilevando come ciò nonostante non esitassero a parlare (magari con una sfumatura di simpatia) non di una "razza degli zingari", ma certamente di una "cultura rom", a cui attribuivano specifiche caratteristiche, inevitabilmente con una componente di propensione alla delinquenza. Ognuno dei dati di esperienza che citavano a sostegno della loro rappresentazione era, tuttavia, riferito a una particolare frazione del mondo rom con la quale erano entrati in contatto attraverso il lavoro in giurisdizione, e che automaticamente estendevano all'insieme astratto dei "rom", come elemento di una "cultura" a questi comune. L'operazione mentale diventava così altrettanto arbitraria come derivare i dati di una supposta cultura "italiana" da comportamenti osservati con regolarità negli abitanti di uno specifico strato sociale di una particolare zona del nostro Paese, poniamo la parte orientale della provincia di Campobasso. L'esempio potrebbe apparire forzato, ma sarebbe facile citare rappresentazioni del mondo rom, dominanti tra gli operatori della giustizia di una certa città, che scaturiscono dall'incontro frequente con imputati che provengono tutti da un'area geografica molto ristretta, non più ampia di quella del nostro esempio, e da uno stesso gruppo sociale.

Il discorso andrebbe sviluppato in modo più articolato, ma mi sento di difenderne le conclusioni. Il magistrato, come altri, normalmente esclude dal proprio orizzonte cognitivo il "rom invisibile", che finisce per non influire sulla rappresentazione di cui sopra, e al contempo tende a trascurare la rilevanza del contesto di provenienza come elemento utile a spiegare certi modelli comportamentali. Impressionante è infatti la frequente "denazionalizzazione"

dei rom, per i quali la cittadinanza è ritenuta irrilevante. Un errore di lettura di enorme impatto pratico, che porta a considerare l'etichetta "abitante in un campo nomadi" o "rom" come assorbente rispetto al fatto che il "soggetto" abbia sviluppato la propria personalità a Mitrovica in Kosovo o in una periferia di Bucharest.

È possibile rafforzare il discorso con riferimenti più solidi. Quando mi affacciai al problema "rom e diritto" venti anni fa, sostanzialmente non esistevano nel panorama internazionale studi empirici seri sull'impatto della rappresentazione della cultura rom sull'operato delle giurisdizioni.

Nell'ultimo decennio questo vuoto è stato colmato, e proprio con riguardo alla realtà italiana, a seguito della pubblicazione dei volumi di Sabrina Tosi Cambini, *La zingara rapitrice*²⁶ e di Carlotta Saletti Salza *Dalla tutela al genocidio*²⁷.

Non è qui possibile riassumere il contenuto di queste opere, entrambe realizzate a partire da documenti relativi a vicende nelle quali il sistema giudiziario interveniva nei confronti di parti che erano inquadrate come appartenenti all'insieme rom. Nel primo caso si trattava di indagini nelle quali donne rom erano sospettate di sottrazione di minori e nel secondo di procedure culminate in dichiarazioni di adottabilità di minori rom pronunciate da giurisdizioni minorili. Studi di grande spessore metodologico, dettagliati ed estesi, che nel caso del lavoro di Carlotta Saletti Salza sono stati seguiti da un'ulteriore elaborazione che ha messo in luce l'impatto dell'allontanamento dei minori sulle famiglie e soprattutto le modalità dei genitori e dei famigliari di mantenere vivo il legame con il bambino, così «andando a toccare emozioni che spesso vengono partecipate solo con il silenzio»²⁸.

Il volume di Sabrina Tosi Cambini ha avuto discreta visibilità e diffusione, arrivando a una seconda edizione, e probabilmente ha contribuito a rendere più difficile l'operare nel futuro di uno stereotipo che (come ricordato nella postfazione alla seconda edizione) addirittura un criminologo altrimenti durissimo nello scrivere degli zingari come Hans Gross già cento anni fa dichiarava essere niente più che una leggenda.

Nel caso del lavoro di Carlotta Saletti Salza avverto invece una difficoltà a riferirne per l'ennesima volta il contenuto, visto l'impatto nullo che ha avuto. Il volume, per chi abbia voglia di leggerlo, contiene indicatori inconfutabili di un funzionamento delle giurisdizioni minorili influenzato da rappresentazioni arbitrarie della "cultura rom" con un impatto devastante sulle famiglie che

26. Tosi Cambini S., *La zingara rapitrice. Racconti, denunce, sentenze (1986-2007)*, CISU, Roma, 2008 (2ª ed. 2015).

27. Saletti Salza C., *Dalla tutela al genocidio. Le adozioni dei minori rom e sinti in Italia (1985-2005)*, CISU, Roma, 2010.

28. Saletti Salza C., *Famiglie amputate. Le adozioni dei minori dal punto di vista dei rom*, CISU, Roma, 2014, p.14.

entrano nell'occhio degli operatori. Un'indagine basata su un'amplissima documentazione analizzata in modo dettagliato e preciso.

L'importanza del volume venne segnalata su una rivista molto seguita nel settore della giustizia minorile, e le conclusioni dello studio vennero presentate dall'Autrice al menzionato convegno milanese del 2010²⁹, dove provocarono l'abbandono della sala da parte di alcuni assistenti sociali, apparentemente offesi da riferimenti al ruolo che i servizi avevano avuto nei procedimenti studiati. Il volume venne poi presentato, nel 2012, alla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato.

Vista l'incisività dello studio, la gravità del quadro che ne derivava e le occasioni di visibilità ero, a posteriori ingenuamente, convinto che avrebbe provocato reazioni istituzionali vivaci, anche solo per confutarne le conclusioni, che mettevano in luce un quadro più grave di quelli che in altri Paesi avevano avuto ricadute politiche importanti. Niente di tutto questo si è verificato, e non mi risultano dibattiti di alcun tipo. Un silenzio che stride, tra l'altro, con l'attenzione riservata negli ultimi anni al tema del presunto strapotere delle giurisdizioni nel decidere sull'allontanamento di minori (non rom) dalle famiglie. La mancanza di ogni reazione, per disattenzione o strategia, al lavoro di Saletti Salza da parte di chi è deputato alla vigilanza sull'operato delle giurisdizioni, *in primis* il Consiglio Superiore della Magistratura, e in generale l'assenza di un dibattito serio all'interno della magistratura minorile, porta a chiedersi non tanto cosa possa essere fatto per aumentare la consapevolezza del problema all'interno della magistratura, ma *se* sia in assoluto possibile fare qualcosa.

6. Una piccola proposta giuspolitica: dimenticare i rom

Una rassegna di questo genere obbliga a fare un tentativo di bilancio, che è inevitabilmente sconcertante. Un bilancio che per molti versi stupisce anche me, ma – per mantenere la metafora economicistica – più per le caratteristiche di alcuni capitoli piuttosto che per il saldo complessivo. Non ho mai avuto dubbi che l'antiziganismo, la ziganofobia e gli stereotipi più banali fossero così radicati nella società da non potersi attendere un loro indebolimento, almeno non in pochi decenni. Sinceramente, non pensavo, tuttavia, che il modo di “pensare i rom” proprio delle componenti culturalmente più arretrate della società si rivelasse capace di sopravvivere così a lungo anche all'interno delle

29. Al convegno milanese era presente anche Laura Laera, all'epoca presidente dell'Associazione Italiana Magistrati per i Minorenni e la Famiglia, nella cui relazione (plausibilmente basata sul testo dell'intervento svolto al convegno), leggibile in *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia, op. cit.*, p. 1145 ss., l'Autrice si riserva una attenta analisi dei risultati della ricerca di Saletti Salza. Non risultano tuttavia suoi interventi successivi sul tema.

istituzioni e delle *élites* che ne controllano il funzionamento, e che tutto ciò continuasse anche quando in Italia venivano prodotte analisi tra le più avanzate, che disvelavano meccanismi di stereotipizzazione e stigmatizzazione con conseguenze molto pesanti per le comunità coinvolte.

Il tono generale di queste pagine è forse a tratti pungente. Credo, tuttavia, che sceglierne un altro sarebbe stato fuori luogo, non fosse altro per il contesto nel quale vedono la luce. La gravità dei problemi irrisolti sarà esasperata dalla pandemia in corso, che rappresenta già da ora un colpo durissimo per le comunità più deboli tra rom e sinti, non solo per le conseguenze sanitarie, ma per le ricadute generali della crisi economica e sociale inevitabilmente avviata. Il disinteresse del Governo appare totale, e alla luce della visione dei “campi nomadi” sopra illustrata la cosa non stupisce. Unico transitorio correttivo appare la sparizione dei “nomadi” dal *focus* mediatico con la sospensione delle forme di vessazione più brutali, come ad esempio gli sgomberi, essendo le energie delle istituzioni deviate verso altre priorità.

Non tento di introdurre una *pars construens*, una componente propositiva circa una possibile strategia giuspolitica per rimuovere le incrostazioni antizigane dalle istituzioni. Da un lato mi sembra che nessuna strategia sia possibile senza una preliminare comprensione dell’effettiva struttura dei problemi nel circuito istituzionale, e dall’altro una proposta articolata richiederebbe spazio e sedi differenti.

Mi permetto però di suggerire una sorta di “strategia mentale” utile a chi, lavorando all’interno delle istituzioni e non avendo desiderio, interesse o tempo per approfondire la realtà dei “mondi rom” vuole cercare di evitare che, inconsapevolmente, le proprie azioni siano mosse da costruzioni arbitrarie. La strategia ha una struttura tutto sommato abbastanza semplice, che potrebbe essere ridotta allo *slogan* “Dimentichiamoci dei rom”. In termini sociali e culturali poco o nulla può essere considerato come comune a tutto il mondo rom, e quelle cose che potrebbero essere considerate tali a costo di qualche semplificazione e forzatura non sono utili come dati per orientare l’azione di polizie e giurisdizioni nelle democrazie e negli stati di diritto europei.

Buttiamo quindi tranquillamente nel tritacarta tutto quanto troviamo scritto in ambito giuridico in tema di “cultura rom” senza ulteriori specificazioni, che siano sentenze della Cassazione o testi dottrinali in tema di “reati culturalmente orientati”. Accettiamo di ammettere nel circuito della cultura giuridica solo “rom contestualizzati”, nello spazio e nel tempo. Parlare dei modelli culturali prevalenti in un dato momento e in un dato contesto, in cui vivono prevalentemente persone che si riconoscono come rom, può avere valore conoscitivo, e molto spesso portare a scoprire che le dinamiche sono simili a quelli di altri luoghi “non rom”. Se non siamo in grado – come nella maggior parte dei casi – di disporre di dati di contesto attendibili riportiamo allora il “rom” alla sua identità formale, cittadino rumeno, italiano, macedone. *Stop.*

Concludo riprendendo parole che ho già scritto in precedenza, circa il problema dei “campi nomadi” «Molti campi nomadi sono luoghi socialmente degradati, con dinamiche tuttavia molto simili a quelle che caratterizzano certe periferie urbane, a volte le stesse dove sono dislocati i campi. Semplicemente, i campi sono luoghi in cui prevale la presenza di persone che corrispondono a una certa immagine di diversità incasellata (gli “zingari”), facilmente riconoscibile e distinguibile. Nessun governante proporrebbe regole *ad hoc* sul controllo degli abitanti (non rom) dei peggiori inferni suburbani d’Italia, anche dove i tassi di criminalità sono altissimi»³⁰.

Interiorizzare questo e altri dati di realtà nel funzionamento della macchina del diritto sembrerebbe un compito adeguato per i prossimi venti anni, vista la *performance* modesta di quelli appena trascorsi.

30. Così in *Salvini come Eichmann?*, «Questione giustizia», 6.7.2018, ora in *Rom, anti-ziganismo e cultura giuridica*, *op. cit.*, p. 162.

Parte IV

Asilo e protezione internazionale

L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale

di Paolo Bonetti*

Sommario: 1. Evoluzione del diritto di asilo e dello status di rifugiato in Italia e in Europa dal 1945. – 2. Incertezze e lacune della nozione internazionale di rifugiato e dei suoi contenuti e cenni alla tutela indiretta del diritto di asilo derivante dalla Convenzione europea sui diritti umani. – 3. La tutela del diritto di asilo nei sistemi costituzionali democratici, – 3.1. L'asilo nel sistema costituzionale francese, – 3.2. L'asilo nel sistema costituzionale tedesco, – 3.3. L'asilo nel sistema costituzionale spagnolo. – 4. L'evoluzione del diritto di asilo in Italia. – 5. Interpretazione e attuazione del diritto d'asilo previsto dalla Costituzione italiana. – 6. I profili di illegittimità della nozione di Paese di origine sicuro. – 7. I profili di illegittimità costituzionale del sistema di accoglienza territoriale.

1. Evoluzione del diritto di asilo e dello status di rifugiato in Italia e in Europa dal 1945

Un approfondimento minimo sul diritto di asilo in Italia e in Europa esige alcuni brevi cenni molto sommari ad alcuni aspetti fondamentali della nota evoluzione storica del diritto di asilo¹ in Europa dopo la fine della Seconda guerra mondiale per tentare di comprendere le questioni di fondo che sono perdurate nello scenario dell'approccio europeo all'asilo.

In Europa decine di milioni di persone furono costrette a migrare a conclusione dell'immane conflitto: ex deportati nei campi di sterminio (tra cui milioni di ebrei che volevano emigrare, spesso attraverso i porti italiani, verso la Palestina), milioni di prigionieri di guerra man mano liberati, milioni di

* Professore associato confermato di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Milano-Bicocca, Dipartimento di giurisprudenza.

1. Sull'evoluzione storica del diritto di asilo, cfr., tra i tanti, da ultimo, Rescigno F., *Il diritto di asilo*, Carocci, Roma, 2011, p. 19 ss.; Mastromarino F., *Il diritto di asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Giappichelli, Torino, 2012.

polacchi e 14 milioni di tedeschi, ma anche russi, bielorusi, ucraini, lituani, a cui fu imposto lo spostamento delle popolazioni di lingua e cultura diversa con provvedimenti adottati nei nuovi Stati (come fu per i tedeschi dei Sudeti espulsi dai decreti cecoslovacchi del 1946) o con le modifiche territoriali dei trattati di pace².

Talvolta i trattati consentirono il mantenimento della cittadinanza soltanto a chi facesse l'opzione di restare nel territorio dello Stato di cittadinanza, abbandonando i beni che avevano nei territori in cui vivevano, ormai ceduti alla sovranità dell'altro Stato: è ciò che accadde a circa 350.000 italiani che dal 1943 al 1956 fuggirono dai territori della Venezia Giulia e dalla Dalmazia ceduti all'ex Jugoslavia, per effetto del Trattato di pace tra le Potenze Alleate ed Associate e l'Italia³, firmato a Parigi il 10 febbraio 1947, la cui ratifica fu autorizzata con la legge 2 agosto 1947, n. 811 approvata negli ultimi giorni del luglio 1947 dall'Assemblea costituente tra proteste generalizzate.

Esodi del genere si erano verificati anche in precedenza, ma ai tanti fuggiti in seguito al 1945 e alle politiche dirette nei loro confronti fu sempre più utile, come mai prima di allora, la tutela dei diritti fondamentali della persona in quanto tale.

Essi furono garantiti a livello internazionale dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, il cui art. 14 prevede anche il diritto di ogni persona di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni.

Tale norma rivela l'ambiguità di fondo del diritto d'asilo nel diritto internazionale: si riconosce a chi è perseguitato il diritto di godere asilo, ma non si prevede espressamente un diritto soggettivo dell'individuo ad entrare in uno Stato, né il dovere di ogni Stato di accoglierlo. Ogni Stato conserva un margine di discrezionalità nella definizione della materia, quale diretto corollario del principio di sovranità nazionale, anche perché vi è sempre qualche Stato che teme l'ingresso di spie e fomentatori di disordini⁴.

2. Cfr. Collinson S., *Le migrazioni internazionali e Europa*, tr. it. il Mulino, Bologna, 1993, p. 95.

3. Il trattato disponeva la perdita automatica della cittadinanza per tutti i cittadini italiani che, al 10 giugno 1940, erano domiciliati in territorio ceduto dall'Italia a un altro Stato e per i loro figli nati dopo quella data, fatta salva la facoltà di optare per la cittadinanza italiana entro il termine di un anno dall'entrata in vigore del trattato stesso. Si dava inoltre facoltà allo Stato al quale il territorio era ceduto di esigere il trasferimento in Italia dei cittadini che avessero esercitato l'opzione suddetta, entro un ulteriore anno. Tale clausola, di cui la Repubblica Socialista Federale di Jugoslavia si avvalse, determinò il fenomeno dell'esodo giuliano dalmata dell'immediato dopoguerra. Lo Stato al quale i territori erano stati ceduti, tuttavia, avrebbe dovuto assicurare il godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali, ivi comprese la libertà di espressione, di stampa e di diffusione, di culto, di opinione politica, e di pubblica riunione a tutti i residenti nel territorio stesso. Analoghe disposizioni erano previste per i cittadini di lingua slovena, serba e croata domiciliati in territorio italiano.

4. Lanzerini F., *Asilo e Diritti Umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 105-107.

In ogni caso al di fuori degli obblighi eventualmente risultanti da accordi internazionali, sul piano del diritto internazionale generale mancano vincoli alla libertà dello Stato di concedere o negare l'asilo sul proprio territorio⁵. Secondo la definizione elaborata dall'Institut de droit international, nella sessione congressuale di Bath del 1950, il diritto d'asilo consiste nella protezione accordata da uno Stato, all'interno della propria sfera territoriale (asilo territoriale) o in altro luogo (asilo extraterritoriale, ad es. presso missioni diplomatiche) ad uno straniero che ne faccia richiesta, in quanto perseguitato per motivi politici. Perché vi sia asilo, dunque, non è sufficiente che lo Stato di emigrazione offra allo straniero una qualche forma di rifugio, con la conseguente ammissione sul proprio territorio, ma occorre che ne assuma la protezione contro ogni forma di ritorsione eventualmente attuata da altri Stati⁶.

In ogni caso dopo il 1945 l'immigrazione per motivi politici continuò dai Paesi autoritari o socialisti verso gli Stati democratico-sociali e ad essa si diede una tutela a livello internazionale con molti noti strumenti che nella presente sede si possono soltanto accennare. Anzitutto l'accordo di Londra del 15 ottobre 1946 relativo alla concessione di documenti di viaggio ai rifugiati, sotto la competenza del Comitato intergovernativo per i rifugiati.

Poi fu stipulato il principale strumento internazionale tuttora vigente, cioè la Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo *status* dei rifugiati, integrata dal Protocollo del 31 gennaio 1967 e dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale, adottata dall'Assemblea Generale il 14 dicembre 1967. Fu pure concluso un Accordo relativo ai marinai rifugiati, firmato all'Aja il 23 novembre 1957.

A livello regionale americano furono concluse anche la Convenzione americana sull'asilo territoriale, firmata a Caracas il 28 marzo 1954, alla Conferenza dell'Organizzazione degli Stati Americani e la Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati, adottata dal Colloquio sulla protezione internazionale dei rifugiati in America Centrale, Messico e Panama (Cartagena de Indias, 19-22 novembre 1984).

A livello europeo si ricorda l'Accordo europeo relativo all'abolizione dei visti per i rifugiati, firmato a Strasburgo il 20 aprile 1959 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa e la Dichiarazione del Consiglio d'Europa sull'asilo territoriale (18 novembre 1977).

A livello africano fu adottata la Convenzione dell'OUA relativa agli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa, firmata ad Addis Abeba il 10 settembre 1969, alla VI Conferenza dell'Organizzazione dell'Unità Africana.

5. Giuliano M., voce "Asilo (diritto di), c) diritto internazionale", in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, 1958, pp. 204 ss.; Azara A., voce "Asilo (diritto internazionale)", in *Nuovissimo Digesto italiano*, I, tomo II, p. 1039.

6. Cfr. Bernardi E, voce "Asilo politico", in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, vol. I, Torino, 1987, pp. 421-430.

Come si illustrerà meglio nel prossimo paragrafo queste convenzioni americana e africana allargarono la nozione di rifugiato posta dalla Convenzione di Ginevra del 1951, che rimase inadeguata in Europa a regolare un fenomeno più vasto delle mere persecuzioni.

Questa via di ingresso di persone in fuga da persecuzioni individuali per motivi politici, religiosi ed etnici fu garantita in modo abbastanza effettivo almeno fino al 1989 in tutti gli Stati democratici europei, anche per motivi geopolitici, anche perché le repressioni contro il dissenso e i movimenti anticomunisti costrinsero alla fuga 200.000 ungheresi nel 1956 e 100.000 cecoslovacchi nel 1969, oltre a 3 milioni e mezzo di tedeschi della DDR, agli ebrei in fuga dai Paesi dell'est e ai turchi espulsi dalla Bulgaria⁷.

Anche le persone in fuga dai regimi autoritari o socialisti latinoamericani, africani e asiatici trovarono asilo negli Stati democratici europei, ma non in Italia che fino al 1989 applicò la riserva geografica alla Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato, in base alla quale furono riconosciuti rifugiati soltanto i cittadini di Stati europei.

La caduta dei regimi comunisti in Europa portò dal 1989 a imponenti movimenti migratori. Dapprima si trattò di richiedenti asilo, molto spesso considerati con sospetto, anche perché dal 1973 erano chiusi altri ingressi regolari agli stranieri, come accadde in Germania e in Francia.

A questi flussi le legislazioni nazionali europee reagirono spesso con sospetto e tentando di contenerli, mediante la previsione di procedure accelerate e semplificate, l'introduzione del concetto di "Paese di origine sicuro" del richiedente asilo, il che comporta procedure accelerate e meno garantiste di accesso e di esame delle domande, la previsione di maggiori controlli di polizia e di misure coercitive per impedire l'ingresso o favorire l'espulsione degli stranieri.

Si reagì anche con la stipula di accordi bilaterali di riammissione con gli Stati di origine o di transito per incentivarli a responsabilizzarsi e ad anticipare il controllo, in direzione anche di una esternalizzazione dei controlli di frontiera, che fece la sua prima comparsa nella Convenzione di applicazione degli accordi di Schengen del 1990.

È importante rilevare che molte di queste misure furono dapprima ideate a livello nazionale in Francia e in Germania negli anni Ottanta ispirarono il contenuto delle norme che furono poi adottate a livello europeo in materia di immigrazione, asilo, rimpatri e controllo delle frontiere.

Vi furono poi esodi di massa per fuggire a massacri e conflitti interetnici, come la guerra nell'ex Jugoslavia tra il 1991 e il 1999, quelle in Somalia dal 1991 o in Ruanda nel 1994, ai quali si rimediò con norme differenti, che rivelarono i limiti di fondo della strumentazione giuridica.

7. Cfr. Collinson S., *op. cit.*, pp. 95-98.

Occorre ricordare che a livello europeo dal 1996 entrò in vigore l'accordo di Schengen firmato nel 1985 e la sua Convenzione di applicazione del 1990 che stabilisce l'obbligo per il vettore di riprendere immediatamente a suo carico e a sue spese lo straniero da esso trasportato che sia respinto perché sprovvisto dei documenti e dei presupposti per l'ingresso.

Questo principio trasferisce oneri anche economici sui vettori pubblici e privati, il che induce i vettori stessi a controllare tutti i presupposti e i documenti che consentono il regolare ingresso nel territorio dello Stato in cui il viaggiatore intende recarsi. Di fatto così i controlli sulle persone straniere sono anticipati e spostati a carico dei vettori prima della partenza dal Paese di partenza. Tale obbligo è tuttora previsto nei regolamenti dell'UE che regolano l'attraversamento delle frontiere e nelle legislazioni di tutti gli Stati UE, tra cui l'Italia nell'art. 10 d.lgs. n. 286/1998.

Tale principio finisce col rendere molto difficile il viaggio regolare non tanto e non solo al migrante alla ricerca di un lavoro, quanto soprattutto proprio alla grande maggioranza dei richiedenti asilo, i quali da sempre sono costretti a fuggire dal proprio Paese senza un passaporto e senza un visto di ingresso che deve essere apposto su quel passaporto, il che è impossibile per chi percepisca il rischio concreto e attuale di essere perseguitato dalle autorità del proprio Paese a cui dovrebbe chiedere il passaporto.

Questo principio alla fine si rivela del tutto controproducente sia per il diritto di asilo, sia per il controllo delle frontiere: da un lato gli asilanti sprovvisti di passaporti e visti mai possono ipotizzare un regolare viaggio aereo o marittimo per fuggire dal proprio Paese, e dall'altro lato la gran parte degli ingressi degli asilanti deve avvenire in modo irregolare e spesso mediante l'opera pericolosa e costosa di persone senza scrupoli.

L'esternalizzazione è poi ulteriormente cresciuta in qualità e in quantità allorché ogni Stato e la stessa UE hanno concluso accordi di riammissione delle persone in situazione di soggiorno irregolare, i quali riguardano tutti coloro che siano transitati irregolarmente dal territorio dello Stato estero firmatario, così spostando su tale Stato l'onere di un più forte controllo delle sue frontiere. Già negli anni Novanta infatti gli Stati più coinvolti nella gestione dei flussi migratori di crearono un approccio extraterritoriale alle politiche rivolte ai rifugiati ed ai richiedenti asilo politico volto a sperimentare politiche di "non ingresso" nel territorio delle persone al fine di sottrarle alla possibilità di usufruire della giurisdizione statale.

L'entrata in vigore della Convenzione di Dublino del 1990 sulla determinazione dello Stato competente ad esaminare le domande di asilo ebbe come presupposto la fine della possibilità dell'asilante di scegliersi il Paese in cui chiedere asilo e come effetto uno spostamento sui Paesi di primo approdo, come l'Italia, dell'onere di accogliere ed esaminare le domande di asilo di stranieri entrati irregolarmente.

Dal 1990 l'ampiezza della tutela del diritto di asilo costituì un motivo di attrazione di persone in fuga da persecuzioni e da guerre, ma da allora le richieste di asilo oscillarono spesso tra gli ingressi che miravano al diritto di asilo al solo fine di chiedere ed ottenere l'ingresso in alcuni Stati con scopi prevalentemente economici e gli ingressi massicci a seguito di guerre e guerriglie e per potere tentare di governare simili movimenti migratori massicci, imprevisi e imprevedibili in una spazio di libertà, sicurezza e giustizia era indispensabile ridurre al massimo le notevoli differenze che ogni Stato UE aveva sia nelle sue procedure di esame delle domande asilo, sia nei presupposti per riconoscerlo e nel tipo di assistenza fornita agli asilanti.

Perciò gli Stati delle Comunità europee e poi dell'UE all'interno del nuovo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e a fianco di una politica comune sull'immigrazione comportò a partire dagli anni 2000 l'elaborazione di una politica comune che mirava a costruire un vero e proprio *sistema europeo dell'asilo*, fondato sul reciproco riconoscimento delle decisioni in materia di asilo, per costruire il quale occorrono norme omogenee concernenti il riconoscimento e i contenuti delle *due qualifiche di protezione internazionale riconosciute dell'UE* dal 2004 (non soltanto lo *status* di rifugiato previsto dalla Convenzione di Ginevra, ma anche una protezione sussidiaria, il che comportò talvolta alcune modifiche costituzionali interne), norme comuni circa le procedure di presentazione ed esame delle domande di riconoscimento degli *status*, circa le misure di assistenza dei richiedenti asilo, ma anche aiuti reciproci e criteri e modi per determinare lo Stato competente ad esaminare la domanda, supportato pure da un apposito sistema informatico comune per le impronte digitali (EURODAC) e da un apposito Ufficio europeo per l'asilo (EASO).

Ecco una potenziale contraddizione del sistema europeo in materia di asilo: l'intero sistema europeo di asilo ha richiesto notevole impegno da parte di ogni Stato, ma poi si è rivelato fallace allorché lascia ad ogni Stato la scelta discrezionale se allargare la protezione ad altri soggetti oltre a coloro che possono beneficiare della protezione internazionale e allorché lascia ogni Stato in balia degli eventi dei flussi migratori e privi di immediati e concreti aiuti economici di supporto adeguati all'entità di ogni flusso di migrati in fuga, se non col supporto degli scarsi fondi comunitari e delle deboli agenzie dell'UE. Così Stati piccoli (Malta e Cipro) o molto deboli economicamente (Grecia, Ungheria, Croazia, Bulgaria) o con migliaia di chilometri di coste navigabili (Italia) sono stati lasciati soli a sostenere i costi per vigilare le proprie frontiere e ad accogliere i richiedenti asilo, ben sapendo che tali costi sono stati sostenuti in vista di un'esigenza comune a tutti gli altri Stati UE, cioè in nome della vigilanza degli accessi degli stranieri allo spazio comune di libertà sicurezza e giustizia. Tali contraddizioni impedirono di governare un numero massiccio dei migranti e richiedenti asilo, come è poi avvenuto dal 2011 al 2019.

Il grande flusso migratorio che dal 2011 al 2019 ha investito l'Italia, l'Europa e il Mediterraneo ha messo a dura prova il diritto di asilo, anche se il

diritto di asilo dovrebbe reggere anche in una situazione di guerra e in una situazione di grandi esodi di massa.

Tuttavia a partire dal 2011 si è verificato il congiunto muoversi verso l'Europa centro occidentale di migranti, in fuga dal Nord Africa e dall'Africa subsahariana sconvolta da terrorismo e guerre civili (soprattutto in Mali e in Nigeria) e in particolare dalla Libia (sconvolta da numerosi episodi di guerra civile), dai conflitti in corso in Siria (sconvolta dalla più grave guerra civile dopo la seconda guerra mondiale) e in Iraq (squassato dall'integralismo islamico autoproclamatosi per la prima volta Stato) e dalla guerra civile in Ucraina. Tutto ciò ha portato ad uno scenario inaudito dalla Seconda guerra mondiale, in cui il numero di persone in fuga, di richiedenti asilo e rifugiati, nel 2015 non è mai stato così alto dal 1945, l'Europa è al centro dei flussi migratori spesso inevitabili, il Mediterraneo è il luogo di sbarchi concentrati e le coste italiane uno dei principali porti di sbarco.

Il principio di solidarietà previsto nei trattati UE restò sostanzialmente inattuato anche in situazioni in cui l'aumento notevole delle richieste di asilo proveniva da flussi migratori concentrati nel tempo e provenienti dalle coste del Mediterraneo, sicché ogni Stato tentò di controllare coi suoi fondi le frontiere interne ed esterne. Il difetto si manifestò nel 2015 quando Ungheria, Croazia, Slovenia, Grecia e Italia adottarono modi e tempi diversi per controllare le frontiere esterne dell'UE, tutti inefficaci ad impedire alcun ingresso irregolare di migranti e richiedenti asilo, il che ha comportato sia un collasso di ogni controllo, sia un'applicazione molto disomogenea dei diritti fondamentali del migrante e del richiedente asilo, sia una deroga generale dei criteri di determinazione degli Stati competenti ad esaminare le domande.

Le misure di solidarietà si limitarono ad aiuti finanziari della Commissione agli Stati in difficoltà e nella fornitura di ausili a Italia, Grecia, Spagna, Malta, Cipro da parte delle agenzie europee, comunque inadeguati a livello organizzativo e finanziario rispetto al fabbisogno oggettivo di alcuni Paesi interessati da massicci flussi migratori incontrollati di richiedenti asilo, oltre che alle Decisioni 2015/1601 e 2015/1523 che consentirono fino al settembre 2017 di ricollocare dall'Italia e dalla Grecia in altri Stati membri dell'UE non più di 160.000 richiedenti asilo, ma previa complessa valutazione di ogni straniero da parte delle autorità di ogni Stato e limitatamente ai cittadini di Stati, le cui percentuali medie di riconoscimento della protezione internazionale raggiungessero almeno la media complessiva in tutta la UE del 75% delle domande decise nell'ultimo anno (il che limitò i ricollocamento ai soli siriani, eritrei, irakeni, yemeniti, centrafricani).

Nel 2016 una mera raccomandazione UE approvò il programma europeo di reinsediamento negli Stati UE dei rifugiati ospitati in altri Stati, che consentì di reinsediare soltanto la cifra massima irrisoria di 20.000 rifugiati presenti negli Stati nordafricani, mediorientali e del Corno d'Africa, con il finanziamento da parte della Commissione UE del reinsediamento effettivo

dei rifugiati da parte di ogni Stato distribuiti tra i Paesi dell'UE in funzione di una complessa chiave di distribuzione basata sui seguenti criteri: a) il prodotto interno lordo del Paese dell'UE, per valutare la sua capacità economica di ospitare rifugiati (40%); b) la popolazione, per considerare la sua capacità di assorbire un determinato numero di rifugiati (40%); c) il tasso di disoccupazione, come indicatore della sua capacità di integrare rifugiati (10%); d) il numero di richieste di asilo presentate in passato e il numero di rifugiati reinsediati per milione di abitanti tra il 2010 e il 2014, dati che rispecchiano gli sforzi fatti dal Paese dell'UE nel passato recente (10%). Sulla base di questi criteri la Germania reinsiederà il maggior numero di persone (3.086, il 15,4%), seguita da Francia (2.375, l'11,8%), Regno Unito (2.309, l'11,5%) e Italia (1.989, il 9,9%).

In ogni caso la mancata previsione nelle norme UE della possibilità di presentare domanda di asilo nei Paesi di origine o provenienza (che qualche Stato UE ha informalmente attivato per cifre esigue o mediante protocolli per l'attuazione di "corridoi umanitari" con soggetti del Terzo settore⁸ o organizzazioni internazionali) ha reso evidente che l'alternativa disponibile al singolo era restare in campi profughi gestiti da UNHCR (come in Giordania) o nascosto negli Stati di transito (come in Libano) o in campi da essi gestiti formalmente o informalmente anche con misure disumane e degradanti (come accade in Libia) oppure affidarsi ad organizzazioni criminali per un ingresso irregolare nell'UE, nella speranza (spesso vanificata dei criteri del regolamento UE sulla determinazione dello stato competente a determinare le domande di asilo) di raggiungere amici o parenti già presenti in altri Stati UE e di potere emigrare legalmente.

Un'alternativa praticata è stata l'organizzazione di spedizioni militari marittime congiunte per soccorrere le decine di migliaia di naufraghi, che sono stati in gran parte trasportati in Spagna o Italia o Grecia o Malta.

Inoltre, la rigidità dei criteri di determinazione dello Stato competente previsto dal regolamento UE ha fatto ricadere tutto il flusso migratorio di naufraghi soccorsi e giunti irregolarmente soprattutto su alcuni Stati alle frontiere esterne (Italia, Grecia, Malta, Spagna e Cipro), ma poi la rigidità di quei criteri è stata derogata sia dai ricorsi giudiziari, sia dalla decisione tedesca del 2015 di ammettere 1 milione di siriani che stavano attraversando a piedi tanti Stati europei.

Per il resto le istituzioni dell'UE tuttora non hanno trovato consenso sulla riforma delle norme del sistema europeo di asilo, mentre le decisioni operative adottate su cui i Governi degli Stati membri dell'UE paiono concordare

8. Sulle prime esperienze italiane di "corridoi umanitari" cfr. Morozzo della Rocca P., *I due protocolli d'intesa sui "corridoi umanitari" tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2017.

sull'esigenza di tenere lontano per il futuro l'arrivo di flussi incontrollati di richiedenti asilo mediante misure di esternalizzazione dell'asilo e del controllo delle frontiere.

2. Incertezze e lacune della nozione internazionale di rifugiato e dei suoi contenuti e cenni alla tutela indiretta del diritto di asilo derivante dalla Convenzione europea sui diritti umani

Prima di approfondire ciò che accadde in alcuni Stati europei nei loro sistemi costituzionali occorre ricordare almeno tre aspetti critici che costituiscono lacune di fondo o debolezze ricavabili dalla disciplina internazionale dello *status* di rifugiato, per colmare le quali le varie forme di diritto di asilo previste a livello costituzionale sono state indispensabili.

In primo luogo, *la nozione di rifugiato è limitata e incerta.*

Infatti, nella Convenzione di Ginevra è limitata allo straniero o all'apolide che fugga dal proprio Paese di cittadinanza o residenza perché ha il timore fondato di essere perseguitato per ragioni di religione, di razza, di opinioni politiche e di appartenenza e non possa o non voglia fare rientro nel proprio Paese.

Ovviamente le nozioni di “timore fondato” e di “persecuzione”, gli agenti di persecuzione, gli atti, i tempi della persecuzione e i motivi di persecuzione sono in sé interpretabili ed applicabili in modo incerto e differenziato da Stato a Stato, il che rende la stessa nazione di rifugiato differenziata, a seconda della interpretazione ed applicazione che ne fa ogni Stato.

Non a caso UNHCR in vari modi tenta di indurre gli Stati a criteri uniformi e uno dei pilastri della politica dell'asilo prevista a livello dell'UE comporta proprio l'esigenza di stabilire criteri comuni e vincolanti per interpretare e applicare lo *status* di rifugiato e i suoi contenuti.

A livello regionale africano e americano la stessa nozione è ritenuta troppo ristretta e non sufficiente e perciò è stata allargata anche ad altre figure. Nella Convenzione africana la nozione di rifugiato si allarga alle vittime di aggressione esterna, occupazione, dominio straniero o gravi turbamenti dell'ordine pubblico che inducono a cercare rifugio in un altro Stato. La stessa Convenzione si occupa del diritto di asilo e stabilisce che a nessuno può essere rifiutato di essere ammesso alla frontiera, oppure essere respinto o espulso, se questo lo dovesse obbligare a fare ritorno o a restare in un territorio dove la sua vita, integrità fisica o libertà sono minacciate (principio di non respingimento).

Nella Dichiarazione americana di Cartagena del 1984 (non vincolante, ma fatta propria dalla legislazione di tanti Stati latinoamericani) la nozione si estende anche a chi fugge dal suo Paese perché la sua vita, sicurezza o libertà è minacciata da violenze generalizzate, da un'aggressione straniera, da un con-

flitto interno, da massicce violazioni dei diritti umani o da altre gravi turbative dell'ordine pubblico.

Dunque, la protezione internazionale spettava in Europa ai perseguitati individuali, mentre in Africa e in America anche a persone in fuga da fenomeni collettivi violenti politici o bellici. Questa differenza è fondamentale e spiega perché per 60 anni tanti stranieri non ottennero asilo in tanti Stati europei, tentando di ottenere lo *status* di rifugiato per soggiornare legalmente nel Paese di arrivo, pur fuggendo da conflitti o disordini generalizzati⁹, se non nelle forme, più incerte, dell'asilo costituzionale che si sono attuate in vari Stati, come Francia, Germania, Spagna, Italia, delle quali si tratterà più oltre.

Peraltro è noto che interventi di ampliamento del mandato dell'UNHCR, che ha progressivamente esteso le proprie competenze fino a comprendere anche la protezione degli sfollati e dei rifugiati economici in forza dell'art. 8 lett. d) del suo Statuto (General Assembly Resolution 428.V, 14.12.1950), ove si invitano i Governi a cooperare con l'Alto Commissariato nell'esercizio delle sue funzioni, «ammettendo sul loro territorio i rifugiati senza escludere coloro che appartengano alle categorie più diseredate». Sia le risoluzioni dell'Assemblea generale dell'ONU approvate dal 1956, sia il Comitato esecutivo dei Programmi, istituito nel 1957, hanno esteso le funzioni assistenziali e di protezione dell'UNHCR a scopi umanitari (in favore delle “displaced persons” ovvero, più genericamente, di “refugee of concern to the international community” anche in caso di esodi di massa)¹⁰.

La fine delle guerre civili nell'ex Jugoslavia dal 1991 al 1999 che costrinsero alla fuga centinaia di migliaia di persone favorì l'approvazione della Direttiva UE sulla protezione temporanea in casi di esodi di massa (mai applicata) e della Direttiva 2004/83/CE sulle qualifiche di protezione internazionale, che istituì a livello dell'UE la protezione internazionale, comprendente sia lo *status* di rifugiato, sia lo *status* di protezione sussidiaria in favore dello straniero o apolide che teme di subire danni gravi derivanti da tortura o pena di morte o violenza generalizzata ai civili in situazione di conflitto interno o internazionale.

La seconda difficoltà deriva dal fatto che la nozione internazionale di rifugiato si fonda sulla situazione del Paese di cui lo straniero è cittadino. Ciò significa che nessuna protezione diretta può avere lo straniero che abbia dovuto lasciare un altro Paese di cui non sia cittadino nel quale viveva ma correva il

9. Sul punto, si vedano Pedrazzi F., “Commento all'art. 1 decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416 convertito nella legge 28 febbraio 1990, n. 39 e modifiche successive”, in Nascimbene B. (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma*, Cedam, Padova, 1997, p. 98; Brunelli G., “Art. 18. Diritto di asilo”, in Bifulco R., Cartabia M., Celotto A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 154.

10. Sul punto cfr. Beghé Loreti A., *Rifugiati e richiedenti asilo nell'area della Comunità europea*, Cedam, Padova, 1990, p. 20 ss.

rischio concreto di subire persecuzioni senza perciò volere o potere ritornare nello Stato di appartenenza. Questa lacuna si è rivelata grave proprio nei casi di fuga in massa di stranieri da alcuni Paesi in cui vivevano di fatto o di diritto centinaia di migliaia di stranieri. Si pensi al caso della Libia dal 2011.

La terza difficoltà deriva dalla mancanza nella Convenzione di Ginevra di norme procedurali vincolanti per tutti gli Stati circa le procedure di accesso allo status di rifugiato, a parte il divieto di respingimento e il divieto di sanzioni dell'ingresso irregolare o della presentazione "senza indugio" della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato, sicché ogni Stato è libero di decidere modi, tempi, procedure e garanzie, il che può rendere molto diversa da Stato a Stato l'effettiva accessibilità al riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Tale autonomia deve conciliarsi pure con la difficoltà di assicurare l'esercizio dei diritti fondamentali poiché «dalla concessione del diritto d'asilo possono gravare obblighi eccezionalmente gravosi per determinati paesi», come lo stesso preambolo della Convenzione di Ginevra ammette.

Peraltro, oltre alla tutela della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati e a quella del diritto di asilo previsto a livello delle singole costituzioni nazionale i richiedenti asilo hanno ottenuto ulteriore protezione mediante l'applicazione delle norme sui diritti umani adottate dal Consiglio d'Europa, tra le quali la Convenzione europea per i diritti umani e i suoi protocolli aggiuntivi, ma anche le convenzioni contro la tortura.

In particolare, la CEDU, come interpretata dalla Corte europea dei diritti umani, vincola sia ogni Stato membro dell'UE, sia la stessa UE, come prevedono i trattati, sicché la giurisprudenza della Corte dalla fine degli anni Ottanta ha influito sulle politiche migratorie e sul diritto di asilo, perché fu tenuta in considerazione nella riformulazione delle norme nazionali e nell'elaborazione delle norme europee.

Infatti, in base all'art. 1 CEDU gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno l'obbligo di garantire ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione, compresi gli stranieri, il rispetto dei diritti garantiti dalla CEDU e a tal fine la giurisprudenza della Corte impone alcune limitazioni al diritto degli Stati di impedire l'accesso alle proprie frontiere e dunque di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri dal proprio territorio¹¹.

Inoltre, l'applicazione di questi diritti dà ulteriore protezione ad ogni asilante, anche potenziale, circa tre aspetti¹²: a) le condizioni di accoglienza, il

11. Cfr. Corte EDU *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, 9214/80, 28 maggio 1985, § 67, serie A n. 94, e *Saadi c. Italia*, Grande Chambre, 37201/06, §§ 124-125, CEDU 2008.

12. In proposito per un esame analitico della giurisprudenza più importante della Corte EDU cfr. da ultimo, Liberto G., Roşu A.M., *Asilo e protezione internazionale nella Cedu*, «Questione giustizia», 2019.

trattamento e il trattenimento nel Paese europeo in cui si trova o chiede asilo; b) il rischio che lo straniero o l'apolide subisca violazioni di questi diritti in caso di invio o allontanamento verso un determinato altro Stato; c) il procedimento amministrativo e/o giudiziario di esame della sua domanda di asilo.

Anzitutto ogni forma di allontanamento di uno straniero dal territorio di uno Stato è inderogabilmente vietato qualora esponga una persona nel Paese di invio a un rischio effettivo di perdere la vita (art. 2) o di subire torture o pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 3) o di subire restrizioni illegali al diritto alla libertà e sicurezza senza un controllo di un giudice terzo e imparziale (art. 5 CEDU)¹³ o un flagrante diniego di giustizia¹⁴ o il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un giudice terzo e imparziale (artt. 6 e 13 CEDU) o il diritto al rispetto della vita personale o familiare (art. 8 CEDU), mentre non si richiede di dimostrare una persecuzione per uno dei motivi previsti nella Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1951.

La Corte EDU tende a esaminare i casi ai sensi dell'art. 2 o dell'art. 3 CEDU a seconda delle circostanze particolari del caso e del trattamento che la persona rischia di subire se espulsa o estradata: la prospettiva di morte vietata dall'art. 2 CEDU in caso di rimpatrio dev'essere quasi certa e devono sussistere motivi fondati per ritenere che la persona da allontanare correrebbe un rischio effettivo di essere vittima di tortura o pene o trattamenti inumani o degradanti vietate dall'art. 3 CEDU.

Ogni Stato ha l'obbligo inderogabile di proteggere anche lo straniero dal rischio di subire nello Stato di invio torture o pene o trattamenti inumani e degradanti, anche in caso di allontanamento per qualsiasi motivo, sicché il comportamento precedentemente tenuto dallo straniero nello Stato che lo allontana, anche se indesiderabile o pericoloso, non può essere tenuto in alcuna considerazione¹⁵.

Gli artt. 2 e 3 CEDU sono violati anche quando si neghi a persone in situazione di rischio l'ingresso attraverso una frontiera terrestre o quando vengano intercettate in mare. Così la Corte ha dichiarato che un gruppo di migranti, intercettati in mare dalle autorità italiane, non avrebbe dovuto essere sommariamente respinto verso la Libia, dove hanno corso un rischio concreto di subire trattamenti torture o trattamenti inumani o degradanti vietati dall'art. 3 CEDU, ma si sarebbe dovuto garantire loro la possibilità di presentare domanda di asilo in Italia, in modo da effettuare una procedura di identificazione e di valutare le circostanze specifiche di ogni richiedente asilo appartenente al

13. Cfr. Corte EDU, Grande Chambre, *El-Masri c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, ric. n. 39630/09, 13 dicembre 2012, par. 23.

14. Cfr. Corte EDU, *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, ric. n. 8139/09, 17 gennaio 2012, parr. 238 ss.

15. Cfr. Corte EDU, Grande Chambre, *Saadi c. Italia*, 37201/06, CEDU 2008.

gruppo interessato, perché altrimenti l'allontanamento violerebbe il divieto di espulsioni collettive previsto dall'art. 4 del Protocollo n. 4¹⁶.

Altri ostacoli all'allontanamento di un richiedente asilo possono derivare dal rischio di subire nel Paese di destinazione una violazione flagrante del diritto alla libertà e alla sicurezza senza detenzioni legali sottoposte al controllo di un giudice terzo e imparziale (art. 5 CEDU) o ad un effettivo processo equo (art. 6 CEDU), per esempio se lo Stato di destinazione ha intenzione di detenere il richiedente asilo in modo arbitrario senza sottoporlo a processo o per un periodo considerevole a seguito della sua condanna in un processo palesemente ingiusto. Tuttavia, in questi casi la Corte applica una soglia molto elevata¹⁷.

La Corte EDU verifica le conseguenze prevedibili dell'allontanamento di una persona verso il Paese di rimpatrio ed esamina le circostanze personali dell'interessato e le condizioni generali del Paese come, per esempio, se vi sia una situazione di violenza generalizzata o un conflitto armato o se si verificano violazioni dei diritti umani ed afferma che una persona appartenente ad un gruppo sottoposto a maltrattamenti sistematici non deve addurre prove relative ai fattori di rischio personale.

La Corte EDU nel 2008 per la prima volta affermò che una situazione di violenza generalizzata può, di per sé, comportare il divieto di tutti i rimpatri e poi ha precisato che una situazione di violenza generalizzata in un Paese non è sufficiente per configurare una violazione dell'art. 3 CEDU, ma quando la violenza è di grado o d'intensità sufficiente, non è necessario che la persona interessata dimostri che andrebbe incontro a una situazione peggiore rispetto ad altri membri del gruppo cui appartiene. È possibile che in alcuni casi la persona interessata debba dimostrare una combinazione di entrambi i fattori di rischio personale e di rischio da violenza generalizzata.

Nella valutazione del livello di violenza, la giurisprudenza della Corte EDU ha tenuto conto di alcuni criteri non esaustivi: se le parti del conflitto impiegassero metodi e tattiche di guerra tali da aumentare il rischio di colpire la popolazione civile o mirate direttamente ai civili; se l'uso di tali metodi e/o tattiche fosse diffuso tra le parti del conflitto; se i combattimenti fossero localizzati o diffusi; ed infine, il numero di civili uccisi, feriti e profughi a causa dei combattimenti.

La persona da allontanare può essere esposta al rischio di diverse tipologie di danno tali da configurare un trattamento vietato dall'art. 3 CEDU, sia che provengano dallo Stato ricevente stesso, sia da attori non statali, le malattie o le condizioni umanitarie di un determinato Paese.

16. Cfr. Corte EDU, Grande Chambre, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, 27765/09, CEDH 2012.

17. Cfr. Corte EDU, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia [GC]*, 46827/99 e 46951/99, CEDU 2005-I.

Il Paese che intenda allontanare lo straniero ha l'obbligo positivo di verificare preliminarmente l'esistenza di un rischio effettivo per la persona e, in caso di esito affermativo, l'obbligo negativo di non allontanarlo. Circa la nozione di "rischio", la Corte ha affermato che bisogna prendere in considerazione – cumulativamente o alternativamente – sia la situazione generale di rispetto dei diritti umani nello Stato di destinazione, sia la situazione specifica dell'individuo¹⁸.

Il carattere assoluto del divieto di allontanamento verso uno stato in cui sussiste il rischio di una violazione degli artt. 2 e 3 CEDU appare oggi mitigato dalla prassi delle assicurazioni personali o diplomatiche: il Paese da cui la persona è espulsa non incorre in una violazione della Convenzione allorché lo Stato di destinazione assicuri che l'individuo interessato sarà trattato conformemente agli artt. 2 e 3 CEDU¹⁹.

Lo strumento delle assicurazioni diplomatiche è stato utilizzato anche nei casi di rimpatrio di migranti gravemente malati, allorché le strutture sanitarie del Paese di origine fossero di livello inferiore rispetto a quelle disponibili nello stato parte della Convenzione. Nelle ipotesi in cui il ritorno in patria conduca a un declino serio, rapido e irreversibile delle condizioni di salute del soggetto interessato, da cui derivi una sofferenza intensa o una riduzione significativa dell'aspettativa di vita, lo stato di destinazione deve assicurare la disponibilità e l'accessibilità delle cure mediche di cui ha bisogno l'individuo interessato²⁰.

3. La tutela del diritto di asilo nei sistemi costituzionali democratici

I diritti fondamentali degli stranieri sono stati garantiti dalle costituzioni di tutti gli Stati democratico-sociali ancor prima delle norme internazionali.

Quelle costituzioni disciplinarono il diritto di asilo, vietarono le discriminazioni per motivi razziali, politici o religiose e assicurarono efficaci forme indipendenti di controllo giurisdizionale e di giustizia costituzionale.

In realtà la tutela effettiva enunciata nelle norme internazionali e costituzionali si affermò negli Stati democratico-sociali europei in modo effettivo e completo nella legislazione e nella giurisprudenza costituzionale ed internazionale soltanto dopo i primi 30 anni dalla fine della Seconda guerra mondiale, cioè a conclusione di un periodo di migrazioni volute e organizzate verso mol-

18. Cfr. Corte EDU, *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06, 28 febbraio 2008, par. 127.

19. Si veda sul punto Tancredi A., *Assicurazioni diplomatiche e divieto assoluto di refolement alla luce di alcune recenti pronunzie della Corte europea dei diritti umani*, «Diritti umani e diritto internazionale», 1, 2010, pp. 41-64.

20. Cfr. Corte EDU, Grande Chambre, *Paposhvili c. Belgio*, ric. n. 41738/10, 13 dicembre 2016, par. 119.

ti Stati, alcuni dei quali impegnati in enormi periodi di decolonizzazione che ebbero a loro volta imponenti effetti sulle migrazioni.

Da sempre il diritto di asilo negli Stati democratici è stato garantito in varie forme perché in Stati fondati su principi personalistici, pluralisti e democratici esso li riconferma pienamente.

La garanzia del diritto di asilo prevista nelle Costituzioni di molti Stati ha però una ampiezza molto diversa, sicché in essi l'incertezza e l'ambiguità giuridica continuarono fino all'armonizzazione europea avvenuta dopo il 2004, ma come si potrà capire l'itinerario di ogni Stato già prima dell'armonizzazione europea appare simile e conduce a due esiti: 1) affiancare o inglobare nel diritto di asilo costituzionale lo *status* di rifugiato, affiancandovi anche altre figure, che poi diverranno a livello europeo la protezione sussidiaria, ma anche forme di protezione umanitaria; 2) restringere e scoraggiare l'accesso al diritto di asilo da parte di persone che non ne avrebbero alcun diritto, sia mediante l'istituzione di liste di Paesi "sicuri" (di transito e/o di origine) da cui si presume l'infondatezza delle domande di asilo, salvo prova contraria, le quali sono trattate con procedure accelerate e semplificate e ridurre le garanzie giurisdizionali, prevedendo altresì appositi centri di transito o di frontiera in cui trattenere i richiedenti asilo in attesa della decisione (molto rapida) sulla loro domanda.

Insomma, è evidente a chi conosca le norme europee sull'asilo entrate in vigore nel 2004 e attuate in tutti gli Stati UE che esse contengono molti istituti giuridici derivanti dall'evoluzione del diritto di asilo in Francia, in Germania e in Spagna, mentre l'Italia giunge ad esiti simili soltanto nel 2018.

3.1. *L'asilo nel sistema costituzionale francese*

L'asilo in Francia fin dalla rivoluzione del 1789 era concepito come diritto dell'individuo alla protezione contro la persecuzione, sebbene l'istituto non sia riuscito immediatamente a radicarsi in un regime giuridico stabile e definito²¹.

In Francia il diritto di asilo è garantito a livello costituzionale a qualsiasi persona perseguitata per la sua azione in favore della libertà dall'art. 4 del Preambolo della Costituzione del 1946 della IV repubblica, che è fatto proprio dal Preambolo della Costituzione della V^a Repubblica del 1958.

Già dal 1980 il Conseil constitutionnel dichiarò che l'asilo costituzionale è attuato dalla legge e dalle convenzioni internazionali introdotte nel diritto interno²², tanto che poi la giurisprudenza amministrativa considerò la norma

21. Cosimo E.D., *Il diritto di asilo in Francia: tra passato e futuro*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2004, p. 46.

22. Cfr. Conseil constitutionnel 9 gennaio 1980, dec. 79-109 DC, TDA, n. 25.

costituzionale sul diritto di asilo non vincolante per il potere regolamentare se non nei limiti previsti dalla legge e dalle convenzioni internazionali in vigore²³.

Si può dunque affermare che fino al 1993 la Francia restò legata soprattutto alla nozione di rifugiato prevista dalla Convenzione di Ginevra.

Infatti il riconoscimento del diritto d'asilo fu affidato alla legge n. 893 del 25 luglio 1952 istituiva dell'OFPRA (l'Office français de protection des réfugiés et apatrides) e della Commissione dei ricorsi, oltre che all'*ordonnance* n. 45-2658 del 2 novembre 1945 e successive modifiche, tra cui spiccano le riforme introdotte dalla legge n. 1027 del 24 agosto 1993 e dalla legge n. 396 del 24 aprile 1997, sulle quali il Conseil constitutionnel fu chiamato a pronunciarsi con le celebri sentenze del 13 agosto 1993, n. 325 e del 22 aprile 1997, n. 389. Queste fonti normative si completano con la legge n. 98-349 dell'11 maggio del 1998 che stabilì disposizioni sul diritto d'asilo, l'ingresso e il soggiorno degli stranieri in Francia e la recente legge n. 2018-778.

Anche la Francia reagì con una reazione repressiva di fronte alle nuove migrazioni e il sospetto dell'abuso del diritto di asilo.

La legge 91-1383 del 31 dicembre 1991 rinforzò la lotta contro il lavoro irregolare e contro l'organizzazione dell'ingresso e soggiorno irregolari.

Nel 1992 due leggi istituirono apposite zone di transito e zone di attesa nei porti e negli aeroporti in cui trattenere gli stranieri entrati irregolarmente in attesa di accertamenti e controlli; la legge 92-190 del 26 febbraio 1992 (che il Consiglio costituzionale giudicò quasi tutta legittima) istituì zone di transito in cui mantenere per un massimo di 30 giorni (20 giorni più 10 su decisione del giudice amministrativo) gli stranieri non autorizzati a penetrare in Francia e istituì sanzioni contro i trasportatori che sbarcano sul suolo francese persone sprovviste di passaporto o di visto; la legge 92-625 del 2 luglio 1992 (*loi Quilès*) consentì di mantenere in zone d'attesa fino a 20 giorni gli stranieri non ammessi sul territorio e i richiedenti asilo intanto che il Ministero dell'interno non verificasse che la loro domanda non fosse manifestamente infondata.

Tuttavia, il Conseil constitutionnel nel 1991 attribuì al diritto d'asilo costituzionale un valore positivo che tutela gli stranieri combattenti per la libertà²⁴, i quali hanno diritto di ingresso al territorio francese anche in mancanza di documenti e di visti, come affermò in una decisione del 1993²⁵.

Nel 1993 il Conseil constitutionnel²⁶ ribadì il valore costituzionale del diritto d'asilo per i combattenti per la libertà, come principio fondamentale proclamato dal preambolo della Costituzione del 1946 e direttamente applica-

23. Cfr. Conseil d'Etat, 27 settembre 1985, TDA n. 45.

24. Cfr. Conseil constitutionnel dec. 91 - 291 DC, 25 luglio 1991, Rec, p. 91.

25. Cfr. Conseil constitutionnel dec. 307 del 25 febbraio 1992.

26. Conseil constitutionnel decisione n. 93-325 DC del 13 agosto 1993, sulla quale cfr., Gaia P., *Droit d'asile et constitution*, «Revue belge de droit constitutionnel», 1-2, 1994, p. 203.

bile, a fianco dell'asilo convenzionale, che comporta per il richiedente asilo il diritto assoluto alla presa in considerazione della domanda di asilo e il diritto (relativo) al soggiorno provvisorio durante l'esame della domanda, che è comprimibile per tutelare l'ordine pubblico, ma a tale diritto è collegato il diritto fondamentale costituzionalmente garantito alla difesa.

Subito dopo questa sentenza, accolta con varie polemiche, il 24 novembre 1993 l'art. 53 della Costituzione francese fu modificato per consentire la ratifica di convenzioni internazionali che determinano le competenze a decidere le domande di asilo (in vista della ratifica della Convenzione di applicazione degli accordi di Schengen) e per consentire il diritto di asilo allo straniero perseguitato in ragione della sua azione in favore della libertà o che richiede la protezione della Francia per altri motivi²⁷. Si trattò così dell'introduzione di un'ulteriore ipotesi in cui la Francia poteva dare asilo sia ai rifugiati convenzionali, sia a chi avesse operato in favore della libertà, sia ad altre categorie che chiedano protezione alla Francia, così dando discrezionalità allo Stato francese di attribuire tale diritto quando lo reputa opportuno indipendentemente da norme espresse da convenzioni vigenti in materia²⁸.

Tuttavia in una successiva sentenza del 1997 il Conseil constitutionnel²⁹ approfondendo l'intervento dell'autorità giudiziaria nella convalida del trattamento dello straniero espulso o trattenuto ed il diritto ad un contraddittorio effettivo in sede di appello affermò che il quarto paragrafo del preambolo del 1946 costituisce una «exigence constitutionnelle» e che «il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales» che discendono dal diritto d'asilo costituzionale.

Peraltro, lo stesso Conseil constitutionnel nel 1998 dichiarò non necessario differenziare la disciplina dell'asilo costituzionale dallo *status* di rifugiato previsto dalla Convenzione di Ginevra perché la valutazione delle domande di protezione richiede l'esame delle medesime circostanze di fatto ed è finalizzata a riconoscere una tutela sostanzialmente identica³⁰. La Convenzione di Ginevra e i suoi protocolli non assicurano un diritto di accesso diretto nel territorio francese, né un diritto assoluto d'asilo. Diversamente, il diritto costituzionale definisce un diritto soggettivo all'asilo, di cui possono beneficiare tutti i richiedenti³¹.

27. Cfr. la ricostruzione della vicenda in Grosso E., *L'ultima querelle sulla giustizia costituzionale in Francia: il Conseil constitutionnel e la nuova legge sull'immigrazione*, Quaderni di giustizia costituzionale, Torino, 1995, p. 226.

28. Moderne F., *Le droit d'asile dans les Etats de l'Union européenne*, Paris - Aix-en-Provence, 1997, p. 49.

29. Conseil constitutionnel sent. n. 97-389 DC, del 22 aprile 1997, sulla quale cfr. Calamo Specchia M., *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario in Francia tra "Droit d'asile" e "Droits de résident"*, «Politica del Diritto», 1, 1998, p. 45 ss.

30. Cfr. Conseil constitutionnel, dec. N. 399, maggio 1998.

31. Cfr. Dodet-Cauchy I., *La difficile reconnaissance du droit d'asile constitutionnel*, «Revue française de droit administratif», 1999, p. 469 ss.

Si giunse così ad affermare che lo straniero perseguitato per la libertà previsto a livello costituzionale francese non è molto diverso dal perseguitato individuale menzionato dalla Convenzione di Ginevra, sicché il diritto di asilo costituzionale fu riconosciuto ben poche volte rispetto a quello convenzionale, quasi che lo *status* di rifugiato convenzionale sia un'attuazione del diritto di asilo costituzionalmente garantito³².

Dopo l'aumento enorme delle domande di asilo e la confusione prodottasi l'assetto quasi definito in Francia giunge nel 2004 con l'entrata in vigore della legge 1176 del 2003, a seguito della quale l'OPFRA ha competenza esclusiva sulle decisioni su tutti i tipi di asilo: quello convenzionale per chi rischia di subire persecuzione (anche da soggetti non statali) o quello costituzionale di chi ha operato in favore della libertà o la *protection subsidiaire*, riconosciuta a chi non può ottenere né lo *status* di rifugiato, né l'asilo costituzionale, ma fugge dalla minaccia grave di subire nel Paese di rinvio da parte di soggetti statali o non statali trattamenti inumani o degradanti o torture o la pena di morte, escluso chi abbia commesso un crimine grave di diritto comune o si sia reso responsabile di azioni contrarie agli scopi delle Nazioni unite o costituisca una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza o l'integrità dello Stato. A quest'ultimo è rilasciata una carta di soggiorno della durata di un anno rinnovabile.

In ogni caso la domanda può essere rigettata dall'OPFRA se ritiene che in base alla situazione personale del richiedente costui possa ottenere un rifugio specifico in una determinata parte "sicura" del Paese di origine (asilo "*sur place*") oppure se il richiedente provenga da un Paese di origine sicuro (che è definito come uno Stato che assicura il rispetto dei principi della libertà, della democrazia e dello Stato di diritto), caso nel quale il Prefetto può rifiutare l'ammissione dello straniero al territorio.

Il Conseil constitutionnel confermò la costituzionalità dell'impianto, inclusi l'asilo "*sur place*" e il Paese di origine sicuro, l'appartenenza al quale non impedisce l'esame della domanda discriminando in modo illegittimo tra Paesi di origine, ma mantenendo la valutazione soggettiva della situazione personale; tuttavia fece una "*reserve d'interpretation*" circa l'asilo "*sur place*" che esige comunque che l'OPFRA istruisca la pratica e valuti complessivamente le condizioni della parte del Paese e della situazione oggettiva e soggettiva del richiedente ed ammise il potere prefettizio di respingimento del proveniente dal Paese di origine sicuro soltanto se la persona sia cittadino di un Paese di origine sicuro o se la sua presenza costituisce una minaccia grave per l'ordine o la sicurezza pubblica oppure si accerti che la domanda di asilo sia fraudolenta o dilatoria, fermo restando che il figlio straniero ha il diritto di permanere sul territorio prima di essere inviato a casa.

32. Allan D., Teitgen-Colly C., *Traité du droit d'asile*, PUF, Paris, 2002, p. 190.

Anche la Francia arriva dunque quasi preparata al recepimento delle norme UE sulle qualifiche di protezione internazionale del 2004.

3.2. *L'asilo nel sistema costituzionale tedesco*

Nel sistema costituzionale tedesco l'art. 16 GG entrata in vigore nel 1949 prevede che i perseguitati politici godono del diritto di asilo. Già nel 1959 il Tribunale costituzionale tedesco affermò che il diritto costituzionale di asilo ha uno scopo più ampio rispetto alle norme internazionali sui rifugiati³³ e ha poi configurato il diritto di asilo come diritto soggettivo pieno che poteva essere invocato immediatamente di fronte ai Tribunali e che era delineata la figura del perseguitato politico come chiunque sia leso nella propria sfera giuridica a causa delle proprie opinioni politiche, convinzioni religiose o altri convincimenti e caratteristiche personali anche non previste dalle convenzioni internazionali³⁴.

Dopo la chiusura all'immigrazione regolare per lavoro dal 1973 l'aumento delle domande di asilo e del sospetto di un uso strumentale dell'asilo da parte di potenziali non asilanti indusse all'approvazione nel 1982 della prima legge federale sul diritto di asilo, con una lunga procedura articolata in più fasi amministrative e giudiziarie³⁵ che però non scoraggiò un crescente afflusso degli asilanti verso la Germania.

Forse anche come reazione ad un'applicazione potenzialmente troppo generosa il Tribunale costituzionale tedesco dal 1986 diede interpretazioni restrittive del diritto di asilo costituzionale che lo differenziò dallo *status* di rifugiato ed anzi in parte si contrappose alla stessa Convenzione di Ginevra del 1951: nel 1986 il diritto di asilo fu negato a quei rifugiati *sur place* che sono perseguitati per le loro opinioni politiche o religiose manifestate dopo il loro arrivo in Germania³⁶ e nel 1987 il diritto di asilo per motivi religiosi soltanto in caso di persecuzioni per pratiche religiose svolte privatamente e non anche per quelle svolte in pubblico³⁷ e fu riconosciuto a richiedenti asilo che non siano perseguitati al momento della presentazione della richiesta o della decisione o che non hanno mai subito persecuzioni, i quali dimostrino che se sarà loro negato l'asilo vi è una predominante probabilità che saranno perseguitati in un prossimo futuro³⁸.

33. BVerfGE 9, 174 [180].

34. Cfr. BVerfGE 56, 216 [253]; BVerfGE 54, 341 [356]; BVerfGE 76, 143 [157]; BVerfGE 80, 315 [333].

35. In proposito cfr. Mangione G., *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 13 ss.

36. Cfr. BVerfGE, 74, 51, 64.

37. Cfr. BVerfGE, 76, 143 [158f.].

38. Cfr. BVerfGE, 76, 143 [167].

Malgrado ciò tra il 1990 e il 1992 3 milioni di persone giunsero in Germania dalle repubbliche (ex) sovietiche, dai Paesi dell'ex blocco socialista (soprattutto Romania e Polonia) e dalla (ex) Jugoslavia e decine di migliaia di profughi arrivano inoltre da diversi Paesi asiatici.

La presentazione di una domanda di asilo divenne il principale strumento con cui gli stranieri tentarono di regolarizzare la loro situazione di soggiorno in Germania dopo il loro ingresso o soggiorno irregolare ed infatti le domande di asilo presentate in Germania passarono dalle 103.000 nel 1988 alle 438.000 del 1992, pari ai due terzi delle richieste d'asilo presentate in tutta Europa.

Così nel 1993, una discussa riforma costituzionale modificò in modo restrittivo il diritto d'asilo tedesco: il nuovo art. 16/a GG prevede che non ha diritto all'asilo politico chi è transitato da un Paese terzo sicuro (nel quale, cioè, è garantita l'applicazione delle norme della Convenzione di Ginevra e della Convenzione europea sui diritti umani), né chi proviene da un Paese di origine sicuro (nel quale, cioè, è garantita la tutela contro persecuzioni politiche o trattamenti inumani e degradanti)³⁹.

La individuazione dei Paesi sicuri è effettuata nei casi e nei modi previsti dalla legge federale e spetta al Bundestag deliberare la lista dei Paesi di transito e di origine sicura sulla base delle rilevazioni dell'ufficio federale sull'asilo, dell'UNHCR e di organizzazioni di tutela dei diritti umani e dei rifugiati.

La legge sul diritto di asilo del 27 luglio 1993 equiparò il trattamento previsto per chi ha lo *status* di rifugiato garantito dalla Convenzione di Ginevra a quello di chi gode del diritto di asilo costituzionale o proviene da Stati in cui corra il rischio di subire la tortura o pene o trattamenti inumani o degradanti.

La presunzione di "sicurezza" dello Stato terzo può essere superata soltanto se lo straniero riesca a dimostrare di trovarsi in una delle seguenti tre ipotesi (inversione dell'onere della prova): a) mutamenti sostanziali dello Stato considerato sicuro p.es. circa il rischio di subire trattamenti inumani o degradanti o circa l'applicazione della Convenzione di Ginevra o della CEDU; b) rischi per l'incolumità del richiedente asilo nello Stato terzo (pena di morte, diventare vittima di un crimine che le autorità locali non sono in grado di prevenire; c) per ragioni personali (stato di salute precario o altre ragioni umanitarie).

In ogni caso la presentazione del ricorso giurisdizionale contro il diniego non dà più il diritto di restare sul territorio dello Stato.

Questo insieme di misure di fatto isolarono la Germania dai suoi vicini: una volta dichiarati Stati "sicuri" Austria, Polonia e Repubblica Ceca, successivamente non a caso entrati subito dell'UE, era ovvio che gli asilanti potevano essere respinti alle frontiere terrestri e al massimo avrebbero potuto giungere dalle frontiere aeree e marittime.

39. Cfr. Mangione G., *op. cit.*

I richiedenti asilo che provengono da uno Stato sicuro e quelli sprovvisti di passaporto valido sono “accolti” presso appositi centri aeroportuali da cui non possono allontanarsi e possono presentare domanda di asilo e usufruire di assistenza legale e l’esame della loro domanda di asilo si conclude entro due giorni e in caso di diniego entro tre giorni è ammesso il ricorso giurisdizionale, la cui presentazione è priva di effetti sospensivi sull’espulsione immediata.

Così in Germania le domande d’asilo già nel 1994 si ridussero a circa 130.000 (il 70% in meno). Il numero di richiedenti asilo polacchi (9.000 nel 1992) crollò dopo l’inserimento della Polonia nella lista tedesca degli Stati di origine sicuri e già dal 1993 stranieri che erano intenzionati a raggiungere la Germania dovettero asilo in Polonia e molti di loro, poi, abbandonarono la Polonia durante la procedura per recarsi clandestinamente in Germania. Le richieste di asilo presentate in Polonia aumentarono da 567 (nel 1992) a 3.211 (nel 1996), mentre si abbassò la percentuale di accoglimento delle domande. Aumentarono, intanto, i respingimenti dalla Germania in Polonia.

Nel 1993 la Germania conclude accordi di riammissione con Polonia, Repubblica Ceca, Ucraina, Slovacchia, Romania e Bulgaria. Sempre più persone furono respinte oltre le frontiere orientali polacche, soprattutto in Ucraina e Bielorussia e si susseguirono così le espulsioni a catena in direzione dei Paesi di origine dei migranti.

Nel 1994 una legge federale ampliò le competenze del corpo federale della polizia di frontiera, che poté svolgere controlli non soltanto lungo la linea di confine ma anche in una fascia frontaliera di 30 chilometri che rese elastico e flessibile il concetto stesso di confine, sicché i controlli si spostarono dalle linee di confine alle zone di frontiera, dove la polizia di frontiera poté effettuare controlli personali senza cause o motivi di sospetto particolari e procedere a perquisizioni domiciliari senza autorizzazione giudiziaria. Nel 1998 una nuova modifica legislativa consentì alla polizia di frontiera di operare anche negli aeroporti e lungo le linee ferroviarie. Il corpo federale di polizia di frontiera fu così messo in condizione di intervenire anche nelle zone interne del Paese, dove infatti effettuò ben due milioni di controlli tra il 2000 e il 2001.

Intanto però nel 1996 tre sentenze del Tribunale costituzionale tedesco precisarono e confermarono il nuovo modello di asilo, affermando che il diritto di asilo è un diritto soggettivo che spetta soltanto a coloro che siano perseguitati secondo la Convenzione di Ginevra o secondo le norme europee, ma non a chi provenga da Stati “sicuri”, tra i quali devono includersi anche gli Stati membri dell’UE in cui sono applicati i medesimi principi fondamentali⁴⁰, che il riconoscimento di un Paese come “sicuro” (che è comunque fondato sulla consistenza dello stato di diritto in generale e sui diritti di libertà per il singo-

40. Cfr. BVerfGE, 94, 49 [88].

lo) non nega in assoluto il diritto di asilo, ma ne contingenta il procedimento e consente al richiedente sia il diritto di soggiorno provvisorio, sia il diritto di confutare nel ricorso giurisdizionale contro il diniego alla sua domanda la presunzione della sicurezza dello Stato di origine o provenienza⁴¹ e che il divieto di allontanamento dei richiedenti asilo dai centri aeroportuali non viola la libertà personale che non comprende il diritto per chiunque di soggiornare e muoversi in qualsiasi direzione, senza dovervi restare neppure in caso di ricorso diretto allo stesso Tribunale costituzionale federale, ferma restando la libertà di uscire dal territorio federale.

3.3. *L'asilo nel sistema costituzionale spagnolo*

La Spagna non aveva alcuna tradizione di immigrazione straniera prima della Costituzione del 1978, il cui art. 13 affida alla legge di stabilire i termini nei quali gli stranieri e gli apolidi potranno godere il diritto di asilo in Spagna.

Occorre riconoscere che il conferimento costituzionale al legislatore della discrezionalità dei presupposti e dei contenuti del diritto di asilo ha consentito lacune, ambiguità e confusioni.

La legge 26 marzo 1984 distingueva tra diritto di asilo e *status* di rifugiato previsto dalla Convenzione di Ginevra, a cui si poteva accedere con due domande diverse, ma non definendo i presupposti del diritto di asilo lasciò di fatto alla discrezionalità amministrativa la definizione del diritto di asilo, sicché conveniva al richiedente chiedere lo *status* di rifugiato essendo almeno meglio definiti i presupposti della figura convenzionale, anche se nella prassi e nella giurisprudenza amministrativa sembrò delinearsi la figura di profugo di guerra, come la persona che senza una persecuzione individuale fuggiva da una situazione di conflitto o di grave violazione dei diritti politici, etnici o religiosi nel Paese di origine.

Le lacune e ambiguità favorirono l'uso distorto delle domande di asilo da parte di stranieri, finché la legge 19 maggio 1994 stabilì che una unica procedura di esame delle domande avrebbe dato accesso al diritto di asilo, sia a chi abbia ottenuto lo *status* di rifugiato, sia a chi ottenga l'asilo, che però resta indeterminato. Peraltro, in caso di diniego della domanda ai Ministeri della giustizia e dell'interno era data la facoltà di consentire l'ingresso e la permanenza per almeno sei mesi se sussistono motivi umanitari o di interesse nazionale o in caso di impossibilità di eseguire il respingimento immediato per mancanza dei documenti o di mezzi di trasporto. Inoltre, il regolamento di attuazione della legge, emanato nel 1995 consentì l'ingresso di altre due figure: a) gruppi di profughi avrebbero potuto essere ammessi previo accordo tra ministeri e

41. Cfr. BVerfGE, 94, 115 [141].

organizzazioni internazionali; b) persone in fuga da situazioni di emergenza originate da conflitti o gravi disordini politici, etnici o religiosi, a cui era data accoglienza provvisoria in attesa di una valutazione individuale sul da farsi affidata agli stessi uffici statali preposti all'asilo.

La legge stabilì pure due differenti procedure di accesso all'asilo, una presentata da chi già si trovava sul territorio spagnolo e da chi si presentasse alla frontiera e in quest'ultima ipotesi stabiliva l'obbligo dello straniero di permanere nei posti di polizia di frontiera fino all'esame della loro domanda senza alcun controllo giurisdizionale.

Quest'ultima misura fu ritenuta costituzionalmente legittima dal Tribunale costituzionale spagnolo nella sent. n. 53/2002 con cui giunse ad affermare che la discrezionale costituzionale data al legislatore nel definire l'asilo poteva anche prevedere la protezione del richiedente asilo in un posto di frontiera senza alcun controllo giurisdizionale anche oltre le 72 ore massime consentite dall'art. 17 della Costituzione spagnola per la convalida giurisdizionale dei provvedimenti provvisori dell'autorità di pubblica sicurezza.

La legge 12 del 2009 completò il ciclo prevedendo che il diritto di asilo in Spagna spetta a chi ha ottenuto il riconoscimento dello *status* di rifugiato secondo la Convenzione di Ginevra, ma vi affianca anche la protezione sussidiaria riconosciuta a figure simili a quelle previste dalle norme europee.

4. L'evoluzione del diritto di asilo in Italia

Il 1° gennaio 1948 entrò in vigore la Costituzione repubblicana il cui art. 10 disciplina la condizione giuridica dello straniero e il diritto di asilo, che però restò per decenni inattuato in mancanza di norme legislative organiche. Tra il 1945 ed il 1952 circa 120.000 rifugiati, sotto gli auspici prima dell'UNRRA (United Nations Relief and Rehabilitation Administration - Amministrazione delle Nazioni Unite per il Soccorso e la Ricostruzione) e poi della IRO (International Refugee Organization - Organizzazione Internazionale per i Rifugiati), emigrarono in Paesi di definitiva sistemazione. Alla fine del 1951, quando la IRO fu sciolta, c'erano in Italia circa 9.000 rifugiati ospitati nei Centri e circa 10.000 fuori centro.

In realtà l'Italia fu intesa soprattutto come Paese per il transito dei rifugiati verso altri Stati, come USA, Canada, Australia⁴².

I "rifugiati" in Italia furono quelli riconosciuti dalla Commissione Paritetica di Eleggibilità (CPE), operante in Italia dal 25 agosto 1952, istituita con scambio di Note Governo italiano - Alto Commissariato del 22 luglio 1952, ufficialmente sancita con Decreto interministeriale del 24 novembre 1953.

42. Cfr. Einaudi L., *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità a oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 49-50.

L'Amministrazione per gli Aiuti Internazionali (AAI) - nel 1954 avrebbe assunto la denominazione di "Amministrazione per le Attività Assistenziali Italiane ed Internazionali" si assunse l'onere dell'assistenza (in campo e fuori) dei nuovi rifugiati riconosciuti tali ai sensi della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo *status* dei rifugiati, ratificata a seguito della legge 24 luglio 1954, n. 722, ma sulla quale il Governo italiano pose la riserva geografica (rifugiati potevano essere riconosciuti soltanto per gli europei dell'est) che fu revocata soltanto nel 1990.

Nel 1977, con la cessazione delle attività dell'AAI per effetto del d.p.r. n. 616/1977, la responsabilità dell'assistenza ai richiedenti asilo e rifugiati fu assunta direttamente dal Ministero dell'interno - Direzione Generale dei Servizi Civili - Divisione Assistenza Profughi.

In realtà l'Italia si trovò per oltre un ventennio sprovvista di norme e politiche adeguate a gestire la nuova immigrazione straniera: istituzioni e cittadini parvero impreparati e considerarono il fenomeno sempre come momentaneo e perciò si adottarono soprattutto norme frammentarie, incomplete e ispirate a idee emergenziali, anche in materia di asilo.

Intanto però accolse occasionalmente persone in fuga dalla dittatura cilena o dal Medio Oriente e nel 1979 il Governo italiano inviò 3 navi della Marina militare nel mare del Vietnam per salvare in mare e portare in Italia 1000 vietnamiti che fuggivano dal regime comunista.

Dal 1952 al 1989 gli stranieri richiedenti asilo in Italia furono 122.362, che erano accolti in tre grandi Centri Assistenza Profughi Stranieri (CAPS) di Padriciano (Trieste), attivo fino al 1980, di Latina, che fu chiuso nel gennaio 1991, e di Capua, che fu chiuso il 31 dicembre 1990.

I tanti richiedenti asilo extraeuropei non furono considerati, spesso tollerati sotto il mandato dell'ACNUR, invogliati ad emigrare altrove o regolarizzati quali lavoratori con la legge n. 943/1986.

Nell'autunno 1989 l'emozione suscitata dall'uccisione in un insediamento abusivo di un giovane sudafricano fuggito dal regime dell'Apartheid, ma che non poteva ottenere lo *status* di rifugiato (che allora ancora l'Italia riservava soltanto agli stranieri che provenivano dagli Stati dell'Europa dell'est), indusse il Governo alla decretazione d'urgenza per adottare una nuova disciplina del soggiorno degli stranieri che sostituì quella del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931: con l'art. 1 del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito in legge 28 febbraio 1990, n. 39 (c.d. legge Martelli) si stabilì, tra l'altro, il ritiro della riserva geografica alla Convenzione di Ginevra del 1951, sicché rifugiati potevano essere riconosciuti da tutto il mondo, ma ancora non si attuava pienamente il diritto di asilo previsto dalla Costituzione.

Peraltro, lo stesso articolo stabiliva il divieto di ingresso anche per chiedere lo *status* di rifugiato a chiunque provenga da altri Stati che abbiano ratificato la Convenzione di Ginevra e in cui abbia soggiornato per almeno due mesi o abbia subito condanne o sia sottoposto a procedimento penale, il che lascia-

va l'accesso al territorio italiano dei richiedenti asilo alla discrezionalità della polizia di frontiera, la sola abilitata a ricevere le domande.

Inoltre in violazione della riserva di legge in materia di asilo si rimandò a provvedimenti successivi, sia la disciplina dell'accoglienza dei richiedenti asilo (che il d.m. 24 luglio 1990 limitò al solo contributo giornaliero di prima assistenza per 45 giorni ai richiedenti asilo indigenti, il che comportò la chiusura dei centri di accoglienza governativi fino ad allora attivi), sia la disciplina delle procedure di riconoscimento, che furono affidate ad un'apposita Commissione centrale presso il Ministero dell'interno (che si trovò subito impossibilitata a decidere in modo celere su migliaia di domande), contro le cui decisioni era ammesso il ricorso giurisdizionale alla giustizia amministrativa.

L'Italia si trovò in prima linea, ma era sprovvista di norme di attuazione del diritto di asilo in presenza di forti esodi di massa.

Continuava a mancare una legislazione organica sulla condizione giuridica dello straniero, sul diritto di asilo e sulla disciplina dell'immigrazione irregolare. Molti stranieri entrati irregolarmente presentarono domande di asilo (23.317 nel 1991 e 6.042 nel 1992) che però in gran parte non furono accolte perché la legislazione riconosceva soltanto lo *status* di rifugiato, il cui presupposto è il timore fondato di persecuzione individuale per motivi politici, etnici, religiosi, mentre non tutelava chi a causa di altri impedimenti (come la violenza generalizzata nell'ambito di un conflitto) era impedito nel proprio Paese di esercitare effettivamente le libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana (come prevede l'art. 10, co. 3 Cost.).

Così di nuovo si aggirò più volte la riserva di legge prevista dalla Costituzione in materia di asilo: dal 1991 con lo scoppio dei conflitti nella ex Jugoslavia con Circolare del Ministero dell'interno fu disposta l'accoglienza degli sfollati e poi il d.l. n. 350/1992 stabilì per loro misure di accoglienza e permessi di soggiorno. Dall'ottobre 1991 all'ottobre 1995 furono rilasciati permessi di soggiorno umanitari ad oltre 57.000 profughi ex-Jugoslavia, molti dei quali ospitati nelle 15 strutture di accoglienza predisposte dal o per conto del Ministero dell'interno, per lo più situate nell'Italia settentrionale: caserme, alberghi, centri della Croce Rossa Italiana.

Ancora si ricordi il decreto del Ministro degli affari esteri del 9 settembre 1992 consentì il rilascio di permessi di soggiorno per lavoro o studio di 1 anno rinnovabili ai somali impossibilitati al rimpatrio a causa della guerra civile in Somalia.

Sempre con circolari ministeriali fu consentito un soggiorno temporaneo di 6 mesi ai 25700 albanesi fuggiti nel marzo 1991 dalla miseria dopo la caduta del regime comunista e si noti che soltanto in quel mese fu davvero costituita e iniziò ad operare la nuova Commissione centrale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Quando invece nell'agosto 1991 una sola nave portò quasi 20.000 persone ammassate che dopo essere state rifocillate e ammassate nello stadio di Bari

furono in gran parte espulse con accompagnamento alla frontiera organizzato dal Ministro dell'interno con un gigantesco ponte aereo militare e con traghetti⁴³ e con misure di dubbia legittimità. Ciò però non dissuase gli sbarchi illegali di migranti in fuga dall'Albania e dalla Tunisia ed anzi alle frontiere marittime del Mediterraneo e in particolare quelle italiane si consumarono drammi legati all'immigrazione: nel dicembre 1996 il naufragio di Natale sulle coste siciliane provocò 283 morti e nel 1997 lo speronamento da parte della Marina militare italiana di una nave albanese in prossimità delle coste pugliesi causò 81 morti.

Risale dunque agli anni Novanta la difficoltà del controllo delle coste italiane rispetto alle imbarcazioni che trasportano migranti provenienti dall'Albania, dalla Tunisia e poi dalla Turchia e dalla Libia, con i tanti casi di sequestri, naufragi e soccorsi che si sono verificati nella prassi amministrativa, giudiziaria italiana e internazionale, con vari risvolti di tipo internazionale e penale.

Una legislazione organica sulla condizione dello straniero fu intanto predisposta da due commissioni di studio istituite dai Governi Ciampi (1993) e Prodi (1996-1997), sulla base delle quali il Governo Prodi presentò un disegno di legge nel marzo 1997.

Proprio in quel periodo da marzo a giugno 1997, a seguito della crisi economica determinata in Albania dal crollo delle "piramidi finanziarie", 16.964 albanesi fuggirono illegalmente verso l'Italia e furono di nuovo accolti in modo emergenziale e approssimativo sulla base della Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 18 giugno 1997 e della legge n. 128/1997 che consentì il rilascio di permessi di soggiorno provvisori.

Intanto il Governo riuscì a stipulare il 17 novembre 1997 con l'Albania un accordo bilaterale di riammissione, vigilato anche dalla presenza delle forze armate italiane in Albania, a cui seguì un accordo in materia di lavoro entrato in vigore nel giugno 1998.

Con l'approvazione della legge 6 marzo 1998, n. 40 («legge Turco-Napolitano»), subito accorpato nel Testo Unico delle leggi sull'immigrazione emanato con d.lgs. n. 286/1998, si attuò l'art. 10, co. 2 della Costituzione sulla condizione giuridica dello straniero, ma non il co. 3 sul diritto di asilo, perché il Governò preferì formulare apposito e distinto disegno di legge (mai approvato). Tuttavia, si abrogò anche l'art. 5 della l. n. 39/1990, sicché la giurisdizione contro le decisioni della Commissione centrale di diniego di riconoscimento dello *status* di rifugiato passò al giudice ordinario. Peraltro, la Cassazione affermò che la domanda rivolta ad ottenere soltanto un permesso di soggiorno temporaneo, in attuazione dell'art. 10, co. 3, Cost., poteva direttamente essere proposta davanti al giudice ordinario⁴⁴.

43. Per una ricostruzione della crisi migratoria dall'Albania del 1991 cfr. Einaudi L., *op. cit.*, pp. 177-179.

44. Cfr. Cass., sez. un., 26 maggio 1997, n. 4674; Cass., sez. un., 17 dicembre 1999, n. 907.

Lo stesso Testo Unico consentì il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari allo straniero che non possa essere allontanato per rilevanti motivi di carattere umanitario derivante anche da obblighi costituzionali e internazionali (art. 5, co. 6 d.lgs. n. 286/1998) ed espressamente vieta ogni espulsione o respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa subire il rischio di essere sottoposto a persecuzione per motivi politici, religiosi o di sesso o di appartenenza a gruppi sociali (art. 19, co. 1 d.lgs. n. 286/1998), in presenza del quale il suo regolamento di attuazione prevedeva il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari.

In mancanza di una più generale disciplina del diritto di asilo si applicò l'art. 20 del TU che consentì di emanare più d.p.c.m. in deroga ad ogni altra norma recanti misure di protezione temporanea in casi di esodi di massa per l'accoglienza e il rilascio di permessi di soggiorno (più volte prorogati) dei 30.000 kosovari fuggiti dalla guerra e sfollati in Albania (d.p.c.m. 12 maggio 1999) e che fu usato anche nel 2011 per l'accoglienza dei tunisini e delle altre persone in fuga dal Nord Africa dal 1° gennaio al 5 aprile 2011 (d.p.c.m. 5 aprile 2011).

Le disposizioni del Testo Unico del 1998 furono poi modificate e integrate molte volte, tra le quali spicca in senso restrittivo la legge 30 luglio 2002, n. 189 (legge Bossi-Fini), la quale però istituì anche varie Commissioni territoriali per la protezione internazionale (composte anche di rappresentanti degli enti locali e dell'UNHCR oltre che di personale prefettizio e dell'amministrazione della pubblica sicurezza), le quali sostituirono la Commissione centrale (anche se la loro effettiva entrata in funzione avvenne soltanto nel 2004), consentì il rilascio di permessi per motivi umanitari a chi era impossibilitato a rientrare per gravi motivi umanitari derivanti da obblighi internazionali e costituzionali e non poteva ottenere lo *status* di rifugiato e istituì lo SPRAR (sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati) per promuovere e finanziare strutture di accoglienza predisposte sulla base di progetti presentati dagli enti locali.

Il 2007 fu anno fondamentale per l'asilo in Italia perché da un lato si completò l'ingresso nella UE di tanti Paesi dell'est Europa, dai quali fino a quel momento era giunto un flusso rilevante di richiedenti asilo, e dall'altro sembrò che la Costituzione italiana in materia di diritto di asilo fosse stata finalmente attuata con i d.lgs. n. 251/2007 e 25/2008 che recepiscono le due Direttive UE sul riconoscimento delle qualifiche di protezione internazionale (non più soltanto *status* di rifugiato, ma anche protezione sussidiaria per le vittime di tortura, pena di morte e violenza generalizzata ai civili in caso di conflitto interno o internazionale) e sulle procedure di esame delle domande di protezione internazionale (che stabilì pure il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari a chi non avesse i requisiti per ottenere la protezione internazionale, ma fosse impedito al rimpatrio per rilevanti motivi umanitari, anche connessi con obblighi internazionali o costituzionali).

Il sistema peraltro restò molto deficitario circa l'accoglienza dei richiedenti asilo, il cui numero era sempre assai superiore al complesso di posti disponibili nell'ambito delle strutture di accoglienza progettate volontariamente dagli enti locali e finanziate dal Ministero dell'interno mediante lo SPRAR. Le misure di accoglienza dei richiedenti asilo restarono però inadeguate in quantità e qualità rispetto agli obblighi europei e al crescente numero delle persone in fuga da conflitti e persecuzioni, il che ha ripetutamente comportato drammatiche situazioni emergenziali durante gli esodi di massa di persone in fuga dai conflitti e dalle persecuzioni provenienti dal nord Africa e dal Medio Oriente.

Intanto l'aumento degli sbarchi sulle coste italiane di stranieri provenienti dalla Libia indusse il Governo Berlusconi nel 2008 a inserire clausole specifiche nel trattato Italia-Libia fatto a Bengasi il 30 agosto 2008, approvato e reso esecutivo con legge 6 febbraio 2009, n. 7, il cui art. 19 prevede aiuti e finanziamenti italiani ed europei, al contrasto dell'immigrazione irregolare sul territorio libico, nonché la collaborazione italiana e libica negli Stati di origine degli stranieri per scoraggiare l'emigrazione. Sulla base di questo trattato e degli accordi successivamente conclusi in forma semplificata i Governi italiani hanno finanziato e aiutato anche la Guardia costiera libica nelle azioni contro i migranti in fuga verso l'Italia, il che pare un atto di dubbia legittimità costituzionale perché impedisce di accedere al territorio al fine di accedere al diritto di asilo.

Di fronte ai ripetuti naufragi di stranieri partiti dalla Libia spesso su imbarcazioni precarie i Governi italiani promossero attività di salvataggio da parte di unità militari italiane che si concludeva però talvolta con respingimenti e riaccompagnamenti in Libia, fino a quando furono ritenuti illegittimi dalla Corte europea dei diritti umani nel febbraio 2012, quali trattamenti inumani e degradanti vietati dall'art. 3 CEDU, anche per la violazione del diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un giudice (art. 13 CEDU) e del divieto di espulsioni collettive (art. 4 IV Prot. aggiuntivo CEDU)⁴⁵.

Poi di fatto gli stranieri in fuga furono di fatto lasciati soprattutto ad organizzazioni criminali di traffico di persone, il che ha causato migliaia di morti in mare, cessate soltanto dopo che, a seguito dell'ennesimo naufragio a Lampedusa con centinaia di morti, il Governo Letta decise l'intervento militare umanitario italiano dell'operazione *Mare nostrum* che dal 18 ottobre 2013 al 30 ottobre 2014 salvò oltre 150.000 persone.

Nel 2014 e fino all'ottobre 2015 le domande di asilo presentate in Italia hanno superato le 64.000 annue, il che ha confermato l'inadeguatezza del sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati, i cui posti di accoglienza alla fine del 2015 erano soltanto 32.000, a cui si sofferiva con quasi 70.000

45. Cfr. Corte EDU, Grande Chambre, sent. 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* (ricorso n. 27765/09).

posti in strutture emergenziali inadeguate, anche se il sistema di accoglienza fu riformato e potenziato col d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142.

Occorre ricordare che questa imprevidenza fu il pretesto fino al 2012 per attivare procedure emergenziali con cui si è derogato alle normali procedure di appalto per la gestione delle strutture di accoglienza, il che consentì talvolta alla criminalità organizzata di infiltrarsi nella loro gestione, togliendo preziose risorse utili ad assistere la condizione di queste persone più vulnerabili ed indifese.

L'intervento di solidarietà verso l'Italia da parte dell'UE fu lento e inadeguato. Anzitutto l'operazione militare italiana *Mare nostrum* fu sostituita dal 1° novembre 2014 al 31 gennaio 2018 da un'operazione militare *Triton* organizzata con unità militari di più Stati, coordinata dall'agenzia Frontex, con finalità non soltanto di salvataggio, ma anche di prevenzione e contrasto dell'immigrazione irregolare e del traffico di migranti.

Soltanto nel settembre 2015 giunsero aiuti dati all'Italia dall'UE per accogliere gli stranieri soccorsi in mare o sbarcati e per ricollocare in altri Stati UE i richiedenti asilo, ma furono limitati ai cittadini provenienti da Stati che avevano ottenuto in tutta la UE almeno il 75% di casi di riconoscimento della protezione internazionale (allora si trattava di Eritrea, Siria, Iraq, Yemen) e furono condizionati all'effettiva implementazione da parte delle autorità italiane delle norme UE sull'accoglienza e delle norme del regolamento UE entrato in vigore nel 2013 concernenti la registrazione entro 72 ore nella banca dati EURODAC di tutti coloro che in Italia presentano domanda di protezione internazionale o sono fermati in condizioni di soggiorno irregolare.

Il fermo degli sbarcati in appositi centri di accoglienza (*hot-spot*) avvenne con procedure di dubbia legittimità, perché non previste da norme legislative.

Così il numero delle domande di asilo presentate in Italia, che fino al 2013 non aveva mai superato le 37.000 circa all'anno, dal 2014 al 2017 raggiunse cifre mai viste prima (63.000 nel 2014, 83.000 nel 2015, 123.000 nel 2016 e 130.000 nel 2017)⁴⁶ e anche i riconoscimenti delle tre forme di protezione (*status* di rifugiato, *status* di protezione sussidiaria e permesso di soggiorno per motivi umanitari) raggiunsero complessivamente percentuali molto elevate, il che confermò la fondatezza di parte notevole delle domande e la gravità della situazione dei Paesi di origine da cui gli stranieri fuggivano.

Tuttavia dal 2017 l'effettività del diritto di asilo fu messa in pericolo da reazioni irrazionali di insicurezza e paura e di xenofobia di parte dell'opinione pubblica⁴⁷ e dalle connesse reazioni delle istituzioni di fronte a molti elemen-

46. Per le cifre sulle domande di asilo in Italia si rinvia ai dati pubblicati dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo nel Quaderno statistico dal 1990 al 2019 www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/quaderno_statistico_per_gli_anni_1990_2019_0.pdf.

47. Sul legame tra immigrazione e sicurezza e sulla stigmatizzazione degli stranieri non regolarmente presenti sul territorio nazionale, cfr. Rossi E., *Da cittadini vs. stranieri*

ti: l'enormità del numero di richiedenti asilo giunti nei 3 anni precedenti dalla Libia e dalla Siria, le carenze dei sistemi di accoglienza, la lunghezza dei procedimenti amministrativi e giudiziari necessari per decidere sulle centinaia di migliaia di domande pendenti presentate dai richiedenti asilo, l'irrisorio aiuto da parte delle istituzioni europee e il perdurare del conflitto libico da cui fuggivano decine di migliaia di stranieri sottoposti a trattamenti illegali disumani e degradanti (anche con crimini contro l'umanità accertati dalle stesse organizzazioni internazionali e dal segretario generale dell'ONU, sui quali indaga il Procuratore presso la Corte penale internazionale).

La prima restrizione avvenne col d.l. n. 13/2017 (c.d. d.l. Orlando-Minniti) che intervenne sul diritto di asilo in 4 direzioni:

1. potenziamento delle Commissioni territoriali per la protezione internazionale, velocizzando l'attività e le notificazioni e mutandone anche la composizione, sostituendo i rappresentanti inviati dagli enti locali e dal dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno con appositi funzionari specializzati, appositamente reclutati per concorso tra persone competenti in materia di geopolitica e diritto degli stranieri, incaricati di svolgere il colloquio personale con i richiedenti asilo, i quali entrarono in funzione peraltro soltanto dal giugno 2018;
2. istituzione all'interno di ogni Tribunale ordinario avente sede nel capoluogo del distretto di Corte d'appello le sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e circolazione e soggiorno dei cittadini europei, composte di magistrati ordinari forniti di specifica formazione e aggiornamento anche in collaborazione con le istituzioni europee, alle quali fu assegnata la giurisdizione, tra l'altro, sui ricorsi contro i dinieghi delle domande di protezione internazionale e sui trattenimenti dei richiedenti asilo;
3. drastica semplificazione del procedimento giudiziario sui ricorsi contro i dinieghi delle domande di protezione internazionale con un complesso di misure di dubbia legittimità costituzionale: fu soppressa la possibilità dell'impugnazione in appello e stabilì un procedimento giudiziario prevalentemente cautelare, con un contraddittorio eventuale, che la Cassazione peraltro interpretò subito in senso costituzionalmente conforme, intendendolo come quasi sempre obbligatorio;
4. istituzione di appositi punti di crisi (*hot-spot*) nell'ambito dei centri di accoglienza del richiedente asilo, nei quali sono ospitati gli stranieri salvati in mare o fermati in condizione di soggiorno irregolare, nei quali si fanno i rilievi fotodattiloscopici e si forniscono informazioni sulla possibilità di presentare domanda di asilo, ma anche di rientro volontario assistito.

a regolari vs. irregolari. Considerazioni sull'evoluzione della disciplina giuridica dei non cittadini nell'ordinamento italiano, «Rivista di diritto costituzionale», 2010, 87 ss.

Nell'estate del 2017 la manovra fu completata con l'adozione di un due ulteriori interventi. Da un lato fu adottato un codice di disciplina degli interventi di salvataggio in mare da parte delle navi delle organizzazioni non governative, che, con misure di dubbia legittimità, mirava a scoraggiare gli interventi di soccorso⁴⁸. Dall'altro lato in violazione dell'art. 80 Cost. il Governo stipulò accordi in forma semplificata con le autorità provvisorie libiche di Tripoli per aiutare il blocco delle migrazioni illegali dalla Libia.

La seconda restrizione, ancora più complessiva e più forte, del diritto di asilo avvenne col Governo Conte I mediante le norme del d.l. 113/2018 che stabilirono:

1. l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari (che era rilasciato a chi pur non avendo i requisiti per ottenere lo *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria poteva avere una durata di 2 anni) con altri permessi di soggiorno, ognuno avente presupposti di minore ampiezza, tra i quali il permesso per protezione speciale della durata di 1 anno, rilasciato e rinnovato su proposta della Commissione territoriale a coloro che non potendo ottenere lo *status* di rifugiato rischiano di subire nello Stato di invio persecuzioni o torture, i permessi di soggiorno (di breve durata e poco rinnovabili e non convertibili in permessi per lavoro) rilasciati a stranieri impossibilitati a rientrare nel loro Paese per gravi motivi di salute o per eccezionali e occasionali situazioni di calamità, i permessi per casi speciali da rilasciarsi agli stranieri nelle ipotesi (già previste nel d.lgs. n. 286/1998) in cui siano vittime di reati che hanno subito violenza o grave sfruttamento e rischiano per la loro incolumità per la collaborazione data all'autorità o per i tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di organizzazioni criminali o che siano vittime di violenza domestica e che rischiano per la loro incolumità o che siano vittime di grave sfruttamento lavorativo e abbiano denunciato il loro datore di lavoro;
2. la facoltà del Ministro degli affari esteri di emanare un decreto che indichi l'elenco dei Paesi di origine sicuri, da individuarsi sulla base della situazione politica generale, dell'ordinamento interno e delle norme internazionali in vigore nel Paese e della loro effettiva attuazione, da cui si possa dimostrare che, in via generale e costante, non sussistono atti di persecuzione o danni gravi da conflitti o torture o pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 2 *bis* d.lgs. n. 25/2008); il richiedente proveniente da un Paese designato sicuro ha l'onere di dimostrare l'esistenza del pericolo e la Commissione decide sulla sua domanda con procedura accelerata e può motivare l'eventuale rigetto con la mancata dimostrazione, mentre la presentazione

48. Sul punto si vedano le osservazioni critiche di Papanicolopulu I., *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2017.

del ricorso giurisdizionale è sottoposta al termine dimezzato e non sospende automaticamente il diniego impugnato; il decreto del Ministro per gli affari esteri del 4 ottobre 2019 (di dubbia legittimità in mancanza di motivazioni) inserisce nell'elenco dei Paesi di origine sicuri Albania, Algeria, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Senegal, Serbia, Tunisia e Ucraina;

3. l'aumento del numero di delitti e di altre cause ostative al riconoscimento della protezione internazionale;
4. il rigetto della domanda di protezione internazionale dello straniero del quale si possa dimostrare la possibilità di tornare a vivere in sicurezza in una determinata zona del Paese di origine;
5. la possibilità di esame accelerato e anche in frontiera delle domande presentate dallo straniero che si trova o è stato fermato in determinate zone di frontiera o di transito individuate con decreto del Ministro dell'interno; le zone di frontiera o transito sono poi individuate con decreto del Ministro dell'interno del 5 agosto 2019 a Trieste, Gorizia; Crotone, Cosenza, Matera, Taranto, Lecce, Brindisi; Caltanissetta, Ragusa, Siracusa, Catania, Messina; Trapani, Agrigento; Città Metropolitana di Cagliari, Sud Sardegna;
6. le procedure accelerate per le domande presentate da straniero espulso o respinto poco prima dell'accompagnamento alla frontiera;
7. la Procedura immediata di esame delle domande presentate da stranieri trattenuti in centri per il rimpatrio e che siano imputati di uno dei reati ostativi al riconoscimento della protezione internazionale, impedendo ogni effetto sospensivo degli eventuali ricorsi giurisdizionali;
8. procedure accelerate e sommarie di esame delle domande reiterate o reiterate una seconda volta al solo fine di rinviare l'esecuzione di un provvedimento espulsivo;
9. la facoltà (di dubbia legittimità costituzionale) per il questore di disporre il trattenimento del richiedente asilo per verificarne la nazionalità o l'identità, da attuarsi per i primi 30 gg. in appositi luoghi (non meglio precisati) all'interno di dei centri di accoglienza, salvo convalida giurisdizionale, e nei successivi in centri per il rimpatrio;
10. la soppressione dello SPRAR sostituito col SIPROIMI (servizio di protezione per i titolari di protezione internazionale e i minori stranieri non accompagnati): i centri afferenti al SIPROIMI ospitano titolari di protezione internazionale o speciale, dei permessi per calamità, per motivi di salute e per i casi speciali, in mancanza di altri centri; per il resto i richiedenti asilo sono posti nei centri di accoglienza straordinaria, i cui *standard* di ospitalità sono ancora più ridotti.

La restrizione del diritto di asilo che incide sia sulle procedure⁴⁹, sia sulle

49. Per un approfondimento dei procedimenti amministrativi e giudiziari di esame della domanda, cfr. Savio G., *Le procedure amministrative della domanda di asilo*:

qualifiche, raggiunte poi livelli parossistici allorché con meri provvedimenti amministrativi il Ministro dell'interno nel 2019 impartì direttive sul coordinamento del contrasto dell'immigrazione irregolare alle forze di polizia e forze armate, prescrivendo di non ammettere determinati natanti nelle acque territoriali o di non farli sbarcare, in attesa della loro futura e incerta ricollocazione in altri Stati UE, il che condusse pure ad episodi di sequestri di persona compiuti nel porto di Catania e alla richiesta di autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro dell'interno, che il Senato rigetto affermando che l'atto era stato compiuto nell'esercizio dell'attività di governo e per rilevanti esigenze di carattere generale.

Questa terza restrizione del diritto di asilo è poi un riflesso indiretto del decreto-legge n. 59/2019 che consentirà al Ministro dell'interno di impedire lo sbarco o il salvataggio di natanti allorché ritenga che possano violare le leggi sull'immigrazione e di fare punire con sanzioni penali e amministrative il comandante, il proprietario e l'armatore dell'imbarcazione.

Sebbene dal settembre 2019 siano cessati gli impedimenti materiali agli sbarchi e sia stata negoziata informalmente dal Governo Conte II una procedura di riammissione in altri Stati UE di parte degli stranieri sbarcati la situazione di attuazione del diritto di asilo resta critica anche per la perdurante pressione degli stranieri in fuga, ai quali non si consente l'evacuazione, ma che anzi sono spesso torturati o trattenuti in condizioni inumane e degradanti, alle quali non possono sottrarsi anche perché i Governi italiani continuano a fornire aiuti e imbarcazioni alle autorità provvisorie di Tripoli, pur nell'imperversare del conflitto libico che non conosce tregua neppure per la pandemia del Coronavirus.

5. Interpretazione e attuazione del diritto d'asilo previsto dalla Costituzione italiana

L'art. 10, co. 3 Cost., prevede che «lo straniero al quale sia impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge». Si tratta di un diritto soggettivo perfetto dello straniero (e anche dell'apolide⁵⁰, al quale nel suo Paese sia effettivamente impedito l'esercizio anche di una sola delle libertà garantite dalla Costituzione italiana, all'ingres-

dall'avvio alla decisione, in Morozzo della Rocca P. (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, II ed. 2019, Maggioli, Rimini, p. 53 ss. e Del Rosso F.G. *Il processo per il riconoscimento della protezione internazionale*, in Dalfino D., Reali G. (a cura di), *Diritto processuale dell'immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 1 ss.

50. Benvenuti M., *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Cedam, Padova, 2007, pp. 50-52.

so e al soggiorno nel territorio dello Stato, almeno al fine della presentazione della domanda di asilo alle autorità italiane, diritto immediatamente azionabile anche in mancanza delle leggi ordinarie che fissino alcune condizioni per il suo esercizio⁵¹. Si tratta di un diritto soggettivo perfetto all'ingresso ed al soggiorno sul territorio della Repubblica, che costituisce il contenuto necessario del diritto di asilo⁵².

La Cassazione ricorda che «il carattere precettivo e la conseguente immediata operatività della disposizione costituzionale sono da ricondurre al fatto che essa, seppure in una parte necessita di disposizioni legislative di attuazione, delinea con sufficiente chiarezza e precisione la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto di asilo, individuando nell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche la causa di giustificazione del diritto ed indicando l'effettività quale criterio di accertamento della situazione ipotizzata»⁵³.

Perciò gli stranieri titolari del diritto d'asilo sono non soltanto i perseguitati individualmente, cioè i rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato, ma anche gli stranieri che fuggono dal proprio Paese per la necessità di salvare la propria vita, sicurezza o incolumità dal pericolo grave ed attuale derivante da situazioni di guerra, guerra civile, disordini gravi e generalizzati, ferma restando la facoltà per lo Stato di adottare nei casi di esodo di massa provvedimenti che fissino limiti all'ammissione degli stranieri nel territorio nazionale⁵⁴, in particolare un limite numerico complessivo degli stranieri ammissibili al fine di salvaguardare quegli interessi generali che trovano diretta protezione in principi previsti dalla stessa Costituzione⁵⁵.

Lo straniero titolare del diritto d'asilo è titolare di un diritto soggettivo all'ingresso e al soggiorno nel territorio dello Stato e perciò il diritto di asilo si configura come una deroga, più favorevole allo straniero, rispetto alla condizione giuridica degli altri stranieri che sono titolari di un mero interesse legittimo all'ingresso ed al soggiorno sul territorio dello Stato, salvo che nei casi in cui vi siano particolari accordi internazionali che prevedano un diritto all'ingresso e al soggiorno (p.es. i Trattati dell'Unione europea) o altri diritti fondamentali (p.es. quello all'unità familiare).

I presupposti oggettivi del diritto d'asilo consistono in una circostanza oggettiva (l'impedimento di fatto nel Paese dello straniero all'effettivo esercizio

51. Esposito C., voce "Asilo (diritto di)", in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 222-224; Ziotti P., *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 1988, pp. 168-173 ss.; Benvenuti M., *op. cit.*, p. 127.

52. Ziotti P., *op. cit.*, p. 9; D'Orazio G. (1992), *Lo straniero nella costituzione italiana*, Cedam, Padova, p. 50; Benvenuti M., *op. cit.*, p. 127 ss.

53. Cass. sez. un. civ. 12 dicembre 1996, n. 04674/97.

54. Esposito C., *op. cit.*, p. 225.

55. D'Orazio G., *Condizione dello straniero e "società democratica"*, Cedam, Padova, 1994, p. 102 ss.

di una delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana) e in una valutazione soggettiva fatta dallo straniero circa la propria situazione personale, che gli fa ritenere che l'impedimento ad esercitare anche una sola delle libertà fondamentali garantite dalla Costituzione italiana sia così grave per la sua vita personale da fargli decidere di lasciare il Paese in cui vive per tentare di esercitare quella libertà altrove ed in particolare nel territorio italiano.

L'impedimento può essere l'effetto di fatti o atti aventi una natura assai diversa: può derivare da una situazione oggettiva che di fatto incida sulla sfera esistenziale del richiedente asilo, anche senza provvedimenti individualmente e concretamente persecutori⁵⁶, il che si verifica nei casi di violenza generalizzata o di conflitto o di guerra civile o di sospensione o di deroga dei diritti costituzionali disposta a seguito di provvedimenti generali che instaurino uno "stato di eccezione" in periodi di emergenza, ovvero nei casi di violazione grave e persistente di uno dei principi di libertà, democrazia, rispetto delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto (incluse discriminazioni o prassi o norme discriminatorie fondate sull'appartenenza della persona ad una determinata razza, etnia, religione, sesso, orientamento sessuale, e altre condizioni personali e sociali), e/o può derivare da atti omissivi o commissivi compiuti, in generale o nella sfera individuale del richiedente asilo, da parte dei pubblici poteri dello Stato o da parte di altri soggetti individuali o collettivi (bande armate, gruppi, organizzazioni, partiti) che operano nel territorio dello stesso Paese, in un contesto in cui i pubblici poteri abbiano perso il monopolio della minaccia e dell'uso della forza e di fatto non siano in grado di opporsi alle lesioni e ai diritti dei suoi cittadini. Il riferimento all'*effettivo esercizio* comporta che l'impedimento che legittima l'accesso al diritto d'asilo esige una valutazione della concreta situazione individuale di ogni richiedente asilo anche se la disciplina normativa formale che nel Paese di provenienza sembra tutelare certi diritti.

Circa la nozione di *libertà democratiche* l'Assemblea costituente intendeva alludere a tutte le libertà fondamentali garantite nell'ordinamento costituzionale italiano. Tuttavia, non sono impedimenti che legittimano l'asilo il mero stato di disoccupazione nel Paese di provenienza⁵⁷ anche perché il diritto al lavoro previsto dall'art. 4 Cost. non soltanto non comporta il diritto al conseguimento di un'occupazione, ma è comunque ritenuto riservato al cittadino⁵⁸ e il mancato godimento di quei diritti costituzionali di prestazione in materia sociale, la cui realizzazione è lasciata alla discrezionalità del legislatore che può implementarli in modo graduale anche sulla base delle disponibilità organizzative e finanziarie del momento⁵⁹.

56. D'Orazio G., *Condizione dello straniero...*, *op. cit.*, p. 94.

57. D'Orazio G., *Condizione dello straniero...*, *op. cit.*, pp. 108-109; Benvenuti M., *op. cit.*, pp. 100-101.

58. Cfr. Corte cost. sent. 144/1970.

59. Benvenuti M., *op. cit.*, p. 102.

Inoltre, poiché l'art. 54 Cost. prevede il dovere per i cittadini di rispettare la Costituzione e le leggi il diritto d'asilo può essere riconosciuto a coloro che abbiano compiuto atti contrari alle norme fondamentali della costituzione del proprio Paese e siano perseguiti nelle forme legali soltanto allorché si tratti di un ordinamento non sostanzialmente democratico o che di fatto non rispetta i principi fondamentali di legalità, di irretroattività ed umanità delle pene, previsti dagli artt. 25 e 27 Cost.⁶⁰ Perciò l'asilo dovrebbe essere negato sia a coloro che siano perseguiti nelle forme legali per aver contribuito a sovvertire l'ordinamento costituzionale di uno Stato⁶¹, nel quale risultano essere effettivamente tutelate le libertà democratiche⁶², sia a coloro che, pur provenendo da Paesi in cui tali libertà non siano effettivamente garantite, vogliano godere dell'ospitalità soltanto per potersi sottrarre alle autorità che in modo legittimo li perseguono (con trattamenti umani e nel pieno rispetto del loro diritto di difendersi e di essere giudicati da un giudice imparziale) per aver compiuto delitti di criminalità comune⁶³ esclusi i reati politici per i quali l'art. 10, co. 4, Cost., vieta l'estradizione, salvo che si tratti di genocidio (l. cost. 21 giugno 1967, n. 1). L'art. 14, co. 2 della Dichiarazione universale dei diritti umani prevede che il diritto d'asilo non può essere invocato qualora l'individuo sia realmente ricercato per reati non politici o per azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite.

La maggioranza della dottrina afferma che il diritto di asilo sussiste se anche una sola delle libertà democratiche sia sistematicamente impedita nel Paese di origine⁶⁴. Si deve anzi ritenere che tra le "libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana" debba annoverarsi sia ogni diritto fondamentale espressamente previsto dal testo costituzionale, sia ogni altro diritto fondamentale dell'uomo garantito da norme internazionali, che in quanto tali devono ritenersi garantiti al cittadino e allo straniero per il tramite del riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo previsto dall'art. 2 Cost.⁶⁵ Occorre infatti ricordare la nota giurisprudenza costituzionale secondo cui l'art. 2 Cost. riferendosi ai diritti inviolabili dell'uomo non distingue tra cittadini e stranieri, ma garanti-

60. Esposito C., *op. cit.*, p. 223.

61. Esposito C., *op. cit.*, p. 226.

62. Cassese A., "Il diritto di asilo territoriale degli stranieri", in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione: principi fondamentali art. 1-12*, Zanichelli, Bologna, 1975, p. 536.

63. Tupini, presidente della 1ª sottocommissione dell'Assemblea Costituente affermò che l'aggettivo democratiche intendeva fugare la preoccupazione espressa con un emendamento dall'on. Patricolo che intendeva «escludere che i delinquenti comuni possano essere ricevuti in Italia e soggetti al diritto d'asilo».

64. Cfr. Barile P., *Diritti fondamentali e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, p. 35; Benvenuti M., *op. cit.*, p. 68.

65. Sull'art. 2 Cost. come fattispecie aperta all'indicazione dei diritti fondamentali da parte delle norme internazionali cfr. Barbera A., "Art. 2", in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975.

sce a tutti i diritti fondamentali⁶⁶ e l'art. 10, co. 2 Cost. rinvia a consuetudini e ad atti internazionali, nei quali la protezione dei diritti fondamentali dello straniero è ampiamente assicurata, sicché il principio di eguaglianza garantito dall'art. 3 Cost. vale pure per lo straniero quando si tratta di rispettare i diritti inviolabili dell'uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell'ordinamento internazionale⁶⁷. Perciò i diritti fondamentali dell'uomo spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani, sicché la condizione giuridica dello straniero non può essere considerata ragione di trattamenti diversificati e peggiorativi⁶⁸.

Una simile interpretazione è internazionalmente conforme, allorché un diritto fondamentale previsto da altre norme internazionali sia violato nello Stato a cui appartiene lo straniero che si trovi in Italia e comporti perciò il pericolo di subire in quello Stato lesioni alla sua vita garantita dall'art. 2 CEDU o pene o trattamenti inumani o degradanti vietati dall'art. 3 CEDU.

Si pensi alla violazione del diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato per sé e per la propria famiglia, che includa un'alimentazione, un vestiario ed un alloggio adeguati, nonché al miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita e del diritto fondamentale di ogni individuo alla libertà dalla fame, previsti dall'art. 11 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali: lo straniero non può essere allontanato verso uno Stato in cui subirebbe il rischio concreto e immediato di una violazione dei suoi diritti alla vita e a non subire trattamenti inumani o degradanti, allorché le competenti organizzazioni internazionali (FAO, PAM, UNICEF) abbiano rilevato che in quello Stato la situazione generale è quella della insicurezza alimentare acuta (che si verifica quando l'impossibilità di consumare cibo sufficiente espone una persona o i suoi mezzi di sussistenza a pericolo immediato) o di fame cronica (che si verifica quando una persona non è in grado di consumare cibo sufficiente per un periodo prolungato e non riesce ad avere una vita normale e attiva).

Del resto, la stessa Corte EDU ha ritenuto che in alcune circostanze può costituire una violazione dell'art. 3 CEDU anche l'esposizione di un richiedente asilo al rischio di vivere in condizioni estreme di povertà o miseria. Ad esempio, la Corte ha rilevato che le condizioni di vita nei principali campi profughi in Kenya e Somalia, in particolare il grave sovraffollamento e l'accesso estremamente limitato a un rifugio, acqua e servizi igienici, erano così disastrose da raggiungere la soglia minima di gravità⁶⁹.

Resta invece minoritaria l'opinione di chi dopo avere negato che l'asilo sia fondato su un impedimento oggettivo negando pertanto ogni valutazione

66. Corte cost. n. 199/1986.

67. Corte cost. 120/1967 e 104/1969.

68. Corte cost. sent. n. 105/2001 3 249/2010.

69. Corte EDU *Sufi e Elmi c. Regno Unito*, 8319/07 e 11449/07, 28 giugno 2011.

soggettiva di questo impedimento finisce per ritenere che l'asilo debba spettare soltanto a chi lamenti la violazione di un complesso di libertà analoghe a quelle democratiche garantite dalla Costituzione italiana e che addirittura provenga da un contesto democratico o ideologico simile a quello italiano, perché altrimenti si riconoscerebbe ad ogni abitante della terra il diritto di asilo in Italia⁷⁰. Vi è pure chi ha ricordato che occorre sempre una valutazione caso per caso, dovendosi valutare l'impatto sul singolo dell'impedimento ad una sola libertà rispetto all'impedimento di tutte le libertà, sicché non si deve creare alcuna gerarchia tra le libertà costituzionalmente garantite⁷¹.

Vi è chi dubita che sia sufficiente un impedimento lieve o temporaneo, anche in situazione di emergenza instaurata per tutelare le medesime libertà democratiche e che ritiene che occorra un impedimento duraturo e stabile⁷², mentre altri ritengono che l'asilo debba essere riconosciuto anche quando le libertà sono conculcate per effetto di "emergenze" che hanno il carattere di mera provvisorietà⁷³.

La Costituzione prevede che la legge stabilisca le condizioni secondo le quali si esercita il diritto d'asilo e tale legge deve essere conforme alle norme ed ai trattati internazionali, trattandosi di norme sulla condizione giuridica dello straniero, ai sensi dell'art. 10, co. 2, Cost.

Il rinvio alla legge non conferisce al legislatore la facoltà di circoscrivere o di limitare il diritto di asilo, ma soltanto il potere di precisare le modalità procedurali o i requisiti soggettivi del richiedente⁷⁴ e di stabilire le condizioni, i diritti e gli obblighi concernenti il soggiorno dell'asilante, ma dai lavori dell'Assemblea costituente (in particolare dall'intervento dell'on. Nobile) si ricava che le condizioni potrebbero essere soltanto quantitative e non qualitative, sicché il legislatore potrebbe soltanto introdurre un limite numerico massimo di ingressi di stranieri che possano complessivamente godere dell'asilo⁷⁵ per tutelare quegli interessi generali direttamente protetti dalla Costituzione⁷⁶.

Sono costituzionalmente conformi eventuali obblighi degli Stati membri dell'UE di ripartire i carichi di domande di asilo tra i diversi Paesi in caso di esodi di massa o di osservare criteri per la determinazione del Paese competente ad esaminare le domande di asilo: lo Stato così limita la sua sovranità, ma ai sensi dell'art. 11 Cost. lo fa in condizioni di reciprocità con altri Stati

70. È questa la tesi di Olivetti M., *Diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 112-114.

71. Rescigno F., *op. cit.*, p. 219.

72. Rescigno F., *op. cit.*, p. 218.

73. Barile P., *op. cit.*, p. 35.

74. D'Orazio G., *Condizione dello straniero...*, *op. cit.*, p. 102.

75. Esposito C., *op. cit.*, p. 225; Bonetti P., "Il diritto d'asilo nella Costituzione italiana", in Favilli C. (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, Cedam, Padova, 2011, p. 34.

76. D'Orazio G., *Condizione dello straniero...*, *op. cit.*, p. 103.

democratici che assicurano sul loro territorio analoghe forme di asilo temporaneo o definitivo ai richiedenti asilo sulla base delle Direttive dell'UE. È invece costituzionalmente illegittima qualsiasi norma nazionale, internazionale o UE, che limiti il diritto d'asilo soltanto agli stranieri cittadini di determinati Stati o indichi un elenco di Stati "sicuri" in base al quale predeterminare che agli stranieri provenienti da quei Paesi sia precluso il riconoscimento del diritto d'asilo⁷⁷ trattandosi di requisiti rigidi e legati a parametri spaziali che violano requisiti essenziali del diritto d'asilo, cioè l'individualità dell'impedimento all'effettivo esercizio alle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana.

Nel concetto di "condizioni stabilite dalla legge" rientra infine anche la disciplina delle cause di cessazione del diritto di asilo, configurabile ogniqualvolta venga meno – in riferimento al caso individuale considerato – il concreto ed attuale impedimento all'esercizio effettivo delle libertà democratiche costituzionalmente garantite, che aveva originariamente giustificato la concessione del beneficio⁷⁸.

La riserva di legge circa le condizioni del diritto d'asilo non comporta dunque, come parte minoritaria della dottrina tuttora afferma, che spetti ad una legge dare effettiva attuazione al diritto d'asilo, limitandone e definendone liberamente presupposti e contenuti, in mancanza della quale il diritto d'asilo non sarebbe attuabile o resterebbe mero parametro per valutare l'illegittimità costituzionale di norme contrarie ad esso⁷⁹.

Poiché invece la norma costituzionale ha comunque valore precettivo, come ha riconosciuto la giurisprudenza fin dal 1997, la riserva di legge comporta che la specificazione dei presupposti e della sua durata e i modi di accertamento e di revoca della sussistenza delle condizioni a cui è subordinato il godimento del diritto d'asilo nonché tutti gli altri elementi (procedurali e non) suscettibili di ulteriore specificazione, incluse le condizioni di accoglienza e di inserimento sociale, devono essere previsti da norme di rango legislativo; la materia è sottratta alla regolamentazione dell'autorità amministrativa e attribuita al legislatore, a sua volta vincolato al rispetto delle norme internazionali e UE: la disciplina del diritto di ingresso e soggiorno in Italia di questi stranieri è sottratta ad una decisione discrezionale del Governo e alle sue contingenti valutazioni connesse con eventuali interessi nazionali o con altre occasionali convenienze di carattere diplomatico, politico od economico concernenti le relazioni con i loro Stati di provenienza.

Poiché presupposto del diritto d'asilo è l'effettivo impedimento all'esercizio delle libertà democratiche in cui si trova lo straniero nel Paese al quale

77. D'Orazio G., *Lo straniero nella costituzione italiana*, op. cit., p. 42.

78. D'Orazio G., *Lo straniero nella costituzione italiana*, op. cit., p. 72.

79. Si vedano le prospettazioni di Olivetti M., op. cit., p. 115.

appartiene o comunque risiede, non si esige che tale situazione sia stata già accertata. Perciò allo straniero che richiede l'asilo deve essere anzitutto consentito l'ingresso ed il soggiorno temporaneo nel territorio dello Stato (asilo provvisorio)⁸⁰, ma dopo l'ingresso i pubblici poteri potranno verificare la sussistenza di tale situazione per garantire allo straniero un asilo a tempo indeterminato⁸¹, nei modi previsti dalla legge. Il diritto d'asilo deve cioè intendersi non soltanto come un diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, ma anche come diritto di accedere all'eventuale procedura di esame della domanda di asilo⁸², come conferma Cass. sez. I, sent. n. 25028/2005.

Infatti proprio la possibilità materiale di presentare e di far esaminare la propria domanda di asilo è l'essenza e il presupposto procedurale indispensabile per fruire del diritto d'asilo, sicché si devono prevedere condizioni che non ne rendano molto difficile il godimento⁸³ e anche la prevenzione e il contrasto dell'immigrazione irregolare degli stranieri non devono impedire l'accesso degli stranieri in situazione di soggiorno irregolare a manifestare la volontà di presentare la domanda di asilo e alla successiva procedura.

Il diritto d'asilo ha un contenuto necessario, sintetizzabile in numerosi diritti dello straniero:

1. il diritto di chiedere asilo nel territorio italiano;
2. il diritto di essere ammesso o di permanere sul territorio italiano, almeno anzitutto al fine di presentare e far esaminare la domanda di asilo e, in caso di diniego, fino all'esaurimento di ogni rimedio giurisdizionale contro di esso, anche se si tratti di straniero che non abbia o non abbia più i requisiti previsti in generale dalla legge per l'ingresso o per il soggiorno degli stranieri;
3. il diritto di soggiornare nel territorio della Repubblica esercitandovi quelle fondamentali libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana non strettamente inerenti allo *status civitatis* che invece erano impediti nel Paese di origine⁸⁴;
4. il diritto di essere protetto dal rischio di subire eventuali atti ostili provenienti da soggetti pubblici o privati del Paese di origine, il che comporta anche il divieto di essere respinto o allontanato dal territorio italiano, incluso il divieto di estradizione per reati politici (art. 10, co. 4 Cost.) almeno verso lo Stato in cui non gode di libertà democratiche;

80. Ricordava Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, ed. IX, tomo II, Cedam, Padova, 1976, p. 1157 che «in attesa dei necessari accertamenti deve essere consentito un soggiorno provvisorio, senza di che la richiesta di asilo potrebbe diventare ragione di persecuzione in patria per chi l'effettua».

81. Esposito C., *op. cit.*, p. 222; Cassese A., *op. cit.*, p. 537; Bonetti P., *op. cit.*, pp. 43-45.

82. D'Orazio G., *Lo straniero nella costituzione italiana*, *op. cit.*, p. 92.

83. D'Orazio G., *Lo straniero nella costituzione italiana*, *op. cit.*, p. 90.

84. Corte cost. sent. 11/1968.

5. il diritto di soggiornare nel territorio della Repubblica fino a quando nello Stato di appartenenza perduri una qualche forma di impedimento ad esercitare anche una sola delle libertà democratiche garantite nella Costituzione italiana (lo straniero ha o mantiene il suo diritto d'asilo anche se rispetto al momento in cui aveva chiesto o ottenuto asilo in Italia l'impedimento che lo riguarda nel suo Paese di origine cambia di modalità o di intensità ovvero se cambia il tipo di libertà democratica che gli è effettivamente impedita ovvero se nei suoi confronti è avanzata richiesta di estradizione per altro tipo di reato politico); di per sé dunque non può trattarsi di un soggiorno a tempo indeterminato, bensì di un soggiorno per un tempo non preliminarmente definibile, ma collegato a eventi futuri ed incerti che non dipendono né dallo straniero ospitato, né dallo Stato ospitante.

Contenuto necessario del diritto d'asilo consiste anzitutto nel diritto di ingresso nel territorio della Repubblica, cioè nell'obbligo per le autorità preposte ai controlli preliminari all'ingresso degli stranieri, ma anche ai controlli delle frontiere di non respingere alla frontiera e di ammettere nel territorio nazionale lo straniero che chiede asilo, ancorché si tratti di persona che si trovi nelle vicinanze dei valichi di frontiera o nelle zone internazionali degli aeroporti, poiché – come ribadisce l'art. 2 del Testo Unico delle leggi sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) – i diritti fondamentali sono assicurati anche allo straniero che si trovi in zona di frontiera.

Peraltro, la presentazione della domanda di asilo potrebbe essere presentata alle autorità italiane sia fuori dal territorio della Repubblica, sia dentro il territorio italiano. Infatti il diritto di asilo nel territorio della Repubblica di per sé prescinde dalla preventiva presenza di chi lo richiede nel medesimo territorio, in quanto nel territorio della Repubblica lo straniero potrà godere il contenuto del diritto di asilo, una volta che sia stato accertato che ne sia titolare, mentre la presenza sul territorio italiano del richiedente asilo non è un requisito ulteriore per l'accesso all'accertamento della sussistenza del diritto d'asilo, il cui presupposto è soltanto l'impedimento nel suo Paese dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana⁸⁵. Tuttavia, la presentazione di una domanda di asilo presentata da chi si trovi fuori dal territorio italiano non potrebbe condurre al riconoscimento di una qualche forma di diritto d'asilo nei casi in cui lo Stato ai sensi dell'art. 11 Cost. abbia limitato la propria sovranità e perciò si debbano applicare norme internazionali o europee che prevedano criteri per la determinazione dello Stato competente ad esaminare le domande di protezione internazionale.

Il diritto di soggiorno si sostanzia poi in altri diritti fondamentali del richiedente asilo non appena arrivato sul territorio nazionale, ai quali devono provvedere i pubblici poteri:

85. Benvenuti M., *op. cit.*, p. 127 ss.

1. soddisfare le primarie esigenze di accoglienza, trasporto, alloggio, vestiario, comunicazione telefonica, assistenza igienico-sanitaria dello straniero;
2. proteggere lo straniero da eventuali atti ostili provenienti da soggetti pubblici o privati del Paese di provenienza;
3. tutelare in modo specifico i minori non accompagnati (divieto di espulsione e di ogni forma di trattenimento);
4. garantire il mantenimento o il riacquisto dell'unità familiare dello straniero asilante mediante condizioni e forme semplificate ed agevolate rispetto a quelle previste per gli altri stranieri, al fine di proteggere in modo pieno il diritto d'asilo ed evitare ai familiari di provare disagi o di subire rappresaglie a causa della domanda di asilo presentata in Italia dal loro congiunto;
5. prevedere misure specifiche di assistenza sociale e di integrazione, anche con riferimento al diritto-dovere all'istruzione, alla formazione professionale e all'accesso al lavoro⁸⁶.

Devono essere protette altre situazioni giuridiche connesse con l'esame della domanda di asilo:

1. il diritto di essere informato di ogni adempimento previsto dalla legge ai fini dell'esame della sua domanda;
2. il diritto di ricevere informazioni utili ad una corretta e completa presentazione della domanda e alla esaustiva esposizione dei motivi a base della domanda stessa;
3. il diritto ad essere assistito da un interprete in ogni fase del procedimento e di ricevere gli atti in lingua comprensibile;
4. il diritto ad essere assistito da un difensore, da rappresentanti di organismi internazionali e di enti privati che tutelino i diritti dei rifugiati e i diritti fondamentali⁸⁷.

Poiché la condizione giuridica dell'asilante comporta un diritto soggettivo all'ingresso e al soggiorno, a tale straniero sono inapplicabili le norme che sanzionano l'ingresso o il soggiorno illegali dello straniero sul territorio dello Stato, che spesso sono il solo modo per consentire allo straniero di fruire effettivamente del diritto d'asilo. Perciò l'art. 10, co. 4, del d.lgs. n. 286/1998 prevede l'inapplicabilità del respingimento «nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello *status* di rifugiato ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari».

Le norme legislative che regolano le condizioni del diritto d'asilo possono prevedere che, (anche sulla base di norme internazionali o dell'UE), il diritto di asilo sia attuato in forme diverse, cioè mediante diversi tipi di *status*, ciascuno avente contenuti anche in parte diversi, e/o aggiuntivi rispetto a quel contenuto minimo necessario, e riconosciuto in base a presupposti diversi, a seconda del tipo di impedimento all'effettivo esercizio delle libertà democratiche.

86. Benvenuti M., *op. cit.*, pp. 197-199.

87. Benvenuti M., *op. cit.*, pp. 206-208.

che subito dallo straniero nel suo Paese, a seconda del tipo di libertà impedita, a seconda del tipo di obblighi internazionali e dell'Unione europea che da un determinato tipo di impedimento derivano allo Stato e a seconda delle diverse modalità di riconoscimento del diritto (disposto d'ufficio dalle autorità o previo accoglimento da parte loro di un'apposita richiesta da presentarsi da parte dell'interessato).

Così il diritto d'asilo è un *genus* che ha varie specificazioni o *species*.

Alla luce del d.lgs. n. 251/2007 (attuazione della Direttiva UE sulle qualifiche di protezione internazionale), del d.lgs. n. 25/2008 (attuazione della Direttiva UE sulle procedure di esame delle domande) e dell'art. 5, co. 6 d.lgs. n. 286/1998 (abrogato dal d.l. n. 113/2018) il diritto d'asilo dal 2008 al 2018 era interamente attuato e regolato attraverso la previsione di tre forme diverse e alternative⁸⁸: i due *status* di protezione internazionale riconosciuti in tutti gli Stati membri dell'UE agli stranieri e agli apolidi che abbiano presentato un'apposita domanda (*status di rifugiato* allo straniero che abbia timore fondato di persecuzioni individuali per motivi politici, religiosi, etnici o sociali, ai perseguitati individualmente ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951, e *status di protezione sussidiaria* a chi teme di subire danni derivanti da pericolo di subire la pena di morte, vietata dall'art. 27 Cost. e dal Prot. n. 13 CEDU, o da torture o da pene o trattamenti inumani o degradanti, vietati dagli artt. 13, 25 e 27 Cost. e dall'art. 3 CEDU, o dalla violenza generalizzata in situazione di conflitto interno o internazionale), e il *permesso di soggiorno per motivi umanitari* rilasciato allo straniero che, pur non avendo tutti i requisiti previsti per la protezione internazionale o non avendo presentato una domanda di protezione, non possa essere rimpatriato per ragioni umanitarie derivanti anche da obblighi costituzionali (come il pericolo di essere processato o condannato per reati politici per i quali l'estradizione dello straniero è vietata dall'art. 10, co. 4 Cost., salvo che si tratti di delitti di genocidio) e da obblighi internazionali⁸⁹, tra i quali i divieti di espulsione derivanti dal pericolo di subire lesioni alla vita o trattamenti inumani o degradanti o al diritto alla vita privata o familiare, previsti dagli artt. 2,3, 8 CEDU.

La Cassazione afferma che la situazione giuridica soggettiva dello straniero nei confronti del quale sussistano i presupposti per il riconoscimento

88. Bonetti P., *op. cit.*, p. 50 ss. Si veda altresì Nascimbene B., "Asilo e statuto di rifugiato", in Aa.Vv., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (Cagliari, 16-17 ottobre 2009), Napoli, Jovene, 2010, 304 ss.

89. Sulla protezione umanitaria nel sistema italiano fino al 2018 cfr. Zorzella N., *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2018, p. 1 ss.; Acierio M., *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, «Questione Giustizia», 2, 2018, p. 99 e ss.; Morozzo della Rocca P., *Protezione umanitaria una e trina*, «Questione Giustizia», 2, 2018, p. 108 e ss.; Marengoni V., *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 4, 2012, p. 59 ss.

della protezione umanitaria ha natura di diritto soggettivo, da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali garantiti dagli artt. 2 Cost. e 3 CEDU e non è pertanto degradabile a interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, in seno al relativo procedimento: all'autorità amministrativa è richiesto soltanto l'accertamento dei presupposti di fatto che danno luogo alla protezione umanitaria, nell'esercizio di mera discrezionalità tecnica, poiché il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate è riservato al legislatore⁹⁰.

Più di recente la giurisprudenza della Cassazione ha affermato che «in tema di protezione umanitaria, l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali comporta che, ai fini del riconoscimento della protezione, occorre operare la valutazione comparativa della situazione soggettiva e oggettiva del richiedente con riferimento al paese di origine, in raffronto alla situazione d'integrazione raggiunta nel paese di accoglienza»⁹¹.

Pertanto, la giurisprudenza dà rilievo centrale alla valutazione comparativa tra il grado d'integrazione effettiva in Italia e la situazione soggettiva e oggettiva del richiedente nel Paese di origine, al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile e costitutivo della dignità personale⁹².

Peraltro il diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari non è stato riconosciuto considerando, isolatamente e astrattamente, il suo livello di integrazione in Italia, né in considerazione del contesto di generale e non specifica compromissione dei diritti umani accertato in relazione al Paese di provenienza⁹³, perché altrimenti si prendere in considerazione non già la situazione particolare del singolo soggetto, ma piuttosto quella del suo Paese di origine, in termini del tutto generali ed astratti, di per sé inadatta al riconoscimento della protezione umanitaria⁹⁴.

Al di fuori dello *status* di rifugiato, dello *status* di protezione sussidiaria e del permesso per motivi umanitari fino all'abrogazione di quest'ultimo disposto col D.L. n. 113/2018 la giurisprudenza riteneva che non vi fosse più alcun margine di residuale diretta applicazione dell'art. 10, co. 3 Cost., in chiave processuale o strumentale, a tutela di chi abbia diritto all'esame della sua domanda di asilo alla stregua delle vigenti norme sulla protezione⁹⁵. L'a-

90. Cass., sez. un. Civ., 29 gennaio 2019, n. 2441; 19 dicembre 2018, nn. 32778, 32777, 32776, 32775 e 32774; 28 novembre 2018, nn. 30758, 30757; 27 novembre 2018, n. 30658.

91. Così Cass. sez. un. Civ. sent. 13 novembre 2019, n. 29460.

92. Cass. 23 febbraio 2018, n. 4455, 19 aprile 2019, n. 11110 e n. 12082/19. Sul punto cfr. Castronuovo M., *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2018.

93. Cass. 28 giugno 2018, n. 17072.

94. Cass. 3 aprile 2019, n. 9304.

95. Cass. ord. 10686/2012. Per un'analisi delle potenzialità applicative del diritto d'asilo costituzionale in assenza di attuazione legislativa alla luce dell'evoluzione giurispru-

brogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari da parte del d.l. n. 113/2018 può essere soltanto in parte sopperita dai nuovi permessi di soggiorno, in particolare dal permesso di soggiorno per protezione speciale, che è rilasciato, su richiesta della Commissione territoriale, allo straniero che pur non avendo i requisiti per ottenere la protezione internazionale potrebbe subire nel Paese di origine o di provenienza rischi di persecuzioni individuali o di tortura, nonché i permessi di soggiorno per salute o per calamità (oltre che i permessi per casi speciali per le vittime in Italia di reati, di violenza e grave sfruttamento).

La Corte costituzionale ha in merito ricordato che il mero passaggio da una protezione generale e atipica, quale era quella umanitaria, ad una serie di “casi speciali” non comporta di per sé «una restrizione della protezione complementare contraria a Costituzione», ma che «l’interpretazione e l’applicazione dei nuovi istituti, in sede sia amministrativa che giudiziale, sono necessariamente tenute al rigoroso rispetto della Costituzione e dei vincoli internazionali, nonostante l’avvenuta abrogazione dell’esplicito riferimento agli “obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano” precedentemente contenuto nell’art. 5, co. 6, del T.U. immigrazione»⁹⁶.

Peraltro, poiché i nuovi permessi di soggiorno non paiono esaustivi di tutti gli obblighi costituzionali e internazionali è ora ipotizzabile di nuovo adire il giudice ordinario per ottenere il riconoscimento dell’asilo costituzionale⁹⁷ e alla sentenza di riconoscimento il questore dovrebbe dare esecuzione rilasciando allo straniero il permesso di soggiorno per asilo, già oggi rilasciato ai titolari di *status* di rifugiato, e previsto negli artt. 4, 5, 28, 34, 39 d.lgs. n. 286/1998 e nell’art. 11 del suo regolamento di attuazione (d.p.r. n. 394/1999)⁹⁸.

A tali forme si può aggiungere la protezione temporanea per i cittadini di alcuni Stati, che però è facoltativa ed eventuale e adottata a livello nazionale in caso di esodi di massa o di altri eventi eccezionali con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 20 d.lgs. 286/1998) o a livello europeo con decisione del Consiglio UE che attiva la Direttiva UE sulla protezione temporanea.

Occorre infine ricordare che l’art. 10, co. 4 Cost. prevede che non è ammessa l’extradizione dello straniero per reati politici e appare collegato con il

denziale dell’art. 10, terzo co., della Costituzione, cfr. Benvenuti M., *La forma dell’acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, «Questione giustizia», 2, 2018, p. 14 ss.

96. Così Corte cost. sent. n. 194/2019.

97. Padula C., *Quale sorte per il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo il dl. 113/2018?*, «Questione giustizia», 21.11.2018.

98. L’ipotesi è avanzata in Benvenuti M. (2018), *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2018, pp. 38-39.

diritto di asilo, sia perché sarebbe contraddittorio riconoscere ad uno straniero il diritto di asilo e consentirne la consegna ai suoi potenziali persecutori, sia perché può tradursi in vero e proprio asilo territoriale, perché l'obbligo di non estradare integra anche un divieto di espulsione quale strumento di estradizione mascherata⁹⁹.

6. I profili di illegittimità della nozione di Paese di origine sicuro

Alcuni istituti di dubbia legittimità che sono stati introdotti nel sistema europeo e nel sistema nazionale in materia di asilo sono stati meglio approfonditi altrove¹⁰⁰ e altri sono stati da altri approfonditi come le procedure accelerate o in zone di frontiera¹⁰¹.

La nozione di Paese di origine sicuro del richiedente asilo è introdotta nelle norme europee e nazionali perché ad esse si collegano procedure accelerate di esame delle domande dei richiedenti asilo provenienti da tali Stati, l'inversione dell'onere della prova in capo al richiedente del pericolo di subire persecuzioni o gravi rischi, riduzione dei termini per la presentazione dei ricorsi giurisdizionali e la non sospensibilità dei provvedimenti di diniego impugnati.

Tale nozione appare inficiata da numerosi vizi sia a livello internazionale ed europeo, sia a livello costituzionale italiano. A livello internazionale, come evidenziato dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati¹⁰², la nozione di "Paese di origine sicuro" solleva profili di dubbia compatibilità con la Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato, perché viola il principio previsto dall'art. 3 che vieta di discriminare nell'applicazione della Convenzione sulla base del Paese di origine e il principio di valutazione individuale della domanda di protezione, sia perché viola il divieto di riserve alla Convenzione stessa (art. 42) e pone problemi di compatibilità con il divieto di *refoulement* previsto dall'art. 33.

Pur non essendo l'UE parte contraente della Convenzione, tuttavia, l'art. 18 della Carta europea dei diritti fondamentali rinvia proprio alla Convenzione di Ginevra al fine di garantire – in maniera omogenea ed uniforme – il diritto d'asilo all'interno dell'Unione stessa: si tratta di un rinvio materiale

99. Giuliano M., voce "Asilo (diritto di), c) diritto internazionale", in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. III, 1958, p. 206.

100. Si rinvia a Bonetti P., *L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri: i limiti all'ingresso e al soggiorno che violano i diritti fondamentali e il sistema delle fonti del diritto non assicurano sicurezza, né alcuna disciplina efficace dell'immigrazione*, «Diritto pubblico», 3, 2019, pp. 651-674.

101. Sul punto cfr. Fachile S., Massimi A., Leo L., *Le nuove procedure accelerate: lo svilimento del diritto di asilo*, «Questione giustizia», 3.11.2019.

102. Cfr. UNHCR, *Background Note on the Safe Country Concept and Refugee Status*, EC/SCP/68, 26 luglio 1991, par. 5.

al contenuto normativo della Convenzione e dei suoi relativi Protocolli addizionali, senza prevedere né deroghe né tanto meno eccezioni, a garanzia del contenuto minimo ed essenziale della Convenzione stessa, oltre che della sua vigenza all'interno degli ordinamenti giuridici dei singoli Stati membri. L'art. 78 TFUE, che costituisce la base giuridica per l'adozione degli strumenti legislativi che compongono il c.d. Sistema europeo comune di asilo (del quale fa parte la Direttiva n. 32/2013), prescrive inoltre che «L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. Detta politica deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo *status* dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti».

In ogni caso poiché tutti gli Stati UE hanno ratificato la Convenzione non possono eludere le garanzie e le tutele stabilite da essa facendosi schermo del diritto dell'Unione, sia perché il diritto d'asilo europeo ha un contenuto equivalente a quello convenzionale, in ragione del rinvio indicato nelle citate disposizioni di diritto primario dell'UE, sia perché tale elusione sarebbe in contrasto con lo stesso Diritto dell'UE. È stato infatti sostenuto da autorevole dottrina internazionale che i rinvii operati dalla Carta e dal diritto dei Trattati alla Convenzione del 1951 e al relativo Protocollo del 1967 hanno il valore di un vincolo “auto-imposto”¹⁰³ dal legislatore dell'Unione, che accetta in forza di tali richiami di assoggettarsi agli obblighi derivanti dalla Convenzione pur non aderendovi formalmente quale parte contraente. Infatti, la Corte di giustizia dell'Unione europea, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità delle ipotesi di revoca o diniego di rinnovo previste dall'art. 14 della Direttiva n. 95/2011 con le disposizioni della Convenzione di Ginevra, pur non potendo dichiarare l'illegittimità della norma citata in quanto l'UE non è parte della Convenzione, ha comunque evidenziato come «a prescindere dai diritti che gli Stati membri sono tenuti a garantire agli interessati in applicazione [...] della Direttiva 2011/95, occorre sottolineare che quest'ultima non può essere interpretata in nessun modo nel senso che essa produca l'effetto di incitare detti Stati a sottrarsi agli obblighi internazionali a loro incombenti, quali derivanti dalla Convenzione di Ginevra, limitando i diritti che tali soggetti traggono da questa Convenzione»¹⁰⁴.

Pertanto l'art. 36 della Direttiva n. 32/2013 e la facoltà che il secondo paragrafo riconosce agli Stati membri di introdurre nei propri rispettivi or-

103. Hailbronner K., *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, Brill, 2000, p. 43; Hailbronner K., *EU immigration and asylum law: commentary on EU regulations and directives*, Munchen, 2010, p. 11.

104. Così CGUE, Grande Sezione, sent. 14 maggio 2019, cause riunite C 391/16, C 77/17 e C 78/17, punto 108.

dinamenti giuridici «ulteriori norme e modalità inerenti all'applicazione del concetto di paese di origine sicuro», non dovrebbe in alcun modo né prevedere un regime differenziato – sia in sede amministrativa, sia in sede giurisdizionale – di valutazione delle domande di protezione internazionale per quegli stranieri che provengono da un “Paese di origine sicuro”, né eludere le garanzie minime della valutazione della singola domanda d'asilo, così come previste nel testo della Convenzione, anche in ragione del rinvio che ad essa fanno l'art. 18 della Carta europea dei diritti fondamentali e l'articolo 78 TFUE, perché altrimenti la normativa interna di un Paese membro dell'UE – trovando un'apparente giustificazione e/o base legale nell'art. 36 della Direttiva n. 32/2013 – andrebbe ad eludere uno dei principi fondamentali della Convenzione di Ginevra, quello citato all'art. 3 con riguardo alla non discriminazione della valutazione di una domanda d'asilo di uno straniero in ragione della sua provenienza, posto che l'art. 18 della Carta europea dei diritti fondamentali fa rinvio alla Convenzione di Ginevra in maniera integrale, senza riserve, deroghe, eccezioni o facoltà di applicazione di nessun tipo da parte dei singoli Stati membri.

Occorre invece riconoscere che proprio così è avvenuto: ormai quasi ogni Stato membro ha fatto la sua lista di Paesi di origine sicuri (il che rende tutt'altro che armonizzato il quadro europeo dell'asilo) e ha ricollegato ad essa le più diverse restrizioni alle garanzie per i richiedenti asilo¹⁰⁵, così come ha fatto l'Italia nell'ottobre 2019.

Così il richiedente la protezione internazionale proveniente da un Paese di origine sicuro si trova, in violazione di quanto stabilito dalla Convenzione di Ginevra, sottoposto ad una procedura deteriore rispetto a quella garantita a qualsiasi altro richiedente la protezione internazionale. Inoltre, tale facoltà di individuazione dei Paesi di origine sicura in capo a tutti gli Stati membri dell'UE determina, a sua volta, un'ulteriore discriminazione, in quanto le garanzie e le tutele della Convenzione di Ginevra rischiano concretamente di non essere effettive in maniera omogenea su tutto il territorio dell'Unione, perché trattandosi di una facoltà lasciata alla libera decisione di ogni Stato membro e prevista in una Direttiva e non in un Regolamento, i singoli Stati membri dell'Unione potrebbero considerare allo stesso tempo di origine sicura o non sicura il medesimo Stato *extra*-UE in ragione del fatto che le istruttorie per definire i criteri di definizione variano da Paese a Paese.

La nozione di Paese di origine sicuro, inserita in Italia in un apposito elenco di Paesi di origine sicuro che il Ministro per gli affari esteri, con proprio decreto può adottare nei casi e nei modi previsti dall'art. 2 *bis* d.lgs. n. 25/2008, introdotto col d.l. n. 113/2018 ed effettivamente introdotto col

105. In proposito si veda, per tutti, Pitea C., *La nozione di «paese di origine sicuro» e il suo impatto sulle garanzie per i richiedenti protezione internazionale in Italia*, «Rivista di diritto internazionale», 3, 2019, p. 627 ss.

d.m.a.e. 5 ottobre 2019 solleva seri dubbi di legittimità costituzionale per almeno quattro aspetti¹⁰⁶.

In primo luogo, l'adozione del provvedimento ministeriale influisce in modo significativo sull'effettivo esercizio del diritto di asilo garantito dall'art. 10, co. 3 Cost., le cui condizioni di esercizio devono essere disciplinate con norme di rango legislativo nei limiti degli obblighi derivanti dalle norme internazionali menzionate nello stesso articolo 10 e nell'articolo 117, primo co., della Costituzione.

Il decreto ministeriale esercita una facoltà accordata da una disposizione legislativa, a sua volta attuativa di una facoltà riconosciuta ad ogni Stato membro da una Direttiva UE, ma l'insieme delle restrizioni imposte al richiedente asilo proveniente da un "Paese di origine sicuro" può rappresentare un ostacolo all'esame approfondito della situazione individuale del richiedente stesso, in violazione con la disciplina costituzionale del diritto di asilo, che si fonda proprio sull'effettività dell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche da parte dello straniero, al di là di ciò che accade in generale nel suo Paese di origine.

Il sistema istituito da tali norme di deroghe, presunzioni relative e compressione delle garanzie procedurali a discapito di una categoria di richiedenti asilo (quelli provenienti da Paesi di origine considerati sicuri) non è quindi idoneo a garantire la corretta attuazione del diritto costituzionale di asilo. Tale diritto non può dirsi garantito in presenza di criteri di designazione dei Paesi di origine sicuri fondata soltanto su una valutazione nel suo complesso dell'ordinamento democratico e della generale situazione dei diritti umani del Paese di origine.

In secondo luogo, l'art. 2 bis del d.lgs. n. 25/2008 viola la riserva di legge in materia di condizione dello straniero prevista dall'art. 10, co. 2 Cost. in quanto conferisce al Governo la facoltà di individuare – se, come e quando ritiene opportuno – un Paese come "sicuro di origine", facoltà che di per sé produce l'attivazione di norme legislative differenti e di un trattamento diverso e deteriore delle domande di alcuni richiedenti asilo, senza che sia previsto in via preventiva alcun parere, neppure consultivo, da parte del Parlamento. Ben poteva il legislatore italiano, in attuazione del Diritto dell'Unione (che nulla prevede quanto alle procedure di designazione dei Paesi sicuri di origine), affidare tale compito alla legislazione ordinaria o ad un atto governativo approvato dal Parlamento (esemplare in proposito è il ricordato caso tedesco in cui il Bundestag ha approvato la lista dei Paesi di origine sicuri)¹⁰⁷.

106. Per altri approfondimenti cfr. Venturi F., *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente"*. *L'introduzione nell'ordinamento italiano del concetto di «Paesi di origine sicuri» ad opera della l. 132/2018 di conversione del cd. «Decreto Sicurezza» (dl. 113/2018)*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2, 2019, p. 147 ss.

107. In proposito si segnala l'opinione di Olivetti M., *op. cit.*, p. 114, secondo cui il diritto d'asilo protegge da un pericolo che deve avere consistenza oggettiva e che deve essere

In proposito non basta neppure affermare che si tratta di riserva di legge relativa, perché la discrezionalità governativa non pare adeguatamente limitata neppure dalla previsione di criteri e modi per il suo esercizio da parte della norma stessa. Occorre inoltre rilevare la vaghezza delle formule usate nell'art. 2 *bis*, commi 2 e 3 d.lgs. n. 25/2008 per tentare di vincolare la discrezionalità del Governo: appare difficile, infatti, vincolare tutti i parametri cui riferirsi per valutare “in via generale e costante” la “sicurezza” di un Paese, con riguardo al rispetto dei diritti umani dei suoi cittadini. Lo stesso inciso “in via generale e costante” rovescia la dimensione individuale del diritto di asilo costituzionalmente garantito. Al contempo, vaghi appaiono i riferimenti alle fonti di informazioni menzionate nell'art. 2 *bis*, co. 4 d.lgs. n. 25/2008, perché si tratta di indicazioni aperte e generiche, che non danno certezza sulla fondatezza e completezza dei dati utilizzati per la designazione.

Inoltre, poiché l'art. 10, co. 2 Cost. contiene una riserva di legge rinforzata che implica l'illegittimità costituzionale delle norme legislative che violino norme e trattati internazionali che regolano la condizione giuridica dello straniero è evidente che la disciplina dei Paesi di origine sicuri viola il divieto di discriminazioni fondate sui Paesi di origine dei rifugiati previsto dall'art. 3 della Convenzione di Ginevra del 1951, ratificata dall'Italia con la legge n. 722/1954: l'applicazione della Convenzione e della definizione di rifugiato ivi prevista, quindi, è governata dal principio di valutazione individuale della domanda, che prescrive per gli Stati contraenti l'obbligo di un esame dettagliato e alla luce delle circostanze individuali di tutte le domande di riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Un terzo profilo di illegittimità costituzionale deriva dalla lettura sistematica delle norme del d.lgs. n. 25/2008, come modificate a seguito dall'entrata in vigore del decreto-legge 113/2018, alla luce degli artt. 2, 3, co. 1, 24, co. 1, 111 e 117, co. 1 Cost.: le norme in questione infatti comportano che la domanda di protezione del richiedente proveniente da un Paese di origine sicuro sia sottoposta ad esame prioritario da parte della Commissione territoriale competente, sia esaminata con procedura accelerata, che non sia prevista una motivazione in fatto ed in diritto del rigetto della domanda, che siano dimezzati i termini di proposizione del ricorso e che venga meno l'effetto sospensivo dallo stesso determinato.

La mancanza di effetto sospensivo automatico del ricorso sembra peraltro fortemente viziata in virtù di una consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani secondo cui, nel caso di persona che rischia di essere sottoposta a trattamento inumano e degradante, il principio di effettività del

determinato sulla base di *standard* medi di tutela delle libertà democratiche, sicché sarebbe possibile una predefinizione legislativa degli Stati dai quali è possibile richiedere asilo, eventualmente con riconoscimento alle autorità amministrative della facoltà di ampliare il novero dei Paesi rispetto a cui è fornita tutela, al verificarsi di date circostanze.

ricorso all'Autorità giudiziaria e, con esso, la sospensione automatica della decisione di rigetto e rimpatrio deve prevalere sulla presunzione di sicurezza dello Stato di origine.

Il rischio concreto, in caso contrario, è quello di avere una decisione di protezione priva di effettività nelle ipotesi in cui, valutato nel merito il ricorso, sia già stata data attuazione al rimpatrio, rischio ben presente nell'ambito della giurisprudenza CEDU¹⁰⁸. Dunque, la normativa presupposta all'emanazione del decreto impugnato stabilisce un sistema parallelo rispetto alle domande di protezione internazionale e al relativo procedimento giudiziario, in cui vengono derogati i principi generali di tutela derivanti dalla Convenzione di Ginevra, con riferimento alla valutazione delle domande di asilo, da un lato, e alle garanzie processuali ordinarie previste dal nostro ordinamento giuridico per tutte le altre domande ordinarie di protezione internazionale (per tutti quegli stranieri che provengano da Paesi che non sono stati considerati "sicuri" dal Governo).

Pertanto, nella parte in cui le norme legislative italiane non riconoscono la possibilità dell'effetto sospensivo automatico derivante dalla presentazione del ricorso, essa deve quindi ritenersi in contrasto con gli artt. 2, 3, co. 1, 10, commi 2 e 3, 24, co.1, e 117, co. 1 Cost., per violazione degli indicati parametri normativi interposti; del resto, il regime differenziato che l'introduzione del concetto di "Paese di origine sicuro" determina nell'ordinamento italiano appare irragionevole e viola l'art. 3 della Convenzione di Ginevra.

Come noto, in questa materia la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare, in una giurisprudenza ormai risalente, come il principio di eguaglianza previsto dall'art. 3 Cost. non deve essere considerato in modo isolato, ma deve essere interpretato sia in connessione con l'art. 2 Cost., che non distingue tra cittadini e stranieri (così la sentenza n. 199/1986), sia alla luce dell'art. 10, secondo co. Cost., che rinvia a consuetudini e ad atti internazionali nei quali la protezione dei diritti fondamentali dello straniero è ampiamente assicurata.

108. La Corte EDU ha chiaramente espresso il seguente timore: «Premièrement, on ne saurait exclure que, dans un système où la suspension est seulement accordée sur demande, au cas par cas, elle puisse être incorrectement refusée, notamment s'il devait s'avérer ultérieurement que l'instance statuant au fond doit quand même annuler la décision d'expulsion litigieuse pour non-respect de la Convention, par exemple parce qu'elle estime, après un examen plus approfondi, que l'intéressé risquerait quand même de subir des mauvais traitements dans le pays de destination. En pareil cas, le recours en extrême urgence exercé par l'intéressé n'aurait pas présenté l'effectivité voulue par l'article 13» Corte EDU, *V. M. ed altri contro Belgio*, par. 214. Nello stesso senso, già precedentemente si vedano *Čonka contro Belgio*, par. 82, e *A.C. ed altri contro Spagna*, par. 94.

7. I profili di illegittimità costituzionale del sistema di accoglienza territoriale

Il sistema nazionale di accoglienza dei richiedenti asilo costituisce senza dubbio l'aspetto più carente del sistema italiano dell'asilo, essendo strutturato su sistemi diversi, separati, frammentati e rispondenti a logiche diverse, complessivamente incapaci di gestire un numero di domande di asilo che devono essere comunque gestibili con strumenti di programmazione ordinaria. Le ragioni di così gravi criticità sono due.

La prima è la costante sottostima da parte di tutti i Governi del numero complessivo di asilanti da ospitare nei centri afferenti al Sistema nazionale di accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR). La sottostima che durava da sempre è diventata palese a tutti con la gestione della c.d. "emergenza Nordafrica", con la quale nel 2011 sono state dilapidate ingenti risorse pubbliche senza che, a conclusione degli interventi, il sistema di accoglienza nazionale sia stato significativamente accresciuto nella sua capacità di gestione, è stata confermata dalle drammatiche vicende della mancata accoglienza dignitosa di tutti i 150.000 migranti in fuga soccorsi nel 2013-2014 anche grazie all'operazione della Marina militare *Mare nostrum*, vicende che hanno evidenziato le sopraccitate carenze strutturali.

La seconda riguarda le carenze normative sull'accoglienza. L'Italia fin dal 2002 ha istituito un sistema di accoglienza di richiedenti asilo e asilanti che dopo una prima fase affidata a centri statali si assegna ad una accoglienza diffusa che però appare viziato a livello costituzionale e questi vizi hanno prodotto anche i difetti che inficiato l'efficacia di questa accoglienza diffusa. I vizi riguardano sia lo SPRAR (Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati) istituito con la legge n. 189/2002, sia il SIPROIMI (Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per i minori stranieri non accompagnati) istituito col d.l. n. 113/2018.

Occorre in proposito ricordare che si tratta di strutture di accoglienza territoriali destinate a richiedenti asilo o a titolari di protezione internazionale durante lo svolgimento della procedura di esame delle domande di asilo¹⁰⁹ oppure, oggi – a seguito della riforma introdotta dal d.l. n. 113/2018 –, dopo il riconoscimento della protezione internazionale. In materia di diritto di asilo la legislazione statale affida molte funzioni amministrative alle amministrazioni centrali e verifiche dello Stato in virtù di esigenze unitarie¹¹⁰, come consente l'art. 118 Cost.

109. Si vedano in proposito le riflessioni critiche di Penasa S., *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2017.

110. Per un'analisi delle funzioni amministrative statali in materia di diritto di asilo previste dalle norme primarie e secondarie vigenti si rinvia a Bonetti P., "Accoglienza nell'emergenza: la recente evoluzione", in Woelk J., Guella F., Pelacani G. (a cura di), *Mo-*

Invece la realizzazione e la gestione dei progetti di accoglienza territoriale è stata affidata dall'art. 1 *sexies* d.l. n. 416/1989, conv. in legge n. 39/1998, come modificato da ultimo dal d.l. n. 113/2018 a strutture progettate dagli enti locali e realizzate anche col concorso degli enti del Terzo settore, i quali possono farsi approvare e finanziare progetti che devono essere presentati dal Ministero dell'interno sulla base di *standard*, criteri e parametri elaborati con decreto del Ministero dell'interno e nei limiti delle risorse (statali ed europee) del Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo. Per il resto il sistema di accoglienza decentrato è stato affidato, soprattutto dopo la riforma prevista dal d.l. n. 113/2018 a centri di accoglienza straordinari, attivati di volta in volta dai Prefetti con appositi bandi di appalto sulla base di *standard* previsti con decreto del Ministro dell'interno.

In proposito i rilievi di legittimità costituzionale ed europeo sono diversi.

Occorre ricordare che si tratta di accoglienza prevista in modo obbligatorio dalla Direttiva UE sull'assistenza dei richiedenti asilo e con i contenuti da essa previsti ed anche l'accoglienza dei minori non accompagnati e l'integrazione dei rifugiati hanno vincoli previsti nelle Direttive europee.

Il modello instaurato invece affida funzioni di accoglienza sostanzialmente analoghe talvolta agli enti locali e talvolta all'amministrazione statale e in tal senso è lecito dubitare che sussistano le esigenze unitarie menzionate dall'art. 118 Cost. e funzionali all'accentramento statale.

In ogni caso il sistema di accoglienza affidato agli enti locali "a progetto" appare illegittimo per violazione dell'art. 118 Cost, co. 1, che affida le funzioni amministrative in via ordinaria ai Comuni. Tali funzioni in quanto obbligatorie dovrebbero essere affidate dalla legge a tutti i Comuni o al massimo alle Province, nei limiti dei criteri di differenziazione, adeguatezza e sussidiarietà previsti dall'art. 118 Cost. e non soltanto ad alcuni che lo desiderino e che si facciano finanziare un progetto.

Anche il finanziamento delle strutture di accoglienza sulla base di progetti verificati e in gran parte (ma non totalmente) finanziati dal Ministero dell'interno è di dubbia legittimità costituzionale perché ai sensi dell'art. 119 Cost. il finanziamento statale delle funzioni degli enti locali dovrebbe essere integrale in via ordinaria e non lasciata alla discrezionale valutazione caso per caso dell'autorità statale e ad un finanziamento statale non completo.

Da ultimo occorre ricordare che il sistema di accoglienza che era stato riformato col d.l. n. 113/2018 in modo da separare il previgente sistema SPRAR in due sistemi paralleli e successivi che prevedevano dapprima l'accoglienza ai richiedenti asilo (ospitati in centri di accoglienza straordinaria attivati dai Pre-

delli di disciplina dell'accoglienza nell'«emergenza immigrazione». La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, pp. 153-154.

fetti e con standard ridotti e prestazioni ridottissime in materia di orientamento legale, psicologico e sociale) e poi l'accoglienza in strutture del SIPROIMI (progettate e gestite dagli enti locali e finanziate dal Ministero dell'interno) per i titolari di protezione internazionale o di titolari di permessi di soggiorno per casi speciali o di minori non accompagnati è andato in crisi per il rifiuto generalizzato degli enti del terzo settore di partecipare più a gare con prestazioni così ridotte nei centri di accoglienza straordinari.

Il numero sempre più ridotto di posti disponibili nei centri CAS ha portato ad una crisi durante la pandemia per il Coronavirus, allorché è stato indispensabile aumentare il distanziamento interpersonale e spostare gli ospiti, sicché il Governo non ha abrogato la riforma introdotta col d.l. n. 113/2018, ma in pratica sì, perché ha previsto che i posti disponibili nei centri del SIPROMI non saranno soltanto per i titolari di protezione internazionale o dei permessi per casi speciali, ma potranno essere destinati ad ospitare anche richiedenti asilo durante lo stato di emergenza di rilevanza nazionale (art. 86 *bis*, comma 1, d.l. n. 18/2020, come convertito dalla legge n. 27/2020) e poi pure per i sei mesi successivi, cioè almeno fino al 31 gennaio 2021 (art. 16 d.l. n. 34/2020).

Quando il sistema di accoglienza tornerà a rispettare la Costituzione e le norme internazionali ed europee e avrà un numero di posti adeguato alla media degli arrivi in Italia anche il sistema italiano avrà deciso di prendere sul serio e in modo strutturale non soltanto l'immigrazione, ma anche il diritto d'asilo.

La protezione umanitaria prima e dopo il decreto legge n. 113 del 2018

di *Maria Acierno**

Sommario: 1. La parabola della protezione umanitaria, – 1.1. La protezione umanitaria prima delle Direttive 2004/83/CE (Direttiva Qualifiche) e 2005/85/CE (Direttiva Procedure), – 1.2 La protezione umanitaria dopo l'intervento del legislatore eurounitario sulla protezione internazionale, – 1.3. L'intervento del legislatore del d.l. n. 113 del 2018. – 2. La “specialità” dei permessi introdotti dalla nuova legge, – 2.1 Il permesso per ragioni di salute ex art. 19, co. 2, lettera d bis) d.lgs. n. 286 del 1998, – 2.2. Il permesso per calamità (art. 20 bis d.lgs. n. 286 del 1998), – 2.3. Il permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile (art. 42 bis d.lgs. n. 286 del 1998), – 2.4. I permessi di soggiorno per “casi speciali”, – 2.5. Regime processuale. – 3. Il permesso per “protezione speciale” e l'applicazione del principio di non refoulement. – 4. L'autonoma azionabilità del diritto d'asilo. – 5. Considerazioni conclusive.

1. La parabola della protezione umanitaria

La protezione umanitaria ha svolto una funzione vicaria di primario rilievo in tutta l'evoluzione legislativa interna del diritto del cittadino straniero al riconoscimento di uno *status* o di un permesso riconducibile alla protezione internazionale. Prima della entrata in vigore del sistema pluralistico di protezione introdotto con l'attuazione della Direttiva 2004/83/CE (c.d. Direttiva qualifiche) e 2005/85 (c.d. Direttiva procedure) costituiva l'unica forma di riconoscimento di condizioni di vulnerabilità o compressione dei diritti umani (in particolare quelli plasticamente rappresentati dall'art. 3 CEDU) concorrente con il rifugio politico, contribuendo, grazie al vigoroso apporto della dottrina e del giudice ordinario, a dare attuazione pratica al diritto d'asilo

* Consigliere della 1^a sezione civile della Corte di Cassazione, componente delle Sezioni Unite civili e direttore aggiunto dell'ufficio del Massimario.

costituzionale. La parabola in questa prima fase, ha avuto carattere ascendente, raggiungendo il massimo grado di tutela con il riconoscimento giuridico contenuto nell'art. 32 del d.lgs. n. 25 del 2008, norma che ha imposto l'accertamento officioso delle serie ragioni di carattere umanitario, secondo il parametro desumibile dall'art. 5, co. 6. d.lgs. n. 286 del 1998, e ne ha attribuito la cognizione piena in primo grado alle Commissioni territoriali, un organo amministrativo a discrezionalità tecnica, sempre più caratterizzato da una professionalità specifica dei suoi componenti¹.

Questo processo ha subito una brusca interruzione con l'entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018 che ha inteso eliminare specificamente la potenzialità espansiva della protezione umanitaria, secondo la comune interpretazione attribuita alla formula aperta contenuta nell'art. 5, co. 6 d.lgs. n. 286 del 1998, al fine di vanificare l'effetto virtuoso, valorizzato dall'interprete, di riconoscere uno strumento di protezione a situazioni non tutte astrattamente predeterminabili *ex lege*. La parabola, in relazione al nuovo paradigma legislativo, sembra aver assunto un andamento discendente ma, all'indomani dell'intervento restrittivo del legislatore, si è subito creato un laboratorio d'idee e proposte volte, da un lato, a verificare la compatibilità costituzionale dell'abrogazione della norma con l'inveramento del diritto d'asilo costituzionale che su di esso s'impennava, e dall'altro ad individuare anche al di fuori dell'invocazione dell'intervento correttivo del giudice delle leggi, proprio attraverso la norma costituzionale, nuove forme di tutela umanitaria che sull'autonomia del diritto d'asilo e la sua diretta azionabilità fondino le basi.

1.1. *La protezione umanitaria prima delle Direttive 2004/83/CE (Direttiva qualifiche) e 2005/85/CE (Direttiva procedure)*

La disciplina legislativa della protezione umanitaria è coeva del d.lgs. n. 286 del 1998, un testo legislativo che ha inteso tracciare un quadro sistematico dell'accesso, del soggiorno e dell'allontanamento del cittadino straniero,

1. Il co. 1, dell'art. 4, del d.lgs. n. 25 del 2008, così come sostituito per effetto dell'art. 1, co. 1 del d.lgs. n. 220 del 2017 stabilisce che le Commissioni territoriali, sono insediate presso le prefetture. Sono in numero di 20 (co. 2) e sono composte da quattro componenti scelti tra personale altamente specializzato, selezionato per concorso (art. 12 d.l. n. 13 del 2017, convertito nella l. n. 46 del 2017), con compiti istruttori, da un Presidente, nominato con decreto del Ministro dell'interno e da un esperto UNHCR. Il co. 3 *bis* stabilisce espressamente che ogni Commissione territoriale ed ognuna delle sue sezioni opera con indipendenza di giudizio e di valutazione. A ciascuna seduta della Commissione partecipano il funzionario prefettizio con funzioni di presidente, l'esperto designato da UNHCR e due dei funzionari amministrativi con compiti istruttori, tra cui il funzionario che ha svolto il colloquio. Esse sono validamente costituite con la presenza della maggioranza dei componenti e deliberano con il voto favorevole di almeno tre dei componenti. In caso di parità prevale il voto del presidente.

conformando ciascuna delle fasi a forme di controllo rigorose e generalmente vincolate alle prescrizioni normative. Tale modalità d'intervento legislativo ha profondamente mutato il ruolo della giurisdizione in relazione alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive del cittadino straniero di fronte a denunciate violazioni delle norme di nuova introduzione da parte dei poteri amministrativi. Il TU ha incentrato il controllo sui provvedimenti di allontanamento del cittadino straniero sul giudice ordinario, operando, soltanto in relazione ai permessi di soggiorno, una ripartizione di giurisdizione tra quest'ultimo (permessi connessi al diritto all'unità familiare) e giudice amministrativo (permessi connessi a motivi di lavoro). Anche per queste ipotesi, tuttavia, non si è dubitato della vincolatività per l'autorità amministrativa delle norme applicabili.

Il controllo giurisdizionale sulla protezione umanitaria è rimasto invece, nella prima fase di applicazione del TU n. 286 del 1998, in un cono d'ombra ed in una condizione di ambiguità ed oscillazione tra le giurisdizioni, nonostante i riferimenti normativi fossero univocamente rivolti alla riconducibilità delle situazioni tutelabili all'interno dei diritti soggettivi.

L'art. 5, co. 6 del d.lgs. n. 286 del 1998 con il richiamo ai seri motivi umanitari ed agli «obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» rinvia al sistema costituzionale e convenzionale dei diritti fondamentali della persona e colloca indiscutibilmente la protezione umanitaria all'interno di questo quadro. L'art. 19, co. 1. è ancora più esplicito. Nessuno può essere respinto alla frontiera od espulso verso uno Stato nel quale possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, opinioni politiche, condizioni personali e sociali. Il canone antidiscriminatorio riprodotto nella norma è quello che caratterizza le Carte costituzionali e le Convenzioni internazionali che hanno ad oggetto il riconoscimento e la promozione dei diritti umani ed il principio di *non refoulement* ne costituisce uno dei principali corollari.

In questo quadro normativo primario non residua spazio per l'esercizio di un potere amministrativo di natura discrezionale, né può ritenersi che il riconoscimento delle condizioni giustificatrici della protezione umanitaria possano essere degradate al rango d'interessi pur se giuridicamente qualificati. In conclusione, anche prima della ricezione delle Direttive CE e della diretta derivazione della tutela umanitaria dal diritto d'asilo, il corretto inquadramento giuridico di questa forma di tutela conduce ad un suo collocamento all'interno dei diritti soggettivi perfetti, non potendosi altrimenti giustificare il richiamo agli obblighi costituzionali ed internazionali. Tuttavia, nonostante la chiarezza del quadro sopra delineato, la protezione umanitaria è stata originariamente assoggettata alla giurisdizione amministrativa² attribuendo al questore una

2. Cass. SU ord. n. 7933 del 2008, in www.italgiure.giustizia.it. Le SU avevano affermato la giurisdizione amministrativa ritenendo che la protezione umanitaria non potesse

potestà valutativa contrastante con il quadro costituzionale ed internazionale di riferimento.

Com'è noto, a partire dall'ordinanza delle SU n. 19393 del 2009³ la giurisdizione del giudice ordinario è rimasta ferma anche grazie alla intima connessione che la giurisprudenza di legittimità⁴ ha delineato tra la protezione umanitaria e l'attuazione legislativa del diritto d'asilo, riconoscendo nel permesso, così come configurato nell'art. 5, co. 6 una forma di tutela atipica e residuale (Cass. nn. 13079 e 13096 del 2019), fondata su una clausola "aperta" (i seri motivi di carattere umanitario) capace, proprio per questa sua natura, di comprendere anche in chiave diacronica, la molteplicità delle situazioni di vulnerabilità a carattere umanitario, così come desumibili dal quadro costituzionale e convenzionale di protezione dei diritti umani della persona.

1.2. *La protezione umanitaria dopo l'intervento del legislatore eurounitario sulla protezione internazionale*

Il mutamento di prospettiva e di sistema assiologico all'interno della quale è stata collocata la protezione umanitaria si deve, tuttavia, in larga misura, all'introduzione del sistema legislativo, di derivazione eurounitaria, della pro-

costituire atto meramente consequenziale del procedimento introdotto con la domanda di asilo ma, al contrario, avesse ad oggetto una valutazione politico-amministrativa autonoma del questore.

3. Cass. SU ord. 19393 del 2009 così massimata in www.italgiuregiustizia.it: «La controversia avente ad oggetto una domanda di rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari proposta in data anteriore al 20 aprile 2005, e quindi disciplinata dagli artt. 5, co. sesto, e 19 del d.lgs. n. 286 del 1998 e dall'art. 28, lett. d), del d.p.r. n. 394 del 1999, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto la situazione giuridica soggettiva dello straniero ha natura di diritto soggettivo, che va annoverato tra i diritti umani fondamentali che godono della protezione apprestata dall'art. 2 della Costituzione e dall'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e non può essere degradato ad interesse legittimo 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 riservato esclusivamente al legislatore». Ad essa sono seguite SU n. 5057 del 2018; 30658 del 2018, riguardanti il diniego del questore di permesso umanitario *ex art. 5, co. 6 d.lgs. n. 286 del 1998*; 30757 del 2018 e 32044 del 2018, riguardanti il permesso umanitario riconosciuto alle vittime da sfruttamento lavorativo *ex art. 22, co. 12 quater d.lgs. n. 286 del 1998*. Tutte le pronunce citate anche nelle note che seguono sono reperibili in www.italgiuregiustizia.it.

4. Il *leading case* è Cass. n. 10686 del 2012 cui è seguita, tra le altre 16362 del 2016, così massimata: «Il diritto di asilo è interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo "status" di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di un permesso umanitario, ad opera della esautiva normativa di cui al d.lgs. n. 251 del 2007, ed all'art. 5, co. 6, del d.lgs. n. 286 del 1998, cosicché non v'è più alcun margine di residuale diretta applicazione del disposto di cui all'art. 10, co. 3, Cost.».

tezione internazionale, unitamente alle peculiari modalità di accertamento amministrativo e giurisdizionale dei requisiti in esso delineate.

L'attribuzione in via pressoché esclusiva alle Commissioni territoriali, organo tecnico ad alta specializzazione, della cognizione sulla sussistenza di «gravi motivi di carattere umanitario» e successivamente al giudice ordinario, anch'esso progressivamente sempre più specializzato⁵, dei ricorsi avverso i provvedimenti di primo grado hanno consolidato la collocazione della protezione umanitaria nell'alveo delle forme di attuazione dei diritti umani ed hanno permesso di enucleare situazioni di vulnerabilità anche quando non fossero rinvenibili le condizioni previste dalla legge per il riconoscimento della protezione internazionale. La diversità, la pluralità e la mutevolezza delle situazioni sottoposte all'esame degli organi amministrativi (e giurisdizionali) che si occupano della protezione internazionale, unita alla doverosa acquisizione delle informazioni necessarie sulle condizioni oggettive dei Paesi di provenienza, ha favorito lo sviluppo dell'esperienza e della sensibilità adeguata per la individuazione delle vulnerabilità suscettibili di protezione umanitaria, ponendone in luce la relatività storica e cronologica ed il diretto collegamento con il paradigma costituzionale dell'asilo, anch'esso frutto di una formulazione ampia (l'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche) ma del tutto adeguata a definire i contenuti del diritto senza tuttavia esaurirne la potenzialità espansiva e la capacità di comprendere ed includere diverse e nuove situazioni di privazione dei diritti umani conseguenti a mutamenti sociali, politici ed ambientali. L'inclusività della protezione umanitaria, ancorché saldamente ancorata alla natura strettamente individuale del giudizio di accertamento dei requisiti per il suo riconoscimento, ha permesso di enucleare situazioni di vulnerabilità non soltanto riconducibili al divieto di *non refoulement*, fino al riconoscimento giudiziale del rilievo dell'integrazione sociale e lavorativa, ancorché non assunto come fattore cui attribuire esclusiva rilevanza ma come indicatore della condizione attuale del richiedente da porre in comparazione con il quadro della situazione generale esistente nel proprio Paese di origine in relazione alla «privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale» (Cass. n. 4455 del 2018)⁶.

Crescente rilievo ha assunto l'accertamento di patologie psichiche derivanti da violenze subite anche nei Paesi di transito come la Libia, che per la loro

5. Il d.l. n. 13 del 2017, convertito con modifiche nella l. n. 46 del 2017 ha istituito le sezioni specializzate in materia d'immigrazione e protezione internazionale, presso i Tribunali ordinari del luogo ove hanno sede le Corti d'appello.

6. L'idoneità del giudizio comparativo è stata confermata da SU 29640 del 2019. Nella sentenza è stato affermato il seguente principio di diritto: «In tema di protezione umanitaria, l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali comporta che, ai fini del riconoscimento della protezione, occorre operare la valutazione comparativa della situazione soggettiva e oggettiva del richiedente con riferimento al paese di origine, in raffronto alla situazione d'integrazione raggiunta nel paese di accoglienza».

gravità ed impatto traumatico possono determinare una condizione effettiva di vulnerabilità emendabile attraverso il percorso di cura ed integrazione nel Paese di accoglienza (Cass. n. 13096 del 2019 e 1104 del 2020), o condizioni soggettive di debolezza psichica che per la loro manifestatività hanno indotto alla fuga dalle autorità tribali del villaggio del Paese di origine perché interpretate in un contesto culturale e religioso diverso anche in mancanza di una condizione di effettiva persecuzione per motivi di religione (Cass. n. 13088 del 2019).

1.3. *L'intervento del legislatore del d.l. n. 113 del 2018*

Questo processo di adeguamento effettivo della protezione umanitaria alla configurazione costituzionale “aperta” del diritto d’asilo è stato interrotto, quanto meno nell’*intentio legis*, dall’entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018, con il quale il legislatore è intervenuto su tre piani. In primo luogo, abrogando l’art. 5, co. 6 d.lgs. n. 286 del 1998 ha eliminato la derivazione diretta della protezione umanitaria dagli obblighi costituzionali ed internazionali all’interno dei quali era destinata ad operare come strumento aperto alle vulnerabilità che i variegati fenomeni migratori possono far emergere. In secondo luogo ha predeterminato in modo puntuale le protezioni speciali rimesse alla valutazione del questore, svuotando le Commissioni territoriali di molta parte della cognizione preesistente al riguardo. In terzo luogo ha chirurgicamente espunto l’attributo “umanitario” comunque declinato nelle norme, denominando le nuove forme di permessi di soggiorno, giustificati da cause tipiche di vulnerabilità, come speciali. Analoga denominazione (“protezione speciale”) è stata attribuita alla residua tipologia di permessi rimessi alla valutazione della Commissione territoriale⁷.

L’intervento ha avuto natura “circolare” così da escludere qualsiasi spazio residuo alle ragioni umanitarie dei migranti. In particolare, la restituzione al questore di un’ampia fetta di attribuzioni amministrative relative ai permessi giustificati da ragioni di salute e da calamità naturale, ha determinato una cesura, tra gli organi preposti all’accertamento delle forme di vulnerabilità giuridicamente rilevanti, potenzialmente limitativa dei diritti dei richiedenti.

Alle Commissioni territoriali è rimasta la cognizione sulla residua applicazione del principio di *non refoulement*. Non può che rilevarsi, al riguardo, che la rappresentazione unitaria della situazione che ha determinato l’abbandono del Paese d’origine, da collegarsi con la attuale condizione generale del medesimo Paese, consente una valutazione della condizione personale del richiedente più completa ed esaustiva, correttamente rimessa all’organo che

7. Nei paragrafi 2.1; 2.2; 2.3; 2.4, verranno esaminati analiticamente i nuovi permessi, unitamente al regime processuale ad essi applicabile (par. 2.5).

ha, mediante l'audizione, potuto conoscere personalmente la vicenda narrata. Non è normativamente procedimentalizzata l'istruzione che dovrà svolgere il questore, né esso appare tenuto all'audizione del richiedente. Si può dubitare, peraltro, che, una volta investito di una domanda rivolta all'accertamento di una condizione di vulnerabilità codificata, possa riconoscerne un'altra che risulti dalle allegazioni di fatti (ove il richiedente venga audito) o dai documenti prodotti. Non è normativamente previsto che, in presenza di fatti che integrino le protezioni tipiche o rientrino nel divieto di *non refoulement*, il questore sia obbligato alla trasmissione degli atti alla Commissione territoriale competente. La successiva impugnazione davanti al giudice ordinario del diniego, a natura eventuale, non elimina le radicali differenze di garanzie di accesso effettivo alla tutela "speciale", pur sempre rientrante nel catalogo dei diritti umani, soprattutto in relazione al concreto esercizio del diritto di difesa in fase di accesso al riconoscimento del diritto.

Si profila non solo la frammentazione delle situazioni suscettibili di tutela, unita all'eliminazione delle condizioni di vulnerabilità che non siano previste dalle nuove norme⁸ o che possano essere enucleate dalle continue modificazioni che subiscono le cause dei fenomeni migratori, in mancanza di una clausola di salvaguardia come quella contenuta nell'art. 5, co. 6 d.lgs. n. 286 del 1998, ma anche un ritorno alla centralità del potere dell'autorità amministrativa di polizia che l'unitario sistema di accesso alla protezione internazionale ed umanitaria avevano del tutto marginalizzato⁹.

La natura rigidamente vincolata del potere del questore, desumibile dalla qualificazione giuridica della situazione soggettiva del richiedente come diritto fondamentale della persona e dalla giurisdizione del giudice ordinario, non elimina la profonda differenza di regime giuridico tra il sistema di accertamento delle condizioni di legge per il riconoscimento del diritto, in relazione ai permessi rimessi alla potestà amministrativa dell'organo di polizia e quello attribuito alle Commissioni territoriali, organi tecnici a composizione professionale, soggetti ad una rigorosa scansione procedimentale del loro potere. Il questore non ha più soltanto il potere di eseguire quanto disposto dalle Commissioni territoriali o dal giudice ma costituisce l'organo al quale deve essere proposta la domanda, senza alcuna predeterminazione di una qualche forma di esercizio del diritto di difesa, mediante audizione o partecipazione di un legale e con il rischio di un'ingiustificata differenziazione di trattamento in questa prima centrale fase di accertamento del diritto.

8. Ci si riferisce alle ipotesi di vulnerabilità riconosciute dalla giurisprudenza.

9. Ci si riferisce alle forme di protezione umanitaria già tipizzate nel sistema normativo preesistente (art. 18, protezione sociale; 18 *bis*, vittime della violenza domestica; art. 22, co. 12 *quater*; vittime dello sfruttamento lavorativo o riduzione in schiavitù). In queste ipotesi permane il potere del questore in sede di rilascio ancorché ancorato rigidamente alle indicazioni del P.M. o dell'autorità giudiziaria.

Alla vincolatività dell'accertamento delle condizioni sostanziali previste rigidamente dalla legge si contrappone una incontrollata discrezionalità nelle modalità procedurali con le quali procedervi, del tutto incoerente con la natura del diritto oggetto di riconoscimento. Può cogliersi una circolarità distopica in questo riproporsi del ruolo di primo organo decisionale del questore nella protezione umanitaria (ancorché diversamente denominata) così come accadeva nella vigenza del quadro normativo anteriore all'entrata in vigore del sistema pluralistico della protezione internazionale, all'interno del quale il controllo giudiziale era stato attribuito alla giurisdizione amministrativa¹⁰.

È necessaria un'attenta vigilanza dell'interprete rivolta verso la tendenza al sostanziale depauperamento del contenuto del diritto al riconoscimento delle forme di protezione provenienti dall'accertamento di situazioni di vulnerabilità giuridicamente qualificate, per tipizzazione normativa, o per enucleazione interpretativa. All'interno del dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo all'applicabilità della sopravvenuta abrogazione dell'art. 5, co. 6, d.lgs. n. 285 del 1998, è stato sostenuto che la posizione giuridica di diritto fondamentale, appartenente al catalogo dei diritti umani, del richiedente la protezione umanitaria non esclude la natura sostanzialmente costitutiva dell'accertamento giudiziale e la conseguente applicabilità anche alle domande proposte prima dell'entrata in vigore del regime più restrittivo le nuove norme, dal momento che il diritto verrebbe a sorgere attraverso l'accertamento amministrativo ed eventualmente giudiziale, nonostante l'univoca posizione nettamente contraria della giurisprudenza delle SU, univocamente espressa al riguardo dal 1997 in poi, prima in relazione alla diretta azionabilità del diritto d'asilo costituzionale e successivamente con riguardo alla reiterata affermazione della giurisdizione del giudice ordinario¹¹.

2. La “specialità” dei permessi introdotti dalla nuova legge

Un esame anche sommario e superficiale del nuovo sistema di permessi fondato su condizioni tipizzate di vulnerabilità, introdotto dalla nuova legge, pone in luce come il legislatore abbia voluto “sbarazzarsi” delle ragioni umanitarie, sia mediante la già rilevata abrogazione dell'art. 5, co. 6 d.lgs. n. 286 del 1998, sia mediante l'eliminazione grafica dell'attributo “umanitario” comunque declinato ed ovunque in precedenza utilizzato (nel sistema della protezione internazionale del cittadino straniero) al fine di rappresentare, anche plasticamente, che non deve residuare spazio applicativo nel nostro ordinamento interno per strumenti che possano avere tale connotazione. Ai fini della

10. Ora non più proponibile salvo che per il permesso per atti di particolare valore civile, a natura discrezionale soggetto alla giurisdizione amministrativa.

11. Il *leading case* è SU 4674 del 1997, «Rivista di diritto internazionale», 1997, p. 844.

realizzazione di un tessuto legislativo coerente sarebbe stato sufficiente eliminare il riferimento all'art. 5, co. 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 dalle disposizioni sui permessi già tipizzati nel sistema normativo previgente¹² e dall'art. 32, co. 3, d.lgs. n. 25 del 2008.

L'ulteriore intervento demolitivo, operante sul piano terminologico, pone in luce quale sia il sistema assiologico di riferimento dell'intervento legislativo e ne impone il preliminare vaglio di coerenza e compatibilità con quello che è posto a base della tutela dei diritti umani dalla nostra Costituzione, da valutare con la lente del diritto di asilo e del complessivo sistema costituzionale multilivello. L'unilateralità e l'accento ideologico marcato dell'intervento legislativo è, peraltro, confermato, dalla scelta di sostituire all'attributo "umanitario", l'aggettivo "speciale". La specialità di uno strumento ne evoca la non conformità alle regole generali; sottolinea l'unicità e la peculiarità dell'intervento in deroga alla disciplina generale che, dunque, condurrebbe ad escludere dalla protezione internazionale le ragioni umanitarie. È necessario, di conseguenza, verificare se davvero l'impronta ideologica abbia realizzato un sistema di permessi che per la loro natura atomistica ed il loro contenuto fortemente caratterizzato possano essere, in generale, in contrasto, con il paradigma costituzionale e convenzionale della protezione internazionale o se, la collocazione dell'intero sistema di protezione internazionale nell'alveo dei diritti umani, possa condurre ad un'interpretazione della nuova disciplina che limiti la discontinuità con il passato sia in relazione ai singoli strumenti di protezione speciale che in ordine al diritto di asilo costituzionale.

Per condurre, sia pure in via di prima approssimazione questa indagine, è utile un esame dei singoli nuovi permessi. L'indagine avrà ad oggetto esclusivamente le condizioni di accesso e non il contenuto dei diritti del richiedente, perché i dubbi interpretativi appaiono più accentuati in relazione a questo primo profilo.

2.1. Il permesso per ragioni di salute ex art. 19, co. 2, lettera d bis) d.lgs. n. 286 del 1998

All'art. 19, co. 2, è stata aggiunta la lettera d-bis) che contiene la nuova ipotesi normativa di permesso per ragioni di salute. I requisiti di riconoscimento sono molto restrittivi: è necessario versare in condizioni di salute di «particolare gravità», accertate da documentazione sanitaria proveniente da una struttura pubblica o da un medico convenzionato tali da «determinare un rilevante pregiudizio alla salute» in caso di rientro nel Paese di origine.

La norma, già all'esame testuale, evidenzia problemi interpretativi per la formulazione enfatica della prima parte. Condizioni di particolare gravità, che

12. Vedi *supra* nota n. 9.

non determinino un rilevante pregiudizio per la salute sono difficili da immaginare e non può non rilevarsi il sospetto d'incostituzionalità della norma nella parte in cui esclude patologie, anche croniche, che non producono una limitazione dell'integrità psico fisica rilevante ma che non siano curabili nel Paese di origine, sia per la mancanza di presidi medico sanitari adeguati, sia in relazione all'accesso (ove sia necessario una condizione economica irraggiungibile per il richiedente) alle cure nel Paese di origine.

L'art. 32 della Costituzione postula un diritto assoluto ed incompressibile anche da parte dei pubblici poteri rivolto alla persona umana. Soltanto un'interpretazione della norma che coniughi il rilevante pregiudizio a tutte le condizioni di accesso (anche quelle legate alle condizioni economiche) alle cure nel Paese di origine può essere ritenuta coerente con l'ampiezza della tutela dell'integrità psico fisica così come risultante dall'interpretazione dell'art. 32 fornita dalla Corte costituzionale¹³, così come la particolare gravità, oltre a ricomprendere pacificamente anche i deficit psichici, non può essere interpretata come una condizione pregiudiziale (ove la patologia non sia di rilevante gravità non si verificano le condizioni del rilevante pregiudizio e della possibilità effettiva di curarsi nel Paese di origine) per accedere agli altri requisiti normativi ma, al contrario deve essere valutata alla luce della situazione in cui il richiedente malato verrebbe a trovarsi nel Paese di origine, anche in relazione al sistema sanitario pubblico o privato ivi esistente.

Per questa tipologia di permessi e per gli altri individuati dalla nuova legge, di conseguenza, rimane fermo il dovere officioso del giudice di assumere informazioni aggiornate al fine d'integrare l'istanza documentata del richiedente. Ove il sistema sanitario del Paese di origine sia economicamente inaccessibile perché destinato ad una fascia limitatissima di cittadini, non può escludersi il riconoscimento del diritto a curarsi in un Paese ove questo ostacolo possa essere rimosso per l'intervento dei pubblici poteri. Non può opporsi a questa interpretazione costituzionalmente orientata della norma che il permesso non è rivolto ai migranti economici perché il nucleo della tutela è la salute, un diritto appartenente al rango dei diritti umani, non confinabile all'interno del requisito di cittadinanza. La necessità di un'indagine ampia ed approfondita, come già accennato, non si concilia facilmente con l'attribuzione del potere di decidere, in prima battuta al questore, e questa scelta legislativa rivela subito la sua debolezza costituzionale ma, si deve ritenere, che il successivo accesso alla giurisdizione debba caratterizzarsi per la pienezza dei poteri-doveri istruttori del giudice del merito in relazione allo scrutinio di tutte le condizioni di accesso alle cure necessarie nel Paese di origine in modo da rendere effettiva la comparazione con il Paese di accoglienza.

13. Tra le altre Corte cost. n. 306 del 2008; 40 del 2013, sull'estensione dell'assegno d'invalidità e dell'indennità di accompagnamento ai cittadini stranieri.

2.2. *Il permesso per calamità (art. 20 bis d.lgs. n. 286 del 1998)*

Ancora più restrittive le condizioni di riconoscimento di questa tipologia di permesso. È necessario che il Paese di origine versi in una condizione di contingente ed eccezionale calamità che non consente il rientro e la permanenza in condizioni di sicurezza. Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente valgono in parte anche per il permesso giustificato da calamità.

Il questore non ha peculiari obblighi d'istruzione officiosa nonostante la oggettiva complessità dell'accertamento. La necessità normativa che la calamità sia "contingente" ed "eccezionale" rende difficile far confluire nella norma situazioni riguardanti criticità climatico-ambientali di rilevante impatto, a carattere non contingente ma ingravescente. È apparentemente escluso dal parametro applicativo l'impatto economico della calamità, così ponendosi profili di compatibilità costituzionali analoghi a quelli evidenziati nel paragrafo precedente. Anche in questa ipotesi il giudice ha il potere-dovere di svolgere un'indagine officiosa relativa alle conseguenze, in relazione alla titolarità ed esercizio del nucleo incompressibile dei diritti umani della persona straniera richiedente, del rientro in relazione alla situazione di calamità denunciata.

2.3. *Il permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile (art. 42 bis d.lgs. n. 286 del 1998)*

È l'unica tipologia di permesso di soggiorno, tra quelli di nuova introduzione, a contenuto non vincolato, rimesso alla discrezionalità dell'autorità amministrativa ed assoggettato alla giurisdizione del giudice amministrativo. Viene rilasciato dal questore, ha durata biennale e può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

2.4. *I permessi di soggiorno per "casi speciali"*

Sono state conservate le ipotesi tipizzate di protezione umanitaria pre-esistenti e regolate agli artt. 18 (permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale, relativo a casi di violenza o di grave sfruttamento nei confronti del cittadino straniero); 18 *bis* (permesso di soggiorno rilasciato alle vittime di violenza domestica) ed art. 22 co. 12 *quater* (permesso di soggiorno per vittime di sfruttamento lavorativo), ma ne è stata cambiata la denominazione. Si tratta di misure di protezione poco utilizzate che traggono origine prevalentemente da indagini giudiziarie e che vengono rilasciate dal questore su parere dell'autorità inquirente o dell'autorità giudiziaria precedente. Ove il permesso venga negato dall'autorità amministrativa, la tutela del richiedente è affidata alle sezioni specializzate per l'immigrazione. Il giudice ha cognizione piena sulle

condizioni di riconoscimento del diritto e non è vincolato al parere negativo dell'autorità dotata del potere d'iniziativa in sede amministrativa¹⁴.

2.5. *Regime processuale*

La disciplina legislativa processuale relativa ai permessi per ragioni di salute (art. 19, co. 2 lettera d *bis*), per calamità (art. 20 *bis*), per “casi speciali” (artt. 18, 18 *bis*, 22 co. 12 *quater*) risulta notevolmente diversa da quella riguardante le ipotesi normative di protezione speciale, previste nell'art. 32, co. 3 d.lgs. n. 25 del 2008, rimaste di competenza delle Commissioni territoriali per la protezione internazionale ed assoggettate al rito camerale. In primo luogo, per le tipologie di permessi di competenza del questore, il ricorso avverso il rifiuto, il diniego e la revoca del rilascio è di competenza delle sezioni specializzate per l'immigrazione ma con la peculiarità dell'opzione legislativa per il procedimento sommario di cognizione (art. 3, co. 1, lettera d *bis* d.l. n. 13 del 2017 conv. nella legge n. 46 del 2017 ed art. 19 *ter*, d.lgs. n. 150 del 2011). Rispetto al regime processuale introdotto dal d.l. n. 13 del 2017, la competenza è del Tribunale in composizione collegiale e le pronunce di primo grado non sono appellabili ma esclusivamente ricorribili per Cassazione.

La differenza più rilevante rispetto al permesso per protezione speciale previsto dall'art. 32, co. 3 del d.lgs. n. 25 del 2008, dei permessi disciplinati nel d.lgs. n. 286 del 1998 (permesso per ragioni di salute; per calamità e per le ipotesi tipiche *ex* art. 18, 18 *bis* e 22 co. 12 *quater*) riguarda il mancato effetto sospensivo automatico conseguente alla proposizione del ricorso.

Astrattamente potrebbe trovare applicazione l'art. 5 del d.lgs. n. 150 del 2011 che disciplina le modalità di ricorso alla tutela sospensiva anche in relazione ai ricorsi *ex* art. 702 *quater* c.p.c., anche in mancanza di un riferimento normativo specifico nell'art. 19 d.lgs. n. 150 del 2011. Ma le oggettive oscurità interpretative dell'art. 5 non escludono l'accesso alla tutela cautelare *ante causam* ed in corso di causa (artt. 669 *bis* e seguenti c.p.c.), trattandosi di uno strumento processuale direttamente emanante dall'art. 24 Cost. e, conseguentemente, compatibile con ogni modulo processuale di tutela dei diritti soggettivi. Rimane, tuttavia, da interrogarsi, sulla ragionevolezza della disparità di trattamento riservata a queste tipologie di permessi rispetto a quelli definiti come di “protezione speciale” che, in quanto attratti al regime processuale della protezione internazionale, godono dell'effetto sospensivo automatico conseguente al rigetto della domanda da parte della Commissione territoriale competente, mentre risulta incontestabile il diritto di richiedere la sospensione dell'esecutività del provvedimento giurisdizionale di primo grado al giudice che lo ha emesso (in pendenza del ricorso per Cassazione, ove proposto) pur

14. Cass. n. 10291 del 2018.

se non espressamente previsto per i permessi di competenza del questore, attesa, per un verso, la già rilevata immanenza della tutela cautelare e per l'altro, l'applicabilità, in funzione costituzionalmente orientata, dello strumento processuale dall'art. 373 c.p.c., ravvisandosi in mancanza una lesione del diritto costituzionale di difesa ingiustificata ed irragionevole.

3. Il permesso per “protezione speciale” e l'applicazione del principio del “*non refoulement*”

Rimane da esaminare l'ambito applicativo del permesso per “protezione speciale” rimesso alla cognizione delle Commissioni territoriali ove non vi siano le condizioni per il riconoscimento dello *status* di rifugiato politico o di ammesso alla protezione sussidiaria ma debba trovare applicazione il principio di *non refoulement*, secondo il paradigma normativo indicato nell'art. 19, co. 1 ed 1.1 del d.lgs. n. 286 del 1998, dall'art. 32, co. 3 del d.lgs. n. 25 del 2008, espressamente richiamato. L'art. 19, co. 1 stabilisce il divieto assoluto di espulsione o respingimento ove lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali. Il comma 1.1 estende il divieto ai Paesi nei quali vi siano fondati motivi di essere esposti a rischio di tortura. Nella norma è precisato che nella valutazione dei motivi si deve tenere conto della violazione sistematica e grave dei diritti umani.

Il permesso ancorato all'applicazione del principio di *non refoulement* può definirsi come il meno tipizzato del nuovo sistema legislativo, dal momento che taluni dei rischi di persecuzione (le condizioni personali e sociali) sono fortemente condizionati dalle modificazioni politiche, sociali, religiose, culturali. Nello stesso tempo, tuttavia, non può non rilevarsi che i rischi indicati nell'*incipit* dell'art. 19, co. 1. d.lgs. n. 286 del 1998 sono perfettamente sovrapponibili alle condizioni di riconoscimento dello *status* di rifugiato. Deve, di conseguenza, ritenersi che ove vengano allegati e si raggiunga la prova, anche per mezzo delle informazioni officiose assunte, della loro attualità, deve riconoscersi lo *status*. Residuano, certamente, ai fini del riconoscimento del permesso per protezione speciale, le ipotesi in cui pur ravvisandosi le condizioni di esposizione al rischio persecutorio, difettano le condizioni soggettive o sussistono quelle di revoca previste dagli artt. 10 e 16 del d.lgs. n. 251 del 2007.

L'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, tuttavia, impone di ricomprendere nell'ambito di applicazione del principio di *non refoulement* anche le forme d'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche, secondo il paradigma dell'asilo costituzionale contenuto nell'art. 10, terzo co., Cost. Una volta abrogato il permesso umanitario, previsto dall'art. 5, co. 6 del d.lgs. n. 286 del 1998 che, per il suo carattere residuale ed aperto, ha svolto la funzione di clausola di salvaguardia dell'attuazione interna del diritto d'asilo costituzionale, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di

legittimità, ove non si ritenga parzialmente ed illegittimamente abrogata la norma costituzionale, deve attribuirsi al permesso ancorato al principio di *non refoulement* un contenuto non interamente predeterminato dalla qualificazione della “specialità” della misura, non potendosi ignorare che gli obblighi costituzionali ed internazionali cui è vincolato lo Stato italiano non sono cessati per effetto dell’espunzione dell’art. 5, co. 6 d.lgs. n. 286 del 1998 dall’ordinamento interno. Si ritiene, di conseguenza, che il principio di *non refoulement* debba trovare applicazione in relazione a trattamenti discriminatori, da ritenersi compresi in una nozione estensiva di “persecuzione”, derivanti da peculiari condizioni personali e sociali.

Possono configurarsi condizioni di vulnerabilità individuali o relazionali che, in taluni contesti socio-politici siano idonee a determinare situazioni di coercizione tali da creare una disparità di trattamento lesiva della dignità personale. Un nucleo familiare monogenitoriale, ove il genitore sia la madre od una giovane donna, anche in mancanza di allegazioni relative al coinvolgimento nell’induzione alla prostituzione (tratta) può essere sottoposto ad una condizione di coercizione in caso di rientro, dovuta a regole locali o al contesto culturale e religioso nel quale si trova a rientrare.

Entrambe sono situazioni qualificabili come vulnerabili alla luce del sistema normativo preesistente. Ai fini della protezione speciale possono essere prese in esame alla luce di una valutazione estensiva dell’applicazione del principio di *non refoulement*, ove nel Paese di origine, non possano o siano fortemente limitate nella libertà di autodeterminarsi a causa della condizione personale di partenza, di debolezza sociale (di genere) od economica (situazioni di estrema povertà non emendabili).

Anche in relazione all’altra ipotesi di valutazione delle condizioni per il riconoscimento di un permesso di “protezione speciale” (l’esposizione al rischio di tortura) può essere configurabile un’interpretazione coerente con gli obblighi costituzionali e internazionali cui è assoggettato lo Stato italiano. Può essere valorizzata l’inclusione tra i motivi che possono condurre al rischio di subire tortura, la violazione sistematica dei diritti umani. Si può, ragionevolmente ritenere che oltre all’ipotesi tipica del rischio di essere sottoposti a tortura da parte dell’autorità pubblica inquirente e del sistema di repressione penale, possano confluire nell’ambito di applicazione della norma anche l’esposizione al rischio della violazione sistematica dei diritti umani da parte delle autorità statuali in senso lato o da parte di autorità o centri di potere o di influenza in grado d’imporre condotte coercitive, senza l’intervento ostativo delle autorità pubbliche preposte.

4. L’autonoma azionabilità del diritto d’asilo

Ove non si ritenesse praticabile la prospettata interpretazione estensiva dei modelli normativi di protezione speciale, di nuova introduzione, si aprono due

alternative. La prima si fonda sull'incontestata precettività dell'art. 10, terzo comma, Cost. e sulla conseguente azionabilità diretta del diritto d'asilo per tutte quelle ipotesi di vulnerabilità alle quali l'ordinamento, in virtù del parametro costituzionale diretto e degli obblighi costituzionali ed internazionali cui è tenuto, deve fornire strumenti di tutela che escludano il rientro coattivo nel Paese di origine ove le situazioni scrutinate come vulnerabili perdurino¹⁵.

Nella recente pronuncia delle SU n. 29460 del 2019¹⁶ è stato, in continuità con gli orientamenti preesistenti, ribadito che tutte le forme di protezione del cittadino straniero che si allontana da una condizione giuridicamente tutelabile «sono espressione del diritto di asilo costituzionale». Non può prescindersi dalla diretta incidenza della norma costituzionale, come sottolineato anche da Corte cost. n. 194 del 2019 nella quale viene precisato espressamente che “i nuovi istituti” (introdotti con il d.l. n. 113 del 2018) sono da collocare nel perimetro costituzionale ed all'interno dei vincoli internazionali «nonostante l'intervenuta abrogazione dell'esplicito riferimento agli “obblighi costituzionali ed internazionali dello Stato italiano” precedentemente contenuto nell'art. 5, co. 6 del T.U. immigrazione».

Nella complessiva valutazione comparativa del nuovo sistema dei permessi denominati come “speciali”, sia se caratterizzati da forte tipizzazione (come quelli introdotti nel *corpus* del TU n. 286 del 1998) sia se riconducibili al divieto di *non refoulement* (art. 32, co. 3 d.lgs. 25 del 2008), non può escludersi il rilievo primario del diritto d'asilo il quale «è costruito come diritto della personalità, posto a presidio d'interessi essenziali della persona che non può recedere al cospetto dello straniero bisognoso di aiuto che, allegando motivi umanitari, invochi il diritto alla solidarietà sociale: i diritti fondamentali spettano al singolo non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani, sicché la condizione giuridica dello straniero non può essere considerata ragione di trattamenti diversificati e peggiorativi» (Corte cost. n. 105 del 2001; n. 249 del 2010).

L'interprete non può, in conclusione, escludere dall'impegno ermeneutico dettato dal nuovo contesto legislativo il confronto con il puntuale e peculiare quadro di riferimento costituzionale ed internazionale per verificarne l'adeguatezza rispetto ai parametri costituzionali e per decidere quale direzione assumere: quella della interpretazione costituzionalmente orientata verso il rispetto degli obblighi (cogenti e diretti) imposti dall'art. 10, terzo comma, Cost.

15. SU n. 4674 del 1997; 907 del 1999. Anche nella interpretazione più restrittiva del diritto d'asilo adottata dalla giurisprudenza di legittimità negli anni 2005/2006 (Cass. 25028 del 2005 e 18940 del 2006) non si è dubitato della immediata precettività dell'art. 10, terzo co., Cost. anche in mancanza di una legge di attuazione, sia pure al limitato fine di garantire l'ingresso e la permanenza in Italia durante l'esame della domanda.

16. Nella pronuncia, coerentemente con quanto già affermato con la precedente sentenza n. 4890 del 2018 è stata esclusa l'applicabilità del nuovo assetto normativa alle domande proposte prima dell'entrata in vigore del d.l.

e dei vincoli internazionali, includendo situazioni di vulnerabilità che rientrino nel nucleo essenziale del rispetto della dignità personale, cardine indefettibile del catalogo dei dritti umani; quella della diretta azionabilità del diritto d'asilo, salvo individuare il modello processuale azionabile, quello residuale del processo ordinario di cognizione, con competenza affidata al Tribunale in composizione monocratica e tre gradi di giudizio o quello affidato alle sezioni specializzate per l'immigrazione, con esclusione dell'appello, ma di competenza collegiale.

Nell'ipotesi in cui l'assetto normativo introdotto dal d.l. n. 113 del 2018 non appaia fornito di margini di flessibilità interpretativa, può essere messa in campo l'opzione della configurabilità dell'eccezione di illegittimità costituzionale, rispetto non solo al parametro costituito dall'art. 10, terzo comma, Cost. ma anche degli artt. 2 (i doveri di solidarietà sociali che costituiscono il fondamento della tutela di carattere umanitario), 3 (l'ingiustificata esclusione a parità di lesione di diritti umani di alcune forme di vulnerabilità) e 117, tenuto conto dell'assetto che il diritto vivente aveva realizzato in relazione all'attuazione del diritto d'asilo con la prefigurazione di una pluralità di strumenti di protezione internazionale che rinvenivano nel permesso umanitario l'apertura verso vulnerabilità non predeterminate legislativamente ma coerenti con il paradigma costituzionale.

5. Considerazioni conclusive

Non deve tacersi, tuttavia, che sia pure per una parte minoritaria della giurisprudenza¹⁷ il nuovo sistema legislativo dei permessi "speciali" è del

tutto coerente con gli obblighi costituzionali, eurounitari ed internazionali dello Stato italiano e che in dottrina¹⁸ vi sono voci che non escludono la compatibilità costituzionale ed anche l'opportunità delle specificazioni introdotte nel sistema della tutela umanitaria dalla nuova legge, accanto ad altre¹⁹ che ne sottolineano la criticità.

Le scelte interpretative non si presentano con carattere di univocità ma, proprio per la loro intima complessità, pongono il giudice ordinario ancora una volta al centro dell'attuazione del sistema costituzionale di tutela dei diritti delle persone.

17. Molto autorevolmente rappresentata dall'ordinanza interlocutoria n. 11750 del 2019.

18. Si rinvia al riguardo all'interessante contributo critico di Gallo F., *La protezione complementare dopo il d.l. n. 113 del 2018*, «Questione giustizia», 5.7.2019, www.questionegiustizia.it/articolo/la-protezione-complementare-dopo-il-dl-1132018-inq_05-07-2019.php.

19. Benvenuti M., *La forma dell'acqua, il diritto d'asilo costituzionale tra attuazione, applicazione ed attualità*, «Questione giustizia», 2, 2018, cui si rinvia anche per i richiami di dottrina; Morozzo della Rocca P., *La protezione umanitaria una e trina*, «Questione giustizia», 2, 2018.

*L'accoglienza di richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione**

di *Monia Giovannetti***

«Riflettere sull'immigrazione, in fondo, significa interrogare lo Stato, i suoi fondamenti, i suoi meccanismi interni di strutturazione e di funzionamento. (...) L'immigrazione – ed è questo il motivo per cui essa disturba – costringe a smascherare lo Stato, a smascherare il modo in cui lo pensiamo e in cui pensa se stesso».

Sayad, *La doppia assenza. Dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato*, Raffaello Cortina, Milano, 2002

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La nascita del sistema di accoglienza italiano: dalle esperienze dal basso all'istituzionalizzazione di un Servizio dedicato alla protezione di richiedenti asilo e rifugiati. – 3. Dalla proliferazione di circuiti paralleli alla codificazione di un sistema di accoglienza “plurifasico e multilivello” con lo SPRAR perno centrale della filiera dell'accoglienza, – 3.1. Dalla delineazione del sistema unico all'adozione di strumenti applicativi, “correttivi” e incentivanti per l'implementazione del d.lgs. 142/2015. – 4. Cambio di paradigma: da un sistema di accoglienza centralizzato e per status, – 4.1. Per chi è espressamente prevista l'accoglienza nel SIPROIMI, – 4.2. Per chi è prevista l'accoglienza nei Centri governativi di prima accoglienza e nelle strutture straordinarie di accoglienza, – 4.3. Gli esclusi dall'accoglienza. – 5. L'accoglienza nella fase transitoria di applicazione della novella legislativa del 2018, – 5.1. Gli espressamente inclusi, – 5.2. Per una interpretazione non discriminatoria del diritto transitorio: il contributo della giurisprudenza di merito e l'indirizzo nomofilattico della Suprema Corte. – 6. Conclusioni.

* Il contributo, qui rivisto e riaggiornato in particolare nella seconda parte, è stato pubblicato sulla rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2019.

** Monia Giovannetti, socia ASGI e componente del comitato editoriale della rivista «Diritto, Immigrazione e cittadinanza». Da oltre vent'anni è impegnata nella ricerca sociale sui fenomeni migratori ed in particolare sulle politiche di inclusione dei minori stranieri non accompagnati, richiedenti asilo e rifugiati.

1. Introduzione

In Italia, così come nella maggior parte dei Paesi europei, assistiamo ad una tensione, tra la de-nazionalizzazione dello spazio economico e la ri-nazionalizzazione dei discorsi politici in materia d'immigrazione. Per quanto le frontiere siano definite deboli e le appartenenze stigmatizzanti il dibattito sull'immigrazione è diventato, sempre più frequentemente, una facile occasione per ri-nazionalizzare la politica¹ e tradurre, in termini politici, il bisogno di collocarsi all'interno di un confine dal quale guardare il mondo.

Le migrazioni rappresentano un perfetto esempio di quello che gli antropologi e i sociologi definiscono un «fatto sociale totale», ed in particolare, le politiche migratorie e i diritti dei migranti svelano, come sostiene Abdelmalek Sayad, ai *naturali cittadini* il funzionamento nascosto delle loro società. Questo processo di “smascheramento” risulta ancor più evidente di fronte alle politiche e pratiche di accoglienza dei rifugiati e richiedenti asilo le quali “specchiano” e rivelano limpidamente i fondamenti, i meccanismi interni di strutturazione e di funzionamento delle nostre istituzioni che ciclicamente, come potrà notarsi nelle pagine che seguiranno, ridefiniscono e circoscrivono le frontiere del diritto alla protezione.

Le previsioni normative contenute nell'art. 12 del d.l. 113/2018, convertito con modifiche dalla legge 1 dicembre 2018, n. 132 smontano chirurgicamente l'architettura dell'accoglienza costruita faticosamente in vent'anni.

Un percorso che si è caratterizzato per i tratti sconnessi e irregolari ma che negli anni aveva portato, attraverso un processo di condivisione tra i diversi livelli di governo, a delineare un articolato sistema di accoglienza che vedeva nello SPRAR (Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati) il perno centrale della filiera.

L'impianto previsto nella nuova legge segna una battuta d'arresto in questo percorso (politico, istituzionale e normativo), impone un cambio di paradigma complessivo, in termini di regole e prospettive, in quanto da approccio che si basava su un *sistema (unico) distinto per fasi di accoglienza* si passa precipitosamente ad un *sistema di accoglienza (binario) distinto in base allo status dei beneficiari*.

Le modifiche agli artt. 8 e 9 del d.lgs. n. 142², introdotte dalle lettere *b)*, *c)* del co. 2 dell'art. 12, vanno ad incidere sulla filiera sino ad ora articolata in una fase preliminare di primo soccorso, assistenza e identificazione, seguita da una di «prima accoglienza» assicurata in Centri governativi (art. 9) e/o nelle

1. Oliveri F. (a cura di), *Le migrazioni nei processi di globalizzazione. Una conversazione con Saskia Sassen*, Jura Gentium, 2008, www.juragentium.org/topics/migrant/it/oliveri.htm.

2. Il d.lgs. n. 142 del 2015 (c.d. decreto accoglienza) disciplina il sistema di accoglienza nazionale in attuazione delle Direttive europee 2013/32/UE e 2013/33/UE.

strutture temporanee autorizzate dal prefetto (art. 11) e da una fase di «seconda accoglienza» disposta nelle strutture del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (art. 14).

Con il dichiarato intento di voler «superare il diritto di permanenza indistinto», viene ridefinito il sistema di accoglienza nazionale attraverso l'eliminazione della pianificazione per fasi dell'intervento di protezione e operando una scissione tra accoglienza/assistenza e integrazione sociale.

Gli interventi di accoglienza integrata volti al supporto di percorsi di inclusione sociale vengono riservati a coloro che hanno un «titolo definitivo a permanere», mentre per coloro «in temporanea attesa della definizione del loro *status* giuridico (richiedenti asilo e ricorrenti)» sono previsti servizi di prima accoglienza e assistenza ridefiniti dal *Nuovo schema di capitolato* e «rivisitati anche in un'ottica di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica»³. In questa nuova compagine vengono nettamente separati gli ambiti di azione tra i vari livelli di governo e affievoliti gli strumenti di *governance* multilivello finalizzati all'implementazione delle politiche di accoglienza ed integrazione. Gli Enti locali afferenti alla rete territoriale di accoglienza dello SPRAR hanno la responsabilità di accogliere e attivare i percorsi di autonomia e integrazione per i titolari di protezione e minori stranieri non accompagnati, mentre il livello nazionale deve garantire un sistema di servizi di assistenza e prima accoglienza per i richiedenti asilo.

Il sistema SPRAR, ora rinominato Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per i minori stranieri non accompagnati (SIPROIMI), per effetto delle modifiche che ne circoscrivono il campo di azione ad alcune categorie specifiche di soggetti, viene esautorato dal suo ruolo centrale nella filiera dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati, ridimensionato nella propria *mission* e ridefinito con finalità che lo portano ad assumere la natura di «sistema parallelo di *welfare*», destinato ad occuparsi, oltre che di protetti internazionali, di minori non accompagnati, persone vittime di tratta, di sfruttamento e violenza così come anche di persone interessate da problemi medico-sanitari di varia entità. Un cambiamento talmente rilevante da richiedere una riflessione generale sulla rete d'accoglienza degli Enti locali e sul suo funzionamento, nonché sull'interazione con il sistema dei servizi, le istituzioni pubbliche e il territorio. Per tale ragione al fine di comprendere la portata della riforma imposta dal d.l. 113/2018 è necessario ripercorrere l'evoluzione del sistema di accoglienza in Italia. La prima parte del presente contributo sarà pertanto dedicata alla ricostruzione, seppur sommaria, del quadro storico nell'ambito del quale andrà necessariamente calata la seconda parte, ovvero quella specificatamente dedicata ad analizzare e commentare il nuovo assetto previsto dall'art. 12 del d.l. 113/2018.

3. Direttiva del Ministro dell'interno del 23.7.2018 sui Servizi di accoglienza per richiedenti asilo.

2. La nascita del sistema di accoglienza italiano: dalle esperienze dal basso all'istituzionalizzazione di un Servizio dedicato alla protezione di richiedenti asilo e rifugiati

Per un lungo periodo il nostro Paese si è configurato come un luogo di “transito” delle persone in cerca di protezione e, a partire dalla legge 39/90 che per la prima volta ha regolato alcuni aspetti relativi all'accoglienza e al riconoscimento dello *status*, si è limitato ad erogare un contributo economico ai soli richiedenti asilo in stato di indigenza⁴ o a prevedere limitate misure istituzionali di prima assistenza in grandi centri situati perlopiù al nord⁵.

In concomitanza con le nuove emergenze legate agli sbarchi sulle coste italiane⁶, a partire dalla metà degli anni Novanta si registrano i primi interventi normativi e le prime esperienze di accoglienza che, pur nella loro frammentarietà e disorganicità, pongono le basi per la costruzione del futuro sistema nazionale di accoglienza.

4. Tale misura, prevista *ex art.* 1, co. 7 e 8, d.l. n. 416 del 1989, convertito con modificazioni dalla l. n. 39 del 1990 e attuata attraverso il d.m. 237 del 24 luglio 1990, la quale prevedeva un contributo di 25mila lire, successivamente aumentato a 34mila lire con il d.m. 284/1998, per un periodo massimo di 45 giorni, si è subito dopo rivelata insufficiente, soprattutto a fronte dei lunghi tempi di attesa della risposta in merito alla domanda di riconoscimento dello *status* (sino a 24 mesi) ed è stata successivamente abrogata con la l. n. 189 del 2002. Si veda Caponio T., *Dal programma nazionale asilo al sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (2001-2004). Bilancio di una esperienza di governo territoriale dei flussi migratori*, CESPI, 2004.

5. Solo poche migliaia di “profughi” vengono ospitati in strutture di accoglienza predisposte per necessità dal Ministero dell'interno o per conto di esso – caserme, alberghi, Centri della Croce Rossa italiana ecc., situati per lo più nell'Italia settentrionale – mentre per la stragrande maggioranza non sono previste e predisposte dal Governo forme di accoglienza. Per tale ragione, già a partire dal 1992 in molte città si sviluppano azioni autonome di accoglienza a favore degli sfollati dalle guerre, organizzate nella maggior parte dei casi da associazioni e gruppi di sostegno informali e talvolta supportate dagli Enti locali. Si veda, Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, *Relazione sul sistema di protezione e di accoglienza dei richiedenti asilo*, 20 dicembre 2017.

6. Il 7 marzo del 1991 arrivarono nel porto di Brindisi, a bordo di navi mercantili e di imbarcazioni di ogni tipo, 27mila migranti albanesi i quali fuggivano dalla crisi economica e politica nella quale versava il Paese. Qualche mese dopo, l'8 agosto 1991 attraccò nel porto di Bari il mercantile *Vlora* partito da Durazzo con ventimila persone a bordo. Sei anni più tardi, nel 1997, si è verificata una seconda ondata migratoria a causa del fallimento della maggior parte delle società finanziarie nazionali che aveva condotto il Paese alla miseria. E poco dopo, la terza ondata migratoria degli albanesi è avvenuta a seguito della guerra del Kosovo (1998-1999), quando lasciarono il loro Paese chiedendo asilo politico come cittadini kosovari. Si veda Barjaba K., Dervishi Z., Perrone L., *L'emigrazione albanese: spazi, tempi e cause*, «Studi Emigrazione», XXIX, n. 107, 1992, p. 525; Mehillaj O., *L'immigrazione albanese in Italia. Profili sociologici e politiche di controllo*, 2010, www.altrodiritto.unifi.it/rivista/2010/mehillaj/index.htm.

All'apertura dei Centri di prima accoglienza istituiti sulle coste pugliesi⁷, con la funzione di primo intervento garantito solo fino al rilascio del permesso di soggiorno per richiesta d'asilo, sono seguite diverse esperienze territoriali realizzate dal privato sociale e dalle amministrazioni locali, le quali si pongono l'obiettivo di garantire un sistema di servizi non limitato all'accoglienza di base, ma comprendente anche l'orientamento legale e il sostegno sociale per tutta la durata dell'*iter* della procedura di asilo. Queste esperienze, partite dal basso e frutto della sinergia tra enti/organizzazioni del Terzo settore e i Comuni⁸, rispondono alla carenza sul territorio nazionale di un sistema di accoglienza a favore dei migranti forzati e portano alla sperimentazione di una prima rete di accoglienza diffusa sul territorio nazionale. Dal progetto Azione Comune⁹, nato con l'obiettivo di affrontare l'emergenza kosovara (poi esteso anche ad altre provenienze) attraverso la creazione di una vera e propria rete di servizi territoriali di accoglienza per i richiedenti asilo, volti non solo a garantire il vitto e alloggio ma destinati ad informare, orientare e accompagnare le persone verso una propria autonomia, si giunge nel 2000 all'istituzione del Piano Nazionale Asilo (PNA). Il Protocollo di Intesa tra il Ministero dell'interno, Anci e UNHCR ha definito un sistema di accoglienza a carattere pub-

7. Con il decreto legge n. 451 del 1995 convertito nella legge n. 563 del 1995 (la cosiddetta "legge Puglia"), nel 1995, vengono istituiti sulle coste pugliesi 3 Centri di prima accoglienza per le «persone prive di qualsiasi mezzo di sostentamento ed in attesa di identificazione o espulsione». Tali strutture svolgevano quindi una funzione di primo intervento, garantito solo fino al rilascio del permesso di soggiorno per richiesta d'asilo. Mentre la legge n. 40 del 1998 (c.d. legge Turco-Napolitano), la quale per la prima volta, prevede Centri di accoglienza per stranieri presenti regolarmente in Italia, all'articolo 40 in particolare aveva definito la possibilità che le Regioni, in collaborazione con le Province, i Comuni, le associazioni e le organizzazioni di volontariato, allestissero strutture ricettive in grado di ospitare stranieri regolarmente soggiornanti «*che versino temporaneamente in situazioni di disagio e siano impossibilitati a provvedere autonomamente alle proprie esigenze*». Di conseguenza, in tali Centri potevano essere accolti, seppur non espressamente citati, anche i richiedenti asilo, rifugiati e le persone titolari di altre forme di protezione.

8. Per la prima volta l'art. 40 del Testo Unico sull'immigrazione ha previsto che le Regioni, in collaborazione con le Province, i Comuni, le associazioni e le organizzazioni di volontariato, allestiscano strutture ricettive in grado di ospitare stranieri regolarmente soggiornanti «*che versino temporaneamente in situazioni di disagio e siano impossibilitati a provvedere autonomamente alle proprie esigenze*». Di conseguenza, anche i richiedenti asilo, rifugiati e le persone titolari di altre forme di protezione, seppur non espressamente citati, potevano essere accolti in tali Centri.

9. Progetto avviato operativamente il 12 luglio 1999 da un *network* di associazioni, con il sostegno della Commissione europea e del Ministero dell'interno, e realizzato sul territorio di trentuno Comuni distribuiti in dieci Regioni italiane, con il compito di predisporre l'accoglienza materiale corredata di servizi di assistenza legale, accompagnamento nella procedura dell'asilo e inserimento sociale. Per la prima volta, Azione Comune ha cercato di stabilire criteri di accesso a "servizi trasversali", sia all'interno dei Centri di accoglienza che al di fuori, e *standard* di qualità condivisi da tutti i soggetti aderenti al progetto. Si veda Azione Comune 2000, *Rapporto finale*, 2001, consultabile su web: <http://web.tiscali.it/no-redirect-tiscali/azione-comune>.

blico, con il coinvolgimento a livello centrale del Ministero e, sul piano locale, con un ruolo diretto dei Comuni. Coerentemente ai contenuti della decisione del Consiglio dell'Unione europea n. 596 del 28 settembre 2000, i tre obiettivi principali del PNA riguardavano: a) la costituzione di una rete diffusa di servizi di accoglienza per richiedenti asilo, persone con permesso di soggiorno per motivi umanitari o per protezione temporanea e rifugiati; b) la promozione di misure specifiche dirette a favorire l'integrazione sociale di rifugiati riconosciuti e di beneficiari di protezione umanitaria; c) la predisposizione di percorsi di rimpatrio volontario e reinserimento nei Paesi d'origine a cura della Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM). Se Azione Comune ha rappresentato un primo tentativo di creare un sistema integrato di accoglienza a favore di rifugiati e richiedenti asilo basato su una rete di attori che agiscono in modo coordinato sul territorio nazionale, con il Piano Nazionale Asilo si formalizza il coinvolgimento e l'assunzione di responsabilità istituzionale di tre livelli di governo (internazionale, nazionale e locale), impegnati a creare un sistema di accoglienza il più possibile integrato e diffuso sul territorio.

Da questa innovativa esperienza sul piano politico, amministrativo e culturale, con l'art. 32 della l. n. 189 del 2002 si approda alla formale istituzionalizzazione di un sistema di accoglienza a livello nazionale, attraverso la trasformazione del PNA nel Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR) e il passaggio da risorse straordinarie (otto per mille e Fondo europeo per i rifugiati) ad un finanziamento strutturale, ovvero il Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo (FNPSA). Il nuovo sistema è attuato mediante l'istituzione presso il Ministero dell'interno di un Servizio centrale affidato all'ANCI ed è gestito dagli Enti locali attraverso il contributo finanziario per le politiche ed i servizi dell'asilo elargito dallo Stato. Con l'art. 1 *sexies*, co. 5, si dispone che il Servizio centrale debba provvedere ad una serie di compiti, tra cui il monitoraggio della presenza sul territorio di richiedenti asilo e rifugiati, la creazione di una banca dati degli interventi, l'assistenza tecnica agli Enti locali e la promozione ed attuazione dei programmi di rimpatrio attraverso l'OIM in collaborazione con il Ministero degli affari esteri.

Con l'art. 32 della l. n. 189 del 2002 si rivisita piuttosto radicalmente la legge Martelli, abrogandone il precedente sistema di contribuzione a favore dei rifugiati a carico delle prefetture¹⁰ e prevedendovi un nuovo sistema "ibrido" di accoglienza e trattenimento, realizzato attraverso:

- l'istituzione dei Centri di identificazione (CDI), nei quali si contempla il "trattenimento" facoltativo e strettamente limitato al periodo necessario alla definizione delle autorizzazioni alla permanenza nel territorio dello Stato (per un periodo comunque non superiore a venti giorni)¹¹;

10. Previsto dal co. 7 dell'art. 1, l. n. 39 del 1990.

11. Disciplinati con d.p.r. n. 303 del 2004 (Regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato), tali Centri sono stati aperti nella maggior par-

- la creazione del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR), nel quale garantire oltre all'accoglienza un percorso di inclusione sociale a richiedenti, titolari ed umanitari¹².

Con riferimento al nuovo sistema di protezione, la normativa stabilisce che gli Enti locali provvedono all'istituzione di servizi finalizzati all'accoglienza in favore di:

1. *rifugiati* (in seguito al recepimento della normativa europea, intesi come titolari di protezione internazionale, ovvero di *status* di rifugiato o protezione sussidiaria);
2. *richiedenti asilo privi di mezzi di sussistenza* (compresi coloro che, inizialmente "trattenuti" nei Centri di identificazione, escono dalla struttura);
3. *destinatari di altre forme di protezione umanitaria* (protetti temporanei ex art. 20, nonché i titolari di permesso di soggiorno ex art. 5, co. 6 TU).

L'art. 1 *sexies* della l. n. 39 del 1990 sancisce un passaggio importante in tema di accoglienza, in quanto il sistema si pone in continuità con le esperienze precedentemente sperimentate di accoglienza locale e diffusa, mirando alla costituzione di una rete capillare di progetti sostenuti dal Fondo appositamente istituito e gestiti a livello territoriale, volti alla realizzazione di interventi non solo di prima accoglienza ma altresì di inserimento socio-economico del richiedente, del titolare di protezione internazionale e umanitaria¹³. I progetti devono essere predisposti dagli Enti locali in conformità alle linee guida contenute in un decreto emanato dal Ministro dell'interno, sentita la Conferenza unificata Stato-città ed autonomie locali e Stato-Regioni, nel quale vengono stabilite anche le modalità di presentazione delle domande e di valutazione delle stesse.

Con il decreto legislativo 30 maggio 2005, n. 140 (che recepisce la Direttiva europea sugli *standard* minimi di accoglienza n. 2003/9/CE del 27 gennaio 2003), vengono poi specificatamente dettagliati i ruoli dei vari attori operanti a livello nazionale nella gestione del fenomeno e regolate sia le procedure per l'accesso alle strutture che le condizioni materiali di accoglienza, effettuando

te dei casi in prossimità delle Commissioni territoriali per richiedenti asilo. In base al co. 1 *bis* della l. n. 39 del 1990, il richiedente asilo poteva esservi trattenuto per il tempo strettamente necessario alla definizione delle autorizzazioni alla permanenza nel territorio dello Stato: a) per verificare o determinare la sua nazionalità o identità, qualora egli non sia in possesso dei documenti di viaggio o d'identità, oppure abbia, al suo arrivo nello Stato, presentato documenti risultati falsi; b) per verificare gli elementi su cui si basa la domanda di asilo, qualora tali elementi non siano immediatamente disponibili; c) in dipendenza del procedimento concernente il riconoscimento del diritto ad essere ammesso nel territorio dello Stato. L'art. 3 del d.p.r. n. 303 del 2004 stabiliva che non poteva essere trattenuto per un periodo superiore a venti giorni.

12. Vedi i co. 1 *sexies* ed 1 *septies* dell'art. 1, legge 39/90.

13. Ghizzi Gola E., *Il quadro normativo del sistema di accoglienza dei richiedenti e titolari protezione internazionale*, «ADIR-L'altro diritto», 2015: www.adir.unifi.it/rivista/2015/ghizzi/cap1.htm.

una distinzione tra categorie ordinarie e vulnerabili (minori, disabili, anziani, vittime di torture, stupri o altre forme di grave violenza psicologica, fisica o sessuale, donne in gravidanza, genitori singoli con figli minori)¹⁴. La prefettura valuta l'insufficienza dei mezzi di sussistenza e verificata la disponibilità di posti all'interno del Sistema di protezione dei richiedenti asilo e dei rifugiati fa seguire l'invio del richiedente, mentre nel caso di indisponibilità di posti il richiedente verrà inviato presso i Centri di identificazione (CID) o strutture adibite all'accoglienza (art. 6, co. 3, d.lgs. 140/2004)¹⁵. Nel caso in cui anche tali Centri o strutture avessero a loro volta esaurito la capacità ricettiva, al richiedente indigente è corrisposto un contributo di prima necessità (come previsto ai sensi dell'art. 1 *sexies* co. 3, lett. c) del d.l. n. 416/89), la cui erogazione è limitata al tempo strettamente necessario ad acquisire la disponibilità presso un Centro di accoglienza (art. 6, co. 7 d.lgs. 140/2005).

In attuazione delle Direttive europee sulle procedure, il decreto legislativo n. 25 del 2008 interviene anche in tema di trattenimento del richiedente asilo e va ad incidere sull'intero impianto nazionale dell'accoglienza, così come definito dalla legge n. 189 del 2002. In particolare, i Centri di identificazione vengono sostituiti con i Centri di accoglienza per richiedenti asilo (CARA), che si presentano non più come luoghi di trattenimento bensì come strutture di accoglienza. I casi per cui nel decreto si parla di «accoglienza nei CARA» sono infatti gli stessi rispetto ai quali precedentemente si parlava di «trattenimento nei CID» e le medesime strutture in cui sorgono i CARA coincidono con i precedenti CID. Nei CARA sono inviati e ospitati, per un periodo variabile di 20 o 35 giorni, gli stranieri richiedenti asilo privi di documenti di riconoscimento o che si sono sottratti al controllo di frontiera, per consentire la loro identificazione o la definizione della procedura di riconoscimento dello *status* di rifugiato¹⁶.

In tal modo, allo SPRAR definito come sistema di accoglienza sia per richiedenti asilo che per rifugiati, tra il 2002 e il 2008 si affiancano i CDI “Centri di identificazione”, ridefiniti poi in CARA “Centri di accoglienza per richiedenti asilo”, nonché i CDA aperti nel corso degli anni Novanta e i CPSA

14. A tal proposito il decreto prevede l'obbligo – riferito sia ai Centri di identificazione che alle strutture del Sistema di protezione – di approntare servizi specificamente rivolti ai più vulnerabili, in base alle specifiche esigenze che presentano. In particolare all'articolo 8 si prevede l'allestimento nelle strutture dello SPRAR di servizi specificamente rivolti ai minori stranieri non accompagnati e categorie bisognose di particolari attenzioni. Si veda Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impiegate, *Relazione sul sistema di protezione e di accoglienza dei richiedenti asilo*, cit.

15. Strutture allestite ai sensi del d.l. 30.10.1995, n. 451, convertito dalla l. 29.12.1995, n. 563. A tal proposito, si veda anche la Circolare del Ministero dell'interno del 17 ottobre 2005.

16. Art. 20, d.lgs. 25/2008.

istituiti nel 2006¹⁷, quali Centri governativi cui le norme assegnano un compito «temporaneo e residuale» nella filiera dell'accoglienza, ma che in termini di capienza superano di fatto i posti del Sistema istituzionalmente dedicato all'accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati previsto dalla legge 189/2002. Questa discrasia è indubbiamente frutto, da una parte, della lunga attesa della concreta implementazione dello SPRAR, in ragione della pubblicazione dei regolamenti di attuazione della legge n. 189 del 2002 che è avvenuta solo nel 2005. Tali regolamenti avrebbero consentito di mettere a regime il sistema di accoglienza attraverso l'iscrizione nella legge di bilancio dello Stato di un capitolo di spesa dedicato e l'emanazione del primo bando pubblico per l'accesso al FNPSA. Dall'altra parte, ciò che indubbiamente ha influito sulla creazione di diversi sotto-sistemi di accoglienza sono stati altresì l'approccio disorganico ed emergenziale e l'assenza di norme specifiche che disciplinassero le fattispecie e le modalità di accoglienza nei Centri governativi, in particolare nei CDA e CPSA¹⁸.

Nella prassi si crea una problematica sovrapposizione tra CDA e CARA, in cui la gestione non sistematica dei percorsi di accoglienza porta ad una situazione promiscua che rende difficile distinguere tra coloro che vengono condotti in questi Centri in attesa dell'identificazione e dell'adozione dei relativi provvedimenti amministrativi e coloro che hanno presentato istanza di asilo ed hanno usufruito della relativa accoglienza in questi luoghi ai sensi del d.lgs. 140/05, ovvero per indisponibilità di posti all'interno dello SPRAR. Inoltre, alcune di queste strutture svolgono una duplice o triplice funzione: prima accoglienza, accoglienza per i richiedenti asilo e/o trattenimento.

3. Dalla proliferazione di circuiti paralleli alla codificazione di un sistema di accoglienza “plurifascio e multilivello” con lo SPRAR perno centrale della filiera dell'accoglienza

La frammentarietà e l'indeterminatezza del sistema di accoglienza destinato ai migranti forzati si acutizza e si complica ulteriormente tra il 2008 e il 2014. L'incremento degli sbarchi e delle domande di protezione internazionale, la gestione dell'accoglienza con provvedimenti di natura emergenziale, il potenziamento e conseguente ampliamento dei posti nei Centri governativi, portano ad una gestione “straordinaria” degli interventi che, come prima ricaduta sulle politiche di accoglienza, determina la proliferazione di circuiti

17. I Centri di primo soccorso e accoglienza sono stati istituiti con il decreto interministeriale per dare una prima temporanea assistenza ai migranti intercettati e soccorsi in mare, prima di inviarli presso gli altri Centri. Nonostante il decreto non indicasse le modalità effettive di permanenza, normalmente le tempistiche erano piuttosto brevi e il trattamento in media di 48 ore.

18. ASGI, CESPI, Caritas italiana (a cura di), *Il diritto alla protezione: studio sullo stato del sistema di asilo in Italia e proposte per una sua evoluzione*, 2011.

paralleli e l'articolazione in strutture diverse a seconda dei soggetti ospitati o dei servizi offerti. A partire dal 2008, con l'arrivo di circa 37.000 persone via mare, il Governo italiano decreta lo stato di emergenza¹⁹ e il Ministero dell'interno destina risorse straordinarie per potenziare la capacità ricettiva dei Centri governativi, i quali accanto al ruolo proprio di strutture di accoglienza di breve termine, volte all'espletamento di determinate procedure al momento dello sbarco, si trovano a svolgere anche il ruolo straordinario di strutture chiamate a garantire una «prima accoglienza», tuttavia con *standard* nettamente inferiori a quelli previsti dal sistema ordinario (linee guida SPRAR) e nei quali risulta impossibile garantire la messa in atto di percorsi individualizzati²⁰.

Nel 2011, per fronteggiare la cosiddetta “Emergenza nord Africa” (ovvero l'arrivo in particolare di persone dalla Tunisia prima e dalla Libia poi)²¹, il Governo decide ancora una volta di avvalersi dei poteri di ordinanza straordinaria del Consiglio dei Ministri, dichiarando con il d.p.c.m. del 12 febbraio 2011 lo «stato di emergenza umanitaria nel territorio nazionale» al fine di attivare risorse finanziarie per fronteggiare la situazione e affidando il coordinamento del programma di accoglienza al Dipartimento nazionale della Protezione civile. Il Piano adottato aveva l'obiettivo di assicurare la prima accoglienza dei migranti, garantirne l'equa distribuzione sul territorio italiano e provvedere alla loro assistenza nei territori regionali avvalendosi di soggetti attuatori, individuati dai Presidenti delle Regioni, ai quali viene conferita la responsabilità di individuare siti e strutture da dedicare all'accoglienza e il compito di gestire gli interventi necessari.

Come risulta evidente, anche in questa occasione non è stato elaborato un “piano” volto al rafforzamento del sistema ordinario di protezione ma, al contrario, l'esigenza di tamponare la contingenza attraverso l'attivazione di posti straordinari su tutto il territorio nazionale ha promosso l'implementazione di un sistema emergenziale parallelo. Ai grandi Centri governativi e al circuito ordinario dei posti messi a disposizione dalla rete SPRAR si affiancano, infatti, strutture di accoglienza straordinarie dalla natura spuria ed eterogenea e dove gli *standard* dei servizi garantiti ai richiedenti asilo e rifugiati risultano estremamente disomogenei²².

19. Con d.p.c.m. del 14 febbraio 2008, lo stato di emergenza viene inizialmente limitato alle Regioni della Sicilia, Calabria e Puglia, poi successivamente esteso a tutto il territorio nazionale.

20. Per una analisi puntuale si veda ASGI, CESPI, Caritas italiana (a cura di), *Il diritto alla protezione...*, *op. cit.*

21. Nel corso dei primi 6 mesi del 2011 sono giunte sulle coste italiane circa 26.000 persone dalla Libia e altrettante 25.000 provenienti dalla Tunisia. Si veda Giovannetti M. (a cura di), *L'infinita emergenza*, Cittalia, 11, 2013, www.cittalia.it/wp-content/uploads/2013/10/Emergenza_infinita_compressPdf.pdf.

22. Si veda Giovannetti M. (a cura di), *op. cit.*, pp. 236-237.

A partire dalle riflessioni su queste criticità e sul processo di “snaturamento” subito dal fragile sistema di accoglienza italiano²³, a luglio 2013 viene adottato in sede di Conferenza unificata il «Documento di indirizzo per il passaggio alla gestione ordinaria dei flussi migratori non programmati»²⁴ nel quale si sostiene prioritario affrontare la *cronicizzazione dei Sistemi paralleli* e abbandonare l’approccio che porta a gestire *l’accoglienza nell’emergenza*. Da tutti i livelli di governo, dal nazionale al locale, viene condiviso l’obiettivo di uniformare i Sistemi di accoglienza per ricondurli al modello del sistema di accoglienza SPRAR e rendere permanenti gli strumenti di *governance* interistituzionali volti al coordinamento territoriale (il “Tavolo di coordinamento nazionale” e i “Tavoli di coordinamento regionali” sperimentati nell’ambito della “Emergenza nord Africa”).

Questo documento getta le basi per l’intesa tra Governo, Regioni ed Enti locali che un anno dopo porta a formalizzare il sistema di coordinamento quale metodo ordinario di gestione dei flussi di ingresso e a definire, per la prima volta, le varie fasi in cui deve strutturarsi l’accoglienza dei migranti/richiedenti asilo sul territorio nazionale (soccorso e prima assistenza, prima accoglienza e qualificazione, seconda accoglienza e integrazione)²⁵.

Infatti, nel corso del 2014 con ancora gli “strascichi” dell’Emergenza Nord Africa (ENA) da gestire sui territori, la situazione era nuovamente precipitata nell’accoglienza emergenziale attraverso l’attivazione di Centri di Accoglienza Straordinaria (CAS) reperiti sul territorio tra le associazioni ma anche e soprattutto tra i privati (società, albergatori ecc.). I Centri di accoglienza governativi erano risultati insufficienti ad affrontare i massicci flussi di migranti in arrivo (170.000 persone nel 2014) e il Sistema nazionale di accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR) aveva visto velocemente esaurire la sua disponibilità nonostante, nel corso dell’anno, il suo allargamento avesse portato a raddoppiarne il numero di posti (da 10.381 a 21.613).

23. Sono molteplici e complessi gli aspetti che inducono a definire il 2011 come l’anno di radicale cambiamento dell’accoglienza. A partire dalla competenza per le misure di accoglienza straordinarie riconosciuta in capo al Dipartimento nazionale di protezione civile; l’avvio di un “piano nazionale per l’accoglienza”, attuatosi in maniera parallela agli interventi dello SPRAR e alle misure di primo intervento dei Centri governativi (CDA e CARA); il coinvolgimento diretto delle Regioni; l’affacciarsi sulla scena dell’accoglienza di enti e soggetti senza specifici *background* nel campo; la nascita di nuove dinamiche di collaborazione, a livello nazionale come su piano locale; il dibattito aperto sul concetto di “emergenza”. Si veda Giovannetti M. (a cura di), *op. cit.*, p. 13.

24. Con questa Intesa, adottata ai sensi dell’art. 8, co. 6, l. 131/2003, si intendeva dare continuità e piena applicazione agli impegni assunti precedentemente con il Documento congiunto Regioni/UPI/ANCI del 25 luglio 2012 e con il “Documento di indirizzo per il superamento dell’emergenza nord Africa” su cui era stata sancita l’Intesa in sede di Conferenza unificata il 26 settembre 2012.

25. Biondi Dal Monte F., “La disciplina del diritto d’asilo tra accoglienza ed emergenza. Il quadro italiano”, in Woelk J., Guella F., Pelacani G. (a cura di), *Modelli di disciplina dell’accoglienza nell’“emergenza immigrazione”*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016.

Le istituzioni coinvolte, a fronte di questa situazione, convergono sulla necessità di abbandonare la strategia emergenziale fino ad allora adottata e riportare a una *governance* di sistema il tema dell'accoglienza costruendo un sistema unico riconducibile al modello SPRAR. Nell'Intesa raggiunta in Conferenza unificata il 10 luglio 2014 viene adottato il "Piano nazionale per fronteggiare il flusso straordinario di cittadini extracomunitari, adulti, famiglie e minori stranieri non accompagnati" e concordata l'istituzione del Tavolo nazionale di coordinamento²⁶. Per la prima volta viene delineato il sistema "plurifasico e multilivello" attraverso il quale riorganizzare e ricondurre ad una gestione ordinaria e programmabile gli interventi di accoglienza a livello nazionale, sia per gli adulti che per tutti i minori stranieri non accompagnati.

Il d.lgs. 142/2015, recependo le Direttive europee 2013/32/UE e 2013/33/UE, prosegue il percorso di consolidamento della nuova disciplina dell'accoglienza tracciando, secondo quanto già previsto nell'Accordo, un sistema articolato in più fasi:

- una fase preliminare di soccorso, prima assistenza e identificazione, che si svolge in Centri governativi in corrispondenza dei luoghi maggiormente interessati da sbarchi massicci (art. 8, d.lgs. 142/2015);
- una fase di prima accoglienza assicurata in Centri governativi di prima accoglienza per richiedenti asilo istituiti con decreto del Ministro dell'interno, per il tempo necessario all'espletamento delle operazioni di identificazione (ove non completate precedentemente), alla verbalizzazione della domanda e all'avvio della procedura di esame della stessa, nonché all'accertamento delle condizioni di salute del migrante (art. 9, d.lgs. 142/2015);
- una fase di seconda accoglienza in una delle strutture operanti nell'ambito del sistema SPRAR predisposto dagli Enti locali (ove lo straniero permane per tutta la durata del procedimento di esame della domanda di protezione e, in caso di ricorso giurisdizionale, fintanto che è autorizzata la sua permanenza sul territorio italiano) (art. 14, d.lgs. 142/2015).

Viene previsto, inoltre che, qualora sia temporaneamente esaurita la disponibilità di posti all'interno delle strutture di prima o di seconda accoglienza, a causa di arrivi consistenti e ravvicinati di richiedenti, siano apprestate dal prefetto misure straordinarie di accoglienza, in strutture temporanee denominate CAS, «limitatamente al tempo strettamente necessario al trasferimento del richiedente nelle strutture di prima o seconda accoglienza» (art. 11, d.lgs. 142/2015).

All'art. 17 vengono, inoltre, indicati i servizi che devono essere attivati presso le strutture di prima accoglienza e nello SPRAR appositamente dedicati alle persone vulnerabili definite dalla Direttiva c.d. qualifiche (minori, di-

26. Decreto del Ministro dell'interno del 17 ottobre 2014 che ha disciplinato funzione e composizione del Tavolo di coordinamento nazionale e dei Tavoli di coordinamento regionali.

sabili, anziani, vittime di torture, stupri o altre forme di grave violenza psicologica, fisica o sessuale, donne in gravidanza, genitori singoli con figli minori, vittime di mutilazioni genitali). In particolare, come già previsto a seguito dell'adozione del d.lgs. 140/2005, nell'ambito del sistema di accoglienza territoriale (*ex art. 14*) sono attivati servizi speciali di accoglienza per i richiedenti portatori di esigenze particolari.

Infine, prima l'Intesa e il d.lgs. 142/2015 poi, prevedono per i minori stranieri non accompagnati (sia richiedenti asilo che non) uno specifico percorso di accoglienza in strutture governative ad alta specializzazione in fase di primo rintraccio e poi il successivo trasferimento in strutture di secondo livello di accoglienza nell'ambito dello SPRAR (artt. 18 e 19, d.lgs. 142/2015).

3.1. *Dalla delimitazione del sistema unico all'adozione di strumenti applicativi, "correttivi" e incentivanti per l'implementazione del d.lgs. 142/2015*

Il d.lgs. 142/2015, il quale codifica le fasi di accoglienza del sistema per richiedenti protezione internazionale e allo stesso tempo riconosce, che il sistema stesso, si basa sulla leale collaborazione tra i livelli di governo, diviene lo strumento al quale si incardinano gli interventi intrapresi nel corso del triennio successivo per affrontare la sfida di una messa a regime definitiva del sistema. Un percorso impervio, caratterizzato dall'impegno costante ad affrontare i numeri più consistenti di arrivi e domande di protezione internazionale presentate nel nostro Paese²⁷ e che ha richiesto, sin da subito, l'adozione di strumenti applicativi, "correttivi" e incentivanti²⁸

27. Il numero dei migranti, dopo il picco del 2011 in coincidenza con l'emergenza nord Africa (62.692), conosce una flessione nel 2012 (13.267) ed un lieve aumento nel 2013 (42.925), per poi crescere in misura esponenziale nel quadriennio successivo. Nel 2014 gli arrivi dei migranti via mare raggiungono, il numero di 170.100, quasi quadruplo rispetto a quello dell'anno precedente per poi toccare, dopo una lieve contrazione nel 2015 (153.842), il nuovo record di 181.486 nel 2016, (il valore più alto raggiunto nel nostro Paese nell'ultimo ventennio) e quasi 120.000 le persone arrivate via mare nel 2017. Dalle 17.352 domande del 2012 e 26.620 del 2013, si passa a numeri decisamente più elevati nel 2014, pari a 63.456 e nel 2015, pari a 83.970. Il netto incremento si verifica però, in coincidenza con il deciso aumento degli arrivi del 2016, con 123.600 domande (+47,20% rispetto all'anno precedente), con andamento crescente confermato nell'anno successivo con 130.119 istanze presentate. Si veda Giovannetti M., *Riconosciuti e "diniegati": dietro i numeri le persone*, «Questione giustizia», 2, 2018.

28. Per incentivare l'adesione volontaria degli Enti locali allo SPRAR e sostenere i Comuni interessati dall'accoglienza di richiedenti asilo e rifugiati si ricorda il decreto legge n. 193/2016, recante "Disposizioni urgenti in materia fiscale e per il finanziamento di esigenze indifferibili", il quale all'art 12 prevede specifiche misure finanziarie in favore dei Comuni che accolgano immigrati, stabilendo l'erogazione ai Comuni di 500 euro all'an-

per favorire l'implementazione concreta del disegno configurato nel decreto legislativo.

Innanzitutto, per uscire dalla logica emergenziale, rappresentata dalla molteplice presenza di Centri straordinari di accoglienza, i quali avrebbero dovuto costituire solo una presenza minoritaria all'interno del sistema ma che contemplano la presenza di quasi il 70% degli accolti, si procede verso l'obiettivo dichiarato dell'*accoglienza diffusa* attraverso il progressivo ampliamento della rete degli Enti locali titolari di progetti di accoglienza nell'ambito della rete SPRAR e cercando di assicurare l'equa distribuzione dei migranti su tutto il territorio nazionale. Con il *decreto del Ministero degli interni del 10 agosto 2016*²⁹, viene conferita maggiore stabilità ai servizi di accoglienza già avviati e si semplificano le regole e le procedure di adesione allo SPRAR da parte di nuovi Enti locali³⁰, mentre l'adozione, a ottobre 2016, del *Piano di riparto nazionale di richiedenti asilo e rifugiati*, elaborato di concerto da Ministero dell'interno e ANCI, mira ad una distribuzione più equilibrata e sostenibile dei migranti, anche all'interno delle singole Regioni, prevedendo la proporzionalità tra migranti in accoglienza e popolazione residente nel Comune. Collegata all'implementazione del Piano, l'11 ottobre 2016, viene emessa dal Ministro dell'interno la Circolare relativa alle "Regole per l'avvio di un sistema di ripartizione graduale e sostenibile dei richiedenti asilo e rifugiati sul territorio nazionale attraverso lo SPRAR", con la quale si introduce la clausola di salvaguardia, che rende esenti dall'attivazione di «ulteriori forme di accoglienza» quei Comuni che appartengono alla rete del Sistema o che hanno manifestato la volontà di aderirvi. La circolare specifica che la *clausola di salvaguardia* deve applicarsi nella misura in cui il numero di posti SPRAR soddisfa la quota

no per ogni accolto non vincolati a specifica destinazione (comunque nei limiti della disponibilità del fondo). Con legge n. 123/2017, all'art. 16, co. 4 e 5, le disposizioni previste dal decreto legge 193/2016 sono state prorogate anche all'anno 2017 e per ogni richiedente protezione accolto nei Centri del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR). Le somme sono state incrementate fino al limite massimo di 700 euro. La legge ha anche previsto una deroga al blocco del *turn-over* per il personale dei servizi collegati alla gestione dei progetti SPRAR.

29. Il decreto sulle "Modalità di accesso da parte degli Enti locali ai finanziamenti del Fondo nazionale per le politiche ed i servizi dell'asilo per la predisposizione dei servizi di accoglienza per i richiedenti e i beneficiari di protezione internazionale e per i titolari del permesso umanitario", ha introdotto un accreditamento permanente e l'abolizione dei termini di presentazione delle proposte progettuali. Con lo stesso decreto vi è stata l'approvazione delle linee guida per il funzionamento del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR), GU Serie generale n. 200 del 27 agosto 2016.

30. Le domande di contributo possono dunque essere presentate in ogni momento utilizzando un'apposita piattaforma *online* (<https://fnasilo.dlci.interno.it/sprar>) e sono oggetto di valutazione da parte di una Commissione istituita presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione. Il Ministero dell'interno eroga fino al 95% delle risorse economiche necessarie per la realizzazione delle misure di accoglienza mentre l'Ente locale partecipa con il 5% di cofinanziamento.

di posti assegnata (a ciascun Comune) dal Piano nazionale. Il fine ultimo è la graduale riduzione dei CAS ovvero la loro riconduzione, ove possibile, a strutture della rete SPRAR stessa, fino al raggiungimento della quota di posti³¹.

Tale strategia ha permesso, seppur gradualmente, di ampliare nel giro di un anno e mezzo la platea dei Comuni interessati dalla presenza di strutture di accoglienza di oltre 700 unità: 2.722 Comuni (il 34% rispetto al totale dei Comuni italiani) ad ottobre 2016, 3.424 Comuni (il 43%) a marzo 2018.

In molti casi si è trattato della conversione di strutture da CAS in SPRAR. Come il processo di diffusione dell'accoglienza si sia avviato in alcuni territori e in altri ampliato con maggiore capillarità grazie alla predisposizione degli strumenti appena descritti e al lavoro sinergico tra autorità centrali e locali, è stato puntualmente descritto anche nella relazione sul funzionamento del sistema di accoglienza presentata alla Camera dei Deputati ad agosto 2018 dal Ministro dell'interno. In particolare nella relazione si riconosce che «l'accoglienza diffusa» sia «un modello che risponde all'esigenza di superare i Centri di grandi dimensioni, nella consapevolezza che le concentrazioni di migranti, accolti in un'unica grande struttura, rendono difficile la gestione del Centro con effetti negativi sia sull'efficienza dei servizi forniti ai migranti, sia sulle collettività locali, sia infine per l'eventuale rischio di attirare interessi economici degli ambienti criminali.

La più equa distribuzione dei migranti sul territorio, unitamente alla riduzione del numero degli arrivi, ha fatto registrare, nel 2017, un alleggerimento dei Centri di maggiori dimensioni a vantaggio di una gestione degli stessi in armonia con la finalità del Piano»³². Pertanto, come chiaramente sottolineato nella relazione, i grandi Centri di accoglienza in Italia sono «luoghi difficili da gestire e da vivere», producono «effetti negativi oltre che nell'impatto con

31. L'adozione di questa Direttiva, in sintesi, prova a dare corpo e sostanza a quella scelta di fondo, già espressa nell'intesa del luglio 2014, volta a favorire la stabilizzazione dello SPRAR come sistema unico di accoglienza. Così come, seppur la distribuzione regionale abbia ormai raggiunto un sostanziale punto di equilibrio il tema centrale, che ancora rimane tutto da risolvere, è quello della concentrazione in alcune realtà locali e la necessità di garantire sempre la concertazione territoriale in fase di collocamento sui territori dei Comuni quale passaggio determinante per la tenuta complessiva dell'intero sistema. A tal proposito si veda inoltre la Circolare del Ministero dell'interno di agosto 2017 con la quale il Ministero ha fornito alle prefetture le disposizioni operative per la conversione dei posti disponibili nei CAS in posti SPRAR.

32. Relazione sul funzionamento del sistema di accoglienza predisposto al fine di fronteggiare le esigenze straordinarie connesse all'eccezionale afflusso di stranieri nel territorio nazionale (anno 2017) presentata dal Ministro dell'interno Matteo Salvini alla Camera dei Deputati, 14 agosto 2018. Anche nella Relazione sul sistema di protezione e di accoglienza dei richiedenti asilo della Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattamento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, del 20 dicembre 2017, viene richiamata l'importanza dell'accoglienza diffusa.

le collettività locali anche sull'efficienza dei servizi forniti ai migranti», e per questo si ritiene necessario un loro “alleggerimento progressivo” puntando sulle «progettualità SPRAR», autentico «ponte necessario all'inclusione e punto di riferimento per le reti territoriali di sostegno», garanzia di «processi più solidi e più facili di integrazione»³³.

4. Cambio di paradigma: da un sistema di accoglienza unico distinto per fasi ad un sistema di accoglienza centralizzato e per *status*

La ricostruzione del percorso politico, istituzionale e normativo realizzato negli ultimi anni evidenzia l'impegno a voler abbandonare l'approccio emergenziale all'accoglienza e quello di voler optare per una gestione orientata ad una accoglienza ordinaria, programmata e integrata, garantita attraverso l'effettiva realizzazione delle “declinazioni” dell'accoglienza enunciate a livello normativo³⁴. Infatti, l'attivazione diffusa di Centri straordinari sul territorio nazionale e l'insufficiente ampliamento della rete dei Comuni aderenti hanno spesso posto lo SPRAR in coda al Sistema emergenziale³⁵.

Il calo degli arrivi in Europa ed in Italia poteva rappresentare un'occasione importante per portare finalmente a regime un sistema di accoglienza ordi-

33. Facchini D., “*I grandi centri di accoglienza vanno superati*”. *Anzi no. Se Salvini contraddice se stesso*, *Altreconomie*, 26.10.2018, <https://altreconomia.it/decreto-salvini-cas>.

34. Penasa S., *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2017.

35. Da tempo in dottrina e non solo si dibatte sull'opportunità di incidere sull'autonomia decisionale degli Enti locali qualificando come obbligatoria, e non più volontaria, l'adesione al sistema SPRAR. Questa scelta, secondo i sostenitori di questa tesi, garantirebbe una copertura uniforme sul territorio nazionale e poggerrebbe la propria base giuridica nell'art. 118 Cost. Si veda Bonetti P., “Accoglienza nell'emergenza: la recente evoluzione”, in Woelk J., Guella F., Pelacani G. (a cura di), *op. cit.*; Bonetti P., *Sharifi c. Italia e Grecia e Tarakhel c. Svizzera: sui diritti del richiedente asilo alla protezione e a un'assistenza dignitosa*, «Quaderni costituzionali», 1, 2015, p. 219 ss.; Penasa S., “Enti locali e sistema di protezione: da una accoglienza ‘di emergenza’ a una accoglienza ‘integrata’? Spunti di comparazione tra Italia e Austria”, Woelk J., Guella F., Pelacani G. (a cura di), *op. cit.* Sul punto si veda anche la Commissione affari costituzionali del Senato, la quale si è espressa con il parere del 7 luglio 2015 sullo schema del decreto legislativo n. 142 del 2015. Nel parere, la Commissione suggerisce di «prevedere che la realizzazione e la gestione dei progetti di accoglienza territoriale da parte dei Comuni, singoli o associati, siano considerate funzioni amministrative conferite ai sensi dell'articolo 118 della Costituzione, secondo principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione, e che la loro realizzazione e la loro gestione, almeno per i servizi minimi omogenei da garantirsi su tutto il territorio nazionale, siano integralmente finanziate dallo Stato e che, con decreto del Ministro dell'interno, sentita la Conferenza unificata, siano fissate le modalità di erogazione del finanziamento statale agli Enti locali per la realizzazione e la gestione delle misure di accoglienza».

nario e pubblico nel nostro Paese ma il percorso interistituzionale ha subito, dapprima, un rallentamento con l'interruzione degli ampliamenti della rete SPRAR a causa della mancata pubblicazione delle graduatorie da parte del Ministero dell'interno previste per il primo luglio 2018³⁶ e, subito dopo, un arresto vero e proprio con la presentazione del d.l. 113 volto a riorganizzare completamente il sistema.

Nella legge di conversione n. 132 del 1° dicembre 2018 è stata confermata la volontà di compiere un processo di riforma che stravolge lo scenario, irrompe nell'evoluzione ventennale della filiera dell'accoglienza destrutturando profondamente il sistema di protezione pubblico e operando una scissione tra accoglienza ed integrazione sociale.

Il Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati, rinominato e riconfigurato nelle sue funzioni, non è più indicato come il sistema unico di protezione ove trasferire velocemente i richiedenti ma diventa un apparato residuale dentro un sistema complessivo nel quale è ridefinita la platea dei destinatari dell'accoglienza in base al loro *status*. Da un sistema unico e plurifascio si passa ad un sistema *binario* di accoglienza nell'ambito del quale sono previste collocazioni differenziate in termini di tipologia di strutture, servizi erogati nonché per il grado di coinvolgimento e protagonismo degli enti territoriali.

Infatti, l'art. 12 del d.l. 113, modificando il co. 1 dell'art 1 *sexies* del decreto legge 30.12.1989, n. 416 (convertito, con modificazioni, dalla legge 28.2.1990, n. 39) interviene, innanzitutto, sulla *platea dei beneficiari* dei servizi di accoglienza e integrazione prestati dagli Enti locali nell'ambito del sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR) prevedendo, dunque, due circuiti di accoglienza distinti. L'accesso al Sistema è riservato ai soli titolari di protezione internazionale, ai minori stranieri non accompagnati e ad altre nuove categorie di soggetti che analizzeremo a breve, mentre vengono esclusi dai medesimi servizi, i richiedenti la protezione internazionale o i titolari di altre forme di protezione come era, invece, fino ad ora previsto.

Il secondo co. dell'art. 12 del d.l. 113/2018 ristruttura l'impianto complessivo del sistema di accoglienza ed in particolare alla lettera *f*), riscrive l'articolo dedicato alla disciplina del «Sistema di accoglienza territoriale» (14 del d.lgs. n. 142/2015), ora rubricata «Modalità di accesso al sistema di accoglienza», abrogando puntualmente le parti concernenti lo SPRAR. Il «Sistema di protezione per richiedenti asilo, rifugiati e minori stranieri non accompagnati» viene pertanto rinominato in «Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per i minori stranieri non accompagnati (SIPROIMI)» (lettera *d*) e la modifica inerente l'ambito di applicazione soggettivo dei servizi di accoglienza dello SPRAR si riverbera, necessariamente, su diverse parti dell'ar-

36. A tal proposito preme evidenziare che sono più di 100 i Comuni che attendono una risposta alla loro domanda di ingresso nella rete SPRAR o una risposta alla loro domanda di ampliamento, per complessivi 4.000 posti circa.

titolo istitutivo del Sistema (lettera *b* e *c* sul quarto e quinto co. dell'art 1 *sexies* del d.l. 416/1989) ma anche, come vedremo, su diverse altre disposizioni.

4.1. *Per chi è espressamente prevista l'accoglienza nel Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e minori stranieri non accompagnati (SIPROIMI)*

Oltre ai titolari di protezione internazionale e ai minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo e non, la nuova formulazione del co. 1 dell'art. 1 *sexies*, prevede che possano accedere al SIPROIMI i titolari dei nuovi permessi di soggiorno introdotti dall'art. 1 del d.l. 113/2018 (per cure mediche, per calamità e per atti di particolare valore civile) nonché i titolari dei permessi di soggiorno rinominati in "casi speciali" ma già previsti dal Testo Unico in materia di immigrazione, a patto che non siano già stati accolti in Sistemi di protezione specificamente dedicati.

Le modifiche normative riservano, pertanto, l'accesso ai servizi di accoglienza, assistenza e integrazione sociale dell'ex SPRAR ai titolari di:

- permesso di soggiorno per protezione internazionale riconosciuto ai sensi dell'art. 32 del d.lgs. 25/2008;
- permesso di soggiorno per casi speciali a condizione che tali soggetti non accedano a Sistemi di protezione specificamente dedicati (titolari di un permesso per motivi di protezione sociale *ex art. 18* del TU; permesso di soggiorno per vittime di violenza domestica *ex art. 18 bis*, permesso di soggiorno per vittime di particolare sfruttamento lavorativo *ex art. 22*, co. 12 *quater*);
- permesso di soggiorno per cure mediche *ex art. 19*, co. 2, lett. *d bis*), TU;
- permesso di soggiorno per calamità nel Paese di origine *ex art. 20 bis*, TU;
- permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile *ex art. 42 bis*, TU.

A questi vanno aggiunti, come anticipato, *i minori stranieri non accompagnati* per i quali il SIPROIMI viene confermato quale sistema di accoglienza ed inclusione sia per i richiedenti sia per coloro che non avanzano istanza di protezione internazionale. Come già previsto dal d.lgs. 142/2015 (art. 18, 19, 19 *bis* e 21) e dalla legge 47/2017, i minori sono accolti nelle strutture di prima accoglienza³⁷

37. Nel d.lgs. 142/2015 (art. 18, 19, 19 *bis* e 21) vengono ampiamente descritte le fasi dell'accoglienza previste per i minori stranieri non accompagnati e vengono evidenziati nel dettaglio i ruoli dei diversi attori coinvolti. L'assetto, ripreso anche dalla recente legge 47/2017, prevede che i minori vengano dapprima accolti nelle strutture di prima accoglienza (per un massimo di 30 giorni) nell'ambito delle quali svolgere le operazioni di identificazione, che debbano concludersi entro dieci giorni, sulla base di una procedura unica disciplinata dalla legge (art. 19 *bis*, d.lgs. 142 del 2015). All'interno delle strutture è garantito un colloquio con uno psicologo dell'età evolutiva, accompagnato se necessario da un mediatore culturale.

(strutture governative a loro destinate³⁸) per il tempo strettamente necessario all'identificazione, all'eventuale accertamento dell'età, nonché a ricevere tutte le informazioni sui diritti del minore compreso quello di chiedere la protezione internazionale, mentre la prosecuzione dell'accoglienza deve avvenire in progetti a loro specificatamente dedicati nell'ambito del Sistema di protezione (SIPROIMI). Solo in caso di temporanea indisponibilità nelle strutture afferenti al Sistema, l'assistenza e l'accoglienza sono provvisoriamente assicurate dall'Ente locale dove si trova il minore, fatta salva la possibilità di trasferimento in un altro Comune (secondo gli indirizzi fissati da un Tavolo di coordinamento), tenendo in considerazione prioritariamente il superiore interesse del minore. I Comuni che assicurano l'attività di accoglienza accedono ai contributi disposti dal Ministero dell'interno a valere sul Fondo nazionale per l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati³⁹.

Per quanto attiene l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati, seppur l'impianto previsto dalla normativa previgente rimanga invariato, è utile evidenziare che la recente Circolare del Ministero dell'interno⁴⁰ nell'impartire indicazioni ai prefetti in merito alla loro accoglienza (compresi i neo-maggiorrenni) all'interno del SIPROIMI, offre spunti interessanti sull'evoluzione futura del sistema di accoglienza dedicato ai minori stranieri non accompagnati.

Innanzitutto viene ribadito che all'interno del SIPROIMI debbono confluire, previa comunicazione ai tutori e alla competente autorità giudiziaria

38. Decreto ministeriale, "Istituzione di centri governativi di prima accoglienza dedicati ai minori stranieri non accompagnati", 1 settembre 2016.

39. I Comuni che assicurano l'attività di accoglienza accedono ai contributi disposti dal Ministero dell'interno a valere sul Fondo nazionale per i minori non accompagnati. Il Fondo, istituito dalla legge di stabilità 2015 (l. 190/2015, art. 1, co. 181-182) nello stato di previsione del Ministero dell'interno, è erogato ai Comuni attraverso le prefetture sulla base delle giornate di accoglienza erogate nel corso dell'anno. A tal proposito è utile evidenziare che la lett. *h bis*) dell'art. 12 del decreto legge 113/2018 aveva modificato l'art. 19 del decreto n. 142 del 2015, specificando che i Comuni interessati dall'accoglienza dei minori oltre ad accedere al Fondo dedicato dovessero ritenere sgravati da ogni spesa o onere per l'accoglienza prestata ai minori stranieri non accompagnati. La novella, di indubbio interesse in un'ottica di *governance* dei flussi migratori volta ad affrontare il tema dell'accoglienza dei minori in un quadro di interventi ordinari e stabili a sostegno dei Comuni coinvolti, è risultata sin dall'inizio oscura sotto il profilo applicativo ma soprattutto è stata oggetto di immediata rettifica. Infatti in sede di legge di bilancio, l'art. 1, co. 769 (Accesso dei Comuni al Fondo nazionale per l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati) ha soppresso la previsione introdotta nell'art. 12, co. 2, lett. *h bis* della legge di conversione del decreto legge n. 113 del 2018.

40. Circolare del Dipartimento libertà civili e immigrazione - Ministero dell'interno, d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, con la legge 1 dicembre 2018 n. 132 recante "Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata". Profili applicativi, 27 dicembre 2018.

minorile, tutti i minori stranieri non accompagnati attualmente presenti presso le strutture temporanee attivate dai prefetti ai sensi dell'art. 19, co. 3 *bis* del decreto legislativo n. 142/2015, quelli accolti nelle strutture di prima accoglienza ad alta specializzazione attivati dal Ministero dell'interno (c.d. centri FAMI) e coloro che sono ospitati presso le strutture dei Comuni che assicurano l'accoglienza ai sensi dell'art. 19, co. 3 del decreto legislativo n. 142/2015. Al contempo, nella circolare, si specifica che al trasferimento dei minori nel SIPROIMI debba necessariamente conseguire la chiusura delle strutture temporanee da parte dei prefetti, così come viene prospettato un sostanziale ridimensionamento dei Centri di prima accoglienza⁴¹. I c.d. "centri FAMI" e i CAS per minori dovranno dunque essere progressivamente chiusi e "man mano che il sistema SIPROIMI si adegnerà, anche dimensionalmente, alle esigenze di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati" vi confluiranno tutti i minori per i quali oggi sono i Comuni ad assicurare un'ideale collocazione e accoglienza.

In merito alla permanenza all'interno del SIPROIMI dei neo-maggiorenni è importante evidenziare che al compimento della maggiore età possono permanere all'interno del Sistema fino alla definizione della domanda di protezione internazionale (art. 12, co. 5 *bis*, d.l. 113/2018) e nel caso di concessione della protezione internazionale, per il tempo riservato alla permanenza dei beneficiari. In particolare, seppur il Ministero dell'interno nella circolare non chiarisca se queste indicazioni si applichino anche ai minori che a causa dell'indisponibilità di posti nell'ambito del SIPROIMI non siano stati inseriti all'interno di tale Sistema durante la minore età, in base a un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 12, co. 5 *bis* del d.l. 113/18, si dovrebbe ritenere che possano esservi inseriti qualora diventi disponibile un posto in tale Sistema anche dopo che abbiano compiuto la maggiore età.

Analogo ragionamento dovrebbe valere per i neo-maggiorenni in prosieguo amministrativo che non siano stati inseriti nel SIPROIMI durante la minore età. La Circolare del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione specifica che i neo-maggiorenni per i quali è stato disposto l'affidamento ai servizi sociali (c.d. prosieguo amministrativo *ex* art. 13, l. 47/2017) potranno proseguire il loro percorso di accoglienza nel SIPROIMI fino alla conclusione della misura ordinata dal Tribunale per i minorenni

41. Nella circolare si specifica che sarà cura del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione «monitorare l'attività dei Centri FAMI affinché, nel rispetto della normativa che prevede la permanenza dei MSNA in tali Centri per il tempo strettamente necessario e comunque non oltre i 30 gg., i minori vengano segnalati al Servizio centrale del SIPROIMI secondo modalità operative consolidate. Tale procedura consentirà il graduale trasferimento di tutti i minori ospitati in 19 dei 27 progetti attivi, la cui chiusura è prevista per il 27 marzo 2019. La suddetta procedura continuerà ad essere operativa per i restanti 8 progetti, la cui scadenza è prevista il 9 giugno 2020, fino ad esaurimento delle presenze».

(che può durare al massimo fino ai 21 anni), a prescindere dalla tipologia di permesso di soggiorno posseduto⁴².

4.2. *Per chi è prevista l'accoglienza nei Centri governativi di prima accoglienza e nelle strutture straordinarie di accoglienza*

Con l'intento di andare verso il superamento di un «diritto di permanenza indistinto» e di segnare una «netta differenziazione tra coloro che hanno un titolo definitivo a permanere» e coloro che «sono in temporanea attesa della definizione del loro *status* giuridico»⁴³, la nuova normativa, novellando le disposizioni riguardanti il sistema SPRAR e riformando il sistema di accoglienza (artt. 8, 9, 14, e 15, d.lgs. 142/2015), prevede per i richiedenti protezione internazionale fino alla definizione del loro *status* l'accesso alle misure di accoglienza nelle strutture governative e in quelle straordinarie⁴⁴.

I destinatari dell'accoglienza nelle strutture di cui agli artt. 9 e 11 del d.lgs. 142/2015 sono:

- i richiedenti protezione internazionale i quali abbiano formalizzato la domanda e risultino privo di mezzi sufficienti a garantire una qualità di vita adeguata per il sostentamento proprio e dei propri familiari⁴⁵;
- «richiedenti ricorrenti» che hanno fatto ricorso avverso la decisione di rigetto della protezione internazionale;
- titolari di protezione umanitaria, già riconosciuta dalla Commissione territoriale, ma che hanno impugnato la decisione amministrativa richiedendo

42. A tal proposito si veda oltre alla Circolare del Ministero dell'interno - Dipartimento libertà civili e immigrazione del 27 dicembre 2018 anche la scheda per i tutori e gli operatori che seguono minori non accompagnati dal titolo *Quali percorsi per i minori non accompagnati in seguito all'abrogazione del permesso per motivi umanitari?* redatta da ASGI e Intersos del 12 dicembre 2018. In quest'ultima si evidenzia che debbano essere inclusi anche i neo-maggioresenni in prosieguo amministrativo che siano titolari di protezione umanitaria o che abbiano chiesto la conversione del permesso di soggiorno per minore età in un permesso per studio, lavoro o attesa occupazione, al compimento dei 18 anni, ai sensi dell'art. 32 d.lgs. 286/98.

43. Come esplicitato nella Circolare del Ministero dell'interno - Gabinetto del Ministro del 18.12.2018.

44. A questo conseguono ulteriori modifiche introdotte all'art. 15, d.lgs. 142/2015 (dal co. 2, lett. g) dell'art 12), concernente le modalità di accesso al sistema di accoglienza territoriale. Oltre a modificare la rubrica dell'articolo, che va a disciplinare le «modalità di individuazione della struttura di accoglienza», sono abrogati i co. 1 e 2 che fanno riferimento allo SPRAR. La disciplina che risulta dall'intervento di modifica prevede (co. 3 e 4, art. 15, decreto accoglienza) che la prefettura provveda «all'invio del richiedente nella struttura individuata, anche avvalendosi dei mezzi di trasporto messi a disposizione dal gestore».

45. La valutazione dell'insufficienza dei mezzi di sussistenza è effettuata dalla prefettura-UTG con riferimento all'importo annuo dell'assegno sociale.

una forma di protezione maggiore (rifugio o protezione sussidiaria), mantenendo in questo caso la qualifica di richiedenti asilo. A questi si aggiungono anche gli «umanitari ricorrenti» che attualmente si trovano nel SIPROIMI e nei cui confronti, al termine del periodo transitorio previsto dal co. 6 dell'art. 12 del decreto legge, non sia intervenuta una decisione sulla definizione dello *status* i quali potranno – su richiesta – proseguire l'accoglienza nei centri governativi⁴⁶;

- richiedenti asilo per i quali è stata attivata la procedura Dublino e sono in attesa dell'eventuale trasferimento nel Paese competente alla trattazione della domanda d'asilo;
- «dublinanti di ritorno» ovverossia i richiedenti asilo giunti in Europa attraverso la frontiera italiana che hanno presentato domanda di asilo in altro Paese europeo aderente al sistema europeo comune di asilo⁴⁷.

Coerentemente con lo spirito riformatore animato «dall'esigenza di segnare una netta differenziazione tra gli investimenti in termini di accoglienza e integrazione da destinare a coloro che hanno titolo definitivo a permanere sul territorio nazionale rispetto ai servizi di prima accoglienza e assistenza da erogare a coloro che sono in temporanea attesa della definizione della loro posizione giuridica»⁴⁸, la nuova architettura del sistema di accoglienza si “ristruttura” e articola in strutture differenziate a seconda dei soggetti ospitati nonché per i servizi e gli *standard* da garantire. Molto chiaro in tal senso il testo del *Nuovo Schema di Capitolato di appalto dei servizi di accoglienza*⁴⁹

46. Si veda la Circolare del Ministero dell'interno - Dipartimento libertà civili e immigrazione del 27 dicembre 2018.

47. Si veda la Circolare del Dipartimento libertà civili e immigrazione del 27 dicembre 2018 dove viene esplicitato che nel caso del dublinante di ritorno il quale aveva già presentato domanda di asilo in Italia, al momento del rientro, la prefettura sede dell'aeroporto di arrivo, su indicazione dell'Unità Dublino centrale, ne agevolerà il trasferimento presso la Provincia ove era stata presentata la domanda. Nel caso in cui, invece, il dublinante non avesse già formalizzato la domanda in Italia prima di lasciare il nostro Paese, l'accoglienza deve essere disposta in uno dei Centri della Regione ove ha sede l'aeroporto internazionale di arrivo, secondo i criteri già concordati in sede di Tavolo di coordinamento regionale. In tutti i casi occorrerà tener conto dell'esigenza di assicurare l'unità familiare in strutture idonee.

48. Circolare del Ministero dell'interno del 18 dicembre 2018, n. 83774.

49. Il *Nuovo Schema di Capitolato di appalto dei servizi di accoglienza* è stato presentato il 7 novembre alla stampa dal Ministro dell'interno ed inviato ai prefetti con Circolare 14810 del 21 novembre 2018. Come contemplato dall'art. 12 co. 1, d.lgs. 142/2015 lo schema di capitolato di gara d'appalto per la fornitura dei beni e dei servizi relativi al funzionamento dei centri di cui agli artt. 6, 8, co. 2, 9 e 11 è adottato con decreto del Ministro dell'interno «al fine di assicurare livelli di accoglienza uniformi nel territorio nazionale, in relazione alle peculiarità di ciascuna tipologia di Centro». Dall'analisi dell'Allegato “A” del *Nuovo Schema di Capitolato di appalto dei servizi di accoglienza sulla Tabella Dotazione Personale*, emerge preoccupazione per la congruità del personale e delle relative ore previste in rapporto alle persone accolte. Non si ritiene infatti realistico garantire un'adeguata accoglienza, in conformità a quanto previsto dalla Direttiva europea (2013/33/UE),

nel quale sono contemplati, per le strutture *ex art.* 9 e 11, d.lgs. 142/2015, servizi base che riguardano il vitto, l'alloggio e la fornitura di beni e servizi essenziali, mentre nessun intervento volto all'integrazione (*in primis* l'insegnamento della lingua italiana e la formazione atta ad agevolare l'accesso al mondo del lavoro), al sostegno psicologico o quelli relativi all'orientamento sul territorio vengono contemplati.

L'intento di voler separare e differenziare interventi ed opportunità in base allo *status* delle persone risulta poi chiaramente anche dalle previsioni contenute nella lettera *l*) del co. 2 dell'art. 12, d.l. 113/2018, con il quale si abroga il co. 3 dell'art. 22 del decreto accoglienza, che prevedeva la possibilità per i richiedenti, che usufruivano delle misure di accoglienza nello SPRAR, di frequentare corsi di formazione professionale finanziati nell'ambito del Sistema⁵⁰. Così come la lettera *m*) modifica l'art. 22 *bis* del decreto accoglienza, non permettendo più il coinvolgimento dei richiedenti protezione internazionale in attività di utilità sociale a favore delle collettività locali⁵¹.

Un'altra ricaduta importante, e che non può non destare preoccupazione, riguarda i richiedenti protezione internazionale vulnerabili, per i quali non è più prevista un'accoglienza in progetti dedicati come contemplava l'art. 17, co. 4 del d.lgs. 142/2015 (ora abrogato dalla lettera *h* 1). Per i richiedenti portatori di esigenze particolari, nell'ambito dello SPRAR, era prevista l'attivazione di servizi speciali di accoglienza che tenessero conto delle misure assistenziali da garantire alla persona in relazione alle sue specifiche esigenze.

Ora, le modifiche apportate dall'art. 12 della legge 132/2018, non contemplando più l'inserimento dei richiedenti, seppur vulnerabili, all'interno di questo Sistema e risultando assenti servizi adeguati alla valutazione delle esigenze particolari nell'ambito dei Centri governativi⁵², il rischio concreto è che non

prevedendo ad esempio un operatore diurno per 8 ore al giorno ogni 50 persone, la mediazione linguistica per 1h e mezza al giorno, l'assistenza sociale 50 minuti o l'informativa legale per 25 minuti. Inoltre, stante l'eliminazione dei servizi volti all'integrazione, desta forte preoccupazione la riduzione, della dotazione minima di personale volto a garantire l'assistenza alla persona e al supporto del richiedente nella fase di presentazione e attesa dell'espletamento della procedura afferente alla domanda di protezione internazionale. Per prendere visione del testo del nuovo schema di capitolato e relativi allegati si rinvia al sito www.interno.gov.it.

50. A tal proposito è utile specificare che questo non significa che i richiedenti asilo non possano comunque accedere a corsi di formazione professionale messi a disposizione sul territorio dagli Enti locali con fondi diversi.

51. L'art. 22 *bis*, d.lgs. 142/2015 relativo alla partecipazione dei richiedenti protezione internazionale, su base volontaria, in attività di utilità sociale in favore delle collettività locali era stato introdotto dall'art. 8 del d.l. n. 13/2017.

52. L'identificazione immediata delle condizioni di vulnerabilità e la successiva predisposizione di interventi e servizi mirati è determinante per una presa in carico che si consideri sufficientemente adeguata ad evitare prevedibili aggravi, in termini di interventi socio-sanitari, da parte dei servizi territoriali. Nel *Nuovo Schema di Capitolato di appalto*

sarà garantita la presa in carico delle vulnerabilità e risulterà difficile l'emersione delle situazioni più complesse e sensibili quali ad esempio le vittime di violenza o di tratta.

4.3. *Gli esclusi dall'accoglienza*

L'articolazione del nuovo sistema di accoglienza, come si è cercato di mettere in luce, contempla due circuiti distinti per richiedenti asilo (e ricorrenti) da una parte e dall'altra titolari di protezione internazionale, minori non accompagnati, vittime di violenza o grave sfruttamento, violenza domestica, sfruttamento lavorativo, titolari di permesso di soggiorno per cure mediche, per calamità e per atti di alto valore civile. Mentre nulla pare sia previsto per coloro i quali siano destinatari di altre forme di protezione, ovvero titolari di un permesso per *casi speciali* ai sensi dell'art. 1, co. 9 del d.l. 113/2018⁵³ o titolari di un permesso per protezione speciale (*ex art. 19, co. 1 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*).

Considerando le situazioni di vulnerabilità e le condizioni spesso di fragilità che hanno motivato il rilascio di un titolo di soggiorno per motivi umanitari secondo i criteri della previgente disciplina (oggi casi speciali) nonché le ragioni sottese al riconoscimento della “protezione speciale”⁵⁴, risulta di

dei servizi di accoglienza anziché essere trattati come prerequisiti dell'offerta tecnica dei servizi sono inclusi esclusivamente nelle “proposte migliorative” nonostante l'art. 17, co. 3, d.lgs. 142/2015 preveda che nei Centri di cui all'art. 9, d.lgs. 142/2015 siano contemplati servizi speciali di accoglienza delle persone vulnerabili portatrici di esigenze particolari.

53. Per gli stranieri nei cui confronti la Commissione territoriale, al momento dell'entrata in vigore del decreto legge, abbia già completato la procedura di esame della domanda di protezione internazionale e abbia adottato la decisione finale, ritenendo sussistenti gravi motivi di carattere umanitario, si prevede il rilascio di un permesso di soggiorno recante la dicitura “casi speciali”, con le stesse caratteristiche, in termini di durata e convertibilità, del “vecchio” permesso per motivi umanitari (validità due anni, convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro). Per conseguenza, tutte le istanze giacenti in fase istruttoria e non ancora autorizzate, per le quali la competente Commissione territoriale abbia adottato la decisione finale, ritenendo sussistenti gravi motivi di carattere umanitario, debbono essere portate a compimento con il rilascio del permesso di soggiorno per casi speciali. La medesima novella legislativa ha previsto che alla scadenza del permesso di soggiorno per casi speciali in parola è previsto il rilascio, previo parere della Commissione, di un permesso di soggiorno annuale recante la dicitura “protezione speciale”, disciplinato dal nuovo art. 32, co. 3, d.lgs. n. 25/2008. Come confermato anche nella recentissima sentenza della Corte di cassazione 4890/2019 è da intendersi che anche per i procedimenti giudiziari in corso vigano le stesse previsioni.

54. Si veda il documento redatto da ASGI, *Le modifiche in tema di permesso di soggiorno conseguenti all'abrogazione dei motivi umanitari e sull'art. 1, D.L. 113/2018*, ottobre 2018, nel quale si specifica che «Il rischio di persecuzione di cui all'art. 19, co. 1, d.lgs. 286/98, si concretizza nella impossibilità di disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza,

difficile comprensione l'assenza di qualsivoglia forma di accoglienza. Anche limitandoci a considerare la (ritenuta dal legislatore) temporaneità della presenza in Italia dei titolari di protezione speciale (che si vorrebbe legata ad un temporaneo divieto di *refoulement* ex art. 19, co. 1 e 1.1., TU 286/98), non è giustificata in alcun modo la loro esclusione, così come per i già titolari di umanitaria, dall'intero sistema di accoglienza.

5. L'accoglienza nella fase transitoria di applicazione della novella legislativa del 2018

Come si evince, da quanto sin ora descritto, la nuova architettura del sistema di accoglienza ha previsto per il futuro l'esclusione di alcune categorie di persone e anche in via transitoria la questione è stata trattata parzialmente. Infatti, i co. 5, 5 *bis* e 6 dell'articolo 12 del d.l. n. 113/2018 recano tre disposizioni transitorie riferite a coloro (richiedenti asilo, titolari di protezione umanitaria) che risultano già accolti nell'ambito dello SPRAR alla data della sua entrata in vigore mentre nulla è stato previsto in merito a coloro che, nelle medesime condizioni soggettive, sono presenti nei centri governativi o nelle strutture straordinarie (CAS). Per i titolari di un permesso di soggiorno per motivi umanitari presenti nei centri di prima accoglienza (ex artt. 9 e 11 del d.lgs. n. 142/2015) come anche indicato nella Circolare applicativa del Ministero dell'interno ai Prefetti, viene esplicitato che al «momento della consegna materiale del permesso di soggiorno dovrà essere avviato il percorso di uscita dalle strutture»⁵⁵, senza prevedere una possibile prosecuzione nell'ambito del circuito SPRAR/SIPROIMI⁵⁶.

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»; mentre il rischio di tortura di cui all'art. 19, co. 1.1, d.lgs. 286/98, determina la impossibilità di disporre ed eseguire il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura, dovendosi, nella valutazione di tali motivi tenersi conto dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani. In entrambi i casi è fatta salva dalla nuova norma la possibilità che possa disporsi l'allontanamento verso uno Stato che provvede ad accordare una protezione analoga».

55. Cfr. Circolare del Dipartimento Libertà civili e Immigrazione del 27 dicembre 2018.

56. Sul punto si veda la precedente Circolare del Ministero dell'interno n. 3994 del 5 maggio 2016 sul "Sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati. Procedure per l'inserimento di richiedenti/titolari di protezione internazionale e dei loro familiari, nonché degli stranieri e dei loro familiari beneficiari di protezione umanitaria nelle strutture dello SPRAR".

5.1. *Gli espressamente inclusi*

Nel caso dei richiedenti asilo presenti nello SPRAR è stato previsto che rimanessero fino alla scadenza del progetto di accoglienza in corso, già finanziato, ed è ribadita la continuità dell'accoglienza per i neo-maggioresni titolari del medesimo *status* ed accolti in progetti per minori o in progetti ordinari (se ivi trasferiti). Allo stesso modo, anche per i titolari di protezione umanitaria, è stato previsto che rimanessero all'interno del sistema di accoglienza, precisando che l'accoglienza non potesse, in questi casi, essere protratta oltre la scadenza del periodo previsto dalle disposizioni di attuazione sul funzionamento del Sistema medesimo e comunque non oltre la scadenza del progetto di accoglienza⁵⁷.

A tal proposito, a fine 2019, al fine di salvaguardare i processi d'integrazione avviati all'interno delle progettualità del SIPROIMI, il Ministero dell'interno, su sollecitazione di Anci, ha ritenuto che i titolari di protezione umanitaria ancora presenti nei progetti, potessero proseguire l'accoglienza anche oltre il termine fissato dalla disposizione transitoria, consentendo, in tal modo di completare i percorsi di accompagnamento già avviati e volti alla autonomia ed inclusione. La possibilità di permanere in accoglienza per i protetti umanitari è stata, così, prorogata per un periodo di ulteriori sei mesi dalla scadenza del progetto⁵⁸.

Mentre per i richiedenti protezione internazionale/ricorrenti ancora presenti nel circuito di accoglienza alla data del 5 ottobre 2018 – per i quali era stato invece previsto dalla disciplina transitoria un trasferimento graduale nei centri di accoglienza straordinaria (circuito che ora diviene esclusivamente destinato a tali categoria) a conclusione del progetto di accoglienza in corso alla data di

57. Con una nota operativa diramata dal Servizio Centrale dello SPRAR il 25 ottobre 2018, viene specificato che restano in accoglienza i beneficiari trasferiti per il tramite del Servizio Centrale da un progetto a un altro della rete SPRAR, anche se richiedenti asilo o titolari di protezione umanitaria; che entrano in accoglienza le persone per le quali è stato disposto l'inserimento entro il 4 ottobre, pur se successivamente rettificato per nuove necessità ed infine che vengono accolti nei progetti SPRAR i nuclei familiari dove uno dei membri della coppia sia titolare di protezione internazionale.

58. In particolare, a seguito dell'incontro tecnico tenutosi il 23 dicembre del 2019, Anci ha sollecitato il Ministero dell'interno all'attivazione di un intervento che consentisse ai titolari di protezione umanitaria già presenti nel SIPROIMI di proseguire la loro permanenza nelle strutture oltre il 31 dicembre 2019. Al Servizio centrale è stato assegnato il compito di assicurare «il necessario raccordo tra il Ministero dell'interno ed Enti locali coinvolti». L'intervento di prosecuzione dell'accoglienza è stato assicurato attraverso un finanziamento a diretta gestione del Ministero dell'interno e gli Enti locali del SIPROIMI ne usufruiscono (con scadenza del triennio al 31 dicembre 2019 e in prosecuzione a partire dal 1 gennaio 2020), al fine di garantire la continuità degli interventi, secondo le modalità di rendicontazione per i servizi previsti dal Servizio Centrale nella Circolare n. 1446/2020 del 24 gennaio 2020. A tal proposito si consulti www.interno.gov.it/sites/default/files/determina_a_procedere_inclusione_umanitari_.pdf.

entrata in vigore del d.l. n. 113/2018 – il processo di trasferimento è stato inizialmente molto lento e ha subito una repentina accelerazione alla fine del 2019 quando con Circolare del Ministero dell'interno⁵⁹ è stato disposto il trasferimento dei richiedenti protezione presso le strutture di accoglienza a loro dedicate.

5.2. *Per una interpretazione non discriminatoria del diritto transitorio: il contributo della giurisprudenza di merito e l'indirizzo nomofilattico della Suprema Corte*

Analizzando complessivamente le norme relative all'accoglienza e tenuto conto delle disposizioni "transitorie" specificatamente riferite agli accolti nello SPRAR, appare evidente che, per una parte considerevole di persone, nemmeno in via transitoria viene garantita l'accoglienza, configurandosi un'irragionevole disparità di trattamento tra identiche situazioni giuridiche.

Irragionevolezza confermata dalla circostanza che la *ratio decidendi* non si basa su nessun elemento oggettivo, in quanto la diversità di trattamento è determinata da eventi riconducibili alla mera casualità (l'essere stato inserito in un centro afferente alla rete SPRAR o meno, la indisponibilità di posti nello SPRAR, ecc.) e da fatti indipendenti dalla volontà delle persone⁶⁰.

Evidente che tale trattamento è suscettibile di creare un'illegittima discriminazione, trattando diversamente persone che versano in situazioni analoghe se non identiche, con rischio di violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Le disposizioni transitorie recate dai co. 5 e 6 dell'art. 12 del d.l. n. 113/2018 (come convertito nella l. n. 132/2018) non potranno, dunque, che essere interpretate nel senso di consentire, ai titolari di protezione umanitaria, il "passaggio" dai Centri governativi di prima accoglienza e/o dai CAS alle strutture dello SPRAR, coerentemente al percorso intrapreso nell'ambito della filiera dell'accoglienza prevista dal d.lgs. n. 142/2015.

Alle medesime conclusioni si giunge anche per coloro che hanno un procedimento in corso e che, ai sensi dell'art. 1, co. 9 d.l. n. 113/2018, conseguano il permesso di soggiorno "casi speciali". Per costoro, infatti, va applicato il principio di non discriminazione sotteso ad un'interpretazione costituzionalmente orientata di detto comma e alla irretroattività delle disposizioni recate dal decreto legge in esame.

59. Cfr. nota prot. n. 24786 del 19 dicembre 2019, trasmessa dal Ministero dell'interno al Servizio Centrale del SIPROIMI e alle Prefetture competenti, con la quale si richiama quanto previsto dall'art. 12, co. 5, del d.l. n. 113/2018, convertito nella l. n. 132/2018, in merito alla permanenza in accoglienza dei richiedenti asilo fino alla scadenza del progetto SPRAR/SIPROIMI finanziato.

60. A tal proposito si veda anche il *Parere sul decreto legge 113/2018* dell'Associazione Nazionale Magistrati (ANM), approvato dal comitato Direttivo Centrale nella seduta del 25 novembre 2018.

Peraltro, va considerato che il diritto all'accesso all'accoglienza, secondo i presupposti di cui al d.lgs. n. 142/2015, è sorto prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018, perfezionandosi al momento della manifestazione della volontà *ex art. 1, co. 2*, di detto d.lgs. n. 142/2015 e dunque si può ritenere inapplicabile la normativa sopravvenuta rispetto a situazioni giuridiche già perfezionate nella previgente normativa.

Sul diritto all'accoglienza ridisegnato dal decreto sicurezza sono intervenuti, sin da subito, con indirizzo pressoché unanime numerosi Tribunali della penisola (*ex plurimis* Ancona, Bari, Bologna, Brescia, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Perugia, Torino, Trento); tale indirizzo è ancorato al disposto dell'art 11 delle preleggi che regola l'efficacia della legge nel tempo, sancendo il principio secondo cui la legge non *dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo*. Immediato corollario che ne derivava è stato pertanto il riconoscimento al diritto al medesimo trattamento per tutti coloro i quali avessero formalizzato le domanda di protezione internazionale in data anteriore al 5 ottobre 2018, applicandosi il d.l. n. 113/2018 solo alle domande amministrative proposte dopo tale data⁶¹.

Sulla stessa scia si è mossa anche la giurisprudenza amministrativa in occasione di pronunzie concernenti la legittimità o meno del mancato accesso all'accoglienza o della revoca delle misure di accoglienza. Così, ad esempio, il Tar per il Veneto⁶², in merito all'incidenza dello *ius superveniens* sui procedimenti amministrativi instaurati per il riconoscimento della protezione internazionale/umanitaria, ha ritenuto illegittima la disposizione prefettizia con la quale si disponeva la cessazione delle misure di accoglienza sul presupposto dell'asserita abolizione del permesso di soggiorno per motivi umanitari precedentemente rilasciato al ricorrente. Il Tribunale amministrativo evidenzia che, se la disciplina di cui al d.l. n. 113/2018 non trova applicazione, ai sensi dell'irretroattività della norma, ai procedimenti per il riconoscimento del titolo di soggiorno per motivi umanitari che sono già stati avviati (e non ancora conclusi), essa, *a fortiori*, non potrà avere rilievo con riferimento ad una

61. Sul punto si veda, tra i vari, Tribunale Brescia, ordinanza 22.10.2018, n. 4311, ove si afferma che «la deroga al principio generale di cui all'art. 11 disp. att. cod. civ. deve essere espressa o desumibile [...], in assenza di specifica disposizione non è possibile ritenere derogato il principio di irretroattività di cui all'art 11 delle preleggi. Ciò posto considerando che la pronuncia giudiziaria non ha certo natura costitutiva ma meramente accertativa di uno *status* preesistente il procedimento e considerando che il diritto al riconoscimento della protezione umanitaria può ritenersi un diritto quesito, (cioè acquisito al patrimonio del richiedente prima dell'entrata in vigore della nuova normativa a prescindere dalla data del suo accertamento) nel caso in esame deve necessariamente trovare applicazione la normativa previgente».

62. La giurisprudenza amministrativa sancisce il diritto all'accoglienza nel SIPROIMI dei titolari di protezione umanitaria, implicando che sia illegittimamente disposta la cessazione delle misure di accoglienza nei confronti dello straniero che abbia ottenuto il riconoscimento della protezione umanitaria prima delle modifiche introdotte dal c.d. decreto sicurezza. Sul punto TAR Veneto, sez. III, 20 dicembre 2019, n. 1395.

ipotesi, come quella in cui la protezione umanitaria sia già stata riconosciuta al richiedente, al fine di elidere un beneficio – la prestazione delle misure di accoglienza – collegato a detto riconoscimento.

In precedenza, altri Tribunali amministrativi hanno ritenuto applicabile ai titolari di permesso per motivi umanitari la previgente formulazione dell'art. 14 del d.lgs. n. 142/2015 e dunque l'inserimento nel sistema di accoglienza SPRAR/SIPROIMI, avendo presentato domanda di protezione internazionale prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018⁶³. Si segnala peraltro che il TAR per le Marche⁶⁴ ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, co. 6, del d.l. n. 113/2018, convertito in l. n. 132/2018, per contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto la disposizione transitoria mantiene temporaneamente il beneficio della permanenza nel sistema SPRAR per quegli stranieri che, alla data di entrata in vigore del decreto, vi avevano già avuto accesso in quanto titolari di un permesso di soggiorno per motivi umanitari – non considerando la situazione di tutti coloro che, pur già in possesso del titolo di soggiorno per motivi umanitari prima dell'entrata in vigore del decreto, non avevano potuto accedere al sistema per mancanza di posti disponibili.

Il sigillo sull'esatta e uniforme interpretazione della legge è stata assicurata, nell'alveo delle sue prerogative di nomofilachia dalla Suprema Corte di Cassazione; prima attraverso pronunce promulgate da singole sezioni⁶⁵ e poi con l'intervento delle Sezioni Unite che, con le note sentenze n. 29459, 29460 e 29461⁶⁶ del 2019, hanno definitivamente stabilito che l'abrogazione del permesso per protezione umanitaria non si applica alle richieste di protezione presentate prima dell'entrata in vigore dello stesso decreto ossia prima del 5 ottobre 2018.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno quindi esteso il principio di non retroattività per il mantenimento del diritto all'accoglienza nel sistema SPRAR/SIPROMI per coloro che, alla data di entrata in vigore del d.l., fossero in possesso di un permesso di soggiorno per motivi umanitari o di una richiesta di asilo in corso di definizione.

63. Si vedano Tar Lombardia sentenza n. 478 del 10 luglio 2019, Tar per la Basilicata, sentenza n. 564 del 1 luglio 2019.

64. Tar Marche sentenza n. 172 del 9 marzo 2020.

65. Cfr. Corte di cassazione n. 4890/2019, *cit.*, in tema di regime intertemporale della disciplina della l. 132/2018 sulla protezione umanitaria.

66. La Corte a sezioni unite ribadisce altresì che il giudizio ha mera funzione ricognitiva (non costitutiva) di un diritto soggettivo; afferma che la "ex protezione umanitaria" è applicabile a tutte le domande di protezione presentate prima del d.l. n. 113/2018 convertito dalla l. n. 132/2018; afferma anche che (e tanto vale, per ciò che riguarda il sistema di accoglienza *ex* SPRAR, che si caratterizza per la realizzazione di percorsi di inclusione individualizzati) l'integrazione del richiedente protezione in Italia ha rilevanza ma che anche è necessaria una valutazione comparativa della situazione soggettiva nel richiedente nel suo Paese d'origine per verificare se il suo rimpatrio possa comportare la privazione della titolarità dell'esercizio dei diritti umani (cfr. sul punto Cass. sent. 4455/2018).

6. Conclusioni

Il tema relativo alla protezione dell'esule e l'accoglienza dello straniero in fuga da guerre e persecuzioni, come abbiamo avuto modo di mettere in luce nel corso della ricostruzione storica, si è connotato per i fluidi margini di interpretazione che si sono ampliati o ristretti a seconda delle condizioni politiche e delle pratiche di riconoscimento sociale⁶⁷. Sul piano delle garanzie si è determinata una "stabile precarietà" conseguente a continui interventi volti a ridurre lo spazio dei diritti. Il dibattito pubblico degli ultimi anni e gli interventi di carattere politico hanno via via legittimato una visione secondo cui sono obblighi meramente etici, e non strettamente giuridici, quelli che devono guidare l'azione pubblica in materia di accoglienza dei richiedenti asilo⁶⁸.

Se con il d.lgs. 142/2015 la legge italiana prevedeva un unico sistema di accoglienza con al centro il Sistema diffuso di accoglienza territoriale e affidava agli Enti locali un ruolo prioritario considerando l'accoglienza e l'integrazione di richiedenti asilo e rifugiati un servizio socio-assistenziale del territorio, solo pochi anni dopo, con il decreto legge 113/2018 il sistema si centralizza trasformando in "ordinaria" l'accoglienza presso centri governativi o strutture temporanee. Si demarca in tal modo un confine molto netto tra un'accoglienza a livello nazionale destinata a gestire l'ospitalità dei migranti in attesa di definizione del loro *status*, ed un'accoglienza a livello locale finalizzata all'integrazione dei titolari⁶⁹. Neppure per i richiedenti protezione internazionale vulnerabili è più prevista un'accoglienza in progetti dedicati come, invece, contemplava l'art. 17, co. 4, del d.lgs. n. 142/2015 (ora abrogato dalla lettera *h*).

Le modifiche apportate dall'art. 12 della l. n. 132/2018 non contemplando più l'inserimento dei richiedenti, seppur vulnerabili, all'interno del Sistema SPRAR/SIPROIMI e risultando assenti servizi adeguati alla valutazione delle esigenze particolari nell'ambito dei centri governativi⁷⁰, comportano il rischio

67. Celentano S., *Lo status di rifugiato e l'identità politica dell'accoglienza*, «Questione giustizia», 2, 2018, p. 67 ss.

68. Come ben esplicitato da Marco Ferrero: «Il diritto a chiedere asilo e a essere messo nelle condizioni perché la valutazione dei presupposti di tale diritto – peraltro fondato su ben tre fonti gerarchicamente sovraordinate rispetto alla legge ordinaria (art. 10 Cost., Convenzione di Ginevra e Direttive UE sulla protezione internazionale) – sia effettivo è stato così degradato ad opzione possibile di un programma politico». Ferrero M., «La vulnerabilità degli immigrati nel sistema di accoglienza *extra-ordinem* dei richiedenti asilo», in Perocco F. (a cura), *Tortura e migrazioni*, Edizioni Cà Foscari, 2019.

69. Guella F., *Sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e disposizioni in materia di iscrizione anagrafica nel c.d. Decreto Sicurezza*, «Osservatorio Costituzionale», 1-2, 2019.

70. L'identificazione immediata delle condizioni di vulnerabilità e la successiva predisposizione di interventi e servizi mirati è determinante per una presa in carico adeguata ad evitare prevedibili aggravati, in termini di interventi socio-sanitari, da parte dei servizi territoriali. Nel *Nuovo Schema di Capitolato di appalto dei servizi di accoglienza* non vengono individuati come prerequisiti dell'offerta tecnica dei servizi ma sono invece inclusi nelle

concreto di non garantire la presa in carico delle vulnerabilità e rendere più difficile l'emersione delle situazioni più complesse e sensibili quali ad esempio le vittime di violenza o di tratta⁷¹.

Ai sensi della normativa del 2018 i percorsi di accoglienza integrata sono dedicati ai minori stranieri non accompagnati, ai titolari di protezione internazionale i quali necessitano di attivare percorsi di integrazione dopo il riconoscimento della protezione internazionale e ad alcune categorie di persone vulnerabili che hanno nella maggioranza dei casi avviato percorsi penali di denuncia o di presa in carico amministrativa.

Un sistema di accoglienza, dunque, che si caratterizza, da un lato, per aver potenziato il ruolo dei centri governativi medio-grandi e per essersi allontanato dall'approccio di servizio alla persona, spersonalizzando l'intervento e standardizzando i servizi⁷² a seguito della contrazione dei costi prevista nel nuovo schema di capitolato d'appalto⁷³, e dall'altro, per aver riformato il SIPROIMI spostando il baricentro dell'accoglienza dall'esclusività della protezione internazionale a quello della protezione sociale più largamente intesa. Infatti, prevedendo l'accoglienza e presa in carico da parte del sistema SIPROIMI delle persone vittime di tratta e di sfruttamento lavorativo, vittime di violenza domestica, di persone che godono di un permesso di soggiorno per cure mediche in ragione della propria condizione fisica, si ridefinisce la platea delle persone a cui viene riconosciuta protezione da parte dello Stato, garantendo loro un percorso di presa in carico da realizzarsi nella rete SIPROIMI indipendentemente dalla formalizzazione della domanda di protezione internazionale.

“proposte migliorative” nonostante l'art 17 co. 3 del d.lgs. 142/2015 preveda che nei centri di cui all'articolo 9 del d.lgs. 142/2015 siano contemplati servizi speciali di accoglienza delle persone vulnerabili portatrici di esigenze particolari.

71. Rispetto a questa scelta, ovvero l'esclusione dal sistema della categoria dei richiedenti e titolari di protezione speciale, rimane sospeso il giudizio ad oggi demandato alla Corte costituzionale chiamata a valutare della legittimità della scelta in rapporto ai principi contenuti nella carta Costituzionale.

72. Sugli effetti e le ricadute sul lavoro degli operatori sociali delle recenti modifiche normative che hanno riguardato il sistema di accoglienza si veda Accorinti M., Spinelli E., *L'attività degli operatori sociali tra aiuto e controllo nel nuovo sistema di accoglienza*, «La rivista delle politiche sociali», 2, 2019, pp. 103-120.

73. Come sostiene Nicoletta Vettori: «[...] il modo in cui i provvedimenti ministeriali orientano l'offerta da parte dei gestori porta a configurare un modello di servizio standardizzato e spersonalizzato, nell'ambito del quale l'assistenza al migrante è concepita come un problema di sicurezza e sanità pubblica. Si tratta di un modello noto, che ricalca la concezione di assistenza sociale del periodo pre-costituzionale, ma che è lontano dal concetto di servizio alla persona oggi delineato dall'ordinamento costituzionale e normativo e, seppur di recente, espressamente previsto anche per i richiedenti protezione internazionale». Vettori N., *Servizio pubblico di accoglienza e diritti fondamentali dei richiedenti asilo. Profili di illegittimità della riforma introdotta dal d.l. 113/2018*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2019.

I minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo

di *Erminia S. Rizzi**

Sommario: 1. Minori o migranti? – 2. L'invisibilità del minore richiedente asilo. – 3. I dati delle richieste di asilo dei minori stranieri non accompagnati. – 4. L'accesso alla procedura. – 5. Il riconoscimento della protezione. – 6. Conclusioni.

1. Minori o migranti?

La migrazione dei minori soli ed il loro trattamento giuridico è materia complessa perché attiene diversi piani interconnessi tra loro e pone molti interrogativi al complessivo sistema di protezione, tutela ed accoglienza del Paese di arrivo. La complessità della condizione è determinata dal loro stesso *status* che incrocia multiple appartenenze giuridiche, pertanto la loro protezione richiede l'intervento di diverse componenti: giuridiche, amministrative e sociali.

La presenza di minori soli all'interno dei movimenti migratori è ormai da tempo diventato un elemento comune nelle migrazioni delle persone a livello mondiale e il loro numero è andato progressivamente aumentando, fino a diventare una componente numericamente rilevante della popolazione in movimento che necessita e chiede protezione. Dalla metà degli anni Novanta il flusso di minori soli verso l'Italia è diventato costante e non più trascurabile, impattando sui sistemi locali di *welfare*. Nel corso del tempo il fenomeno si è trasformato continuamente in relazione ai numeri, ai Paesi di provenienza, alle caratteristiche, al percorso della migrazione, al progetto migratorio, ai bisogni specifici.

* Operatrice legale in diritto dell'immigrazione specializzata in protezione internazionale, tutela delle vittime di tratta e sfruttamento, tutela dei minori stranieri. Giudice onorario presso il Tribunale per i minorenni di Bari dal 2008 al 2019.

La definizione di “minore straniero non accompagnato” ha subito diverse evoluzioni nel corso del tempo. Compare per la prima volta nella legislazione italiana nel 1993, in una Circolare del Ministero dell’interno che disponeva la competenza della magistratura minorile su tutti i provvedimenti della pubblica amministrazione e ribadiva la necessità di rilascio di permesso di soggiorno provvisorio ai sensi della l. n. 39/1990.

Successivamente, l’art. 1, co. 2 d.p.c.m. n. 535/1999 definisce il minore solo quale soggetto «non avente cittadinanza italiana o di altri Stati dell’UE che, non avendo presentato domanda di asilo, si trova in Italia privo di assistenza e rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell’ordinamento italiano».

La definizione di minore straniero non accompagnato la ritroviamo, non da ultimo, nel d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, con il quale è stata recepita la Direttiva 2013/33/UE relativa all’accoglienza dei richiedenti asilo e che ne ha fornito una nozione ampia: l’articolo 2, co. 1, lettera e), definisce minore non accompagnato «lo straniero di età inferiore agli anni diciotto, che si trova, per qualsiasi causa, nel territorio nazionale, privo di assistenza e rappresentanza legale». Tale definizione è stata successivamente ripresa dall’art. 2 della l. 7 aprile 2017, n. 47, Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati, c.d. legge Zampa.

Per analizzare e ricostruire le pratiche e le procedure attraverso cui si giunge alla definizione di “minore straniero”, appare preliminarmente necessario precisare che tale identità è composta da due termini, “minore” e “straniero”, affinché si possa ben comprendere la condizione giuridica che si posiziona al confine tra due legislazioni di segno opposto. Il trattamento giuridico dei minori è infatti compreso tra la legislazione minorile, orientata ai principi di protezione e tutela, e quella sulla condizione dei cittadini stranieri, legislazione di pubblica sicurezza caratterizzata da principi di difesa dei confini e controllo dei flussi in ingresso¹. Il minore straniero non accompagnato (MSNA) nel corso degli anni ha dunque assunto un doppio ruolo sociale: in quanto minore è destinatario di un «tradizionale discorso pedagogico», come straniero diventa invece un pericolo per l’ordine pubblico². Sebbene siano considerati un “gruppo vulnerabile” che necessita di protezione, i minori soli sono vittime delle politiche restrittive in materia di immigrazione. I principi di tutela e protezione dell’infanzia e dell’adolescenza, sanciti dalle Convenzioni Internazionali ratificate dai Paesi europei e dall’Italia, vengono disattesi e violati perché la preoccupazione di fronteggiare l’immigrazione prevale sui diritti dei minori.

1. Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti del Fanciullo del 1989, il Codice Civile, la l. n. 184/83, TU 286/98 come modificato dalla l. n. 189/02, d.p.c.m. n. 535/99.

2. Petti G., *Il male minore. La tutela dei minori stranieri come esclusione*, Ombre Corte, Verona, 2004.

Come sostiene Gabriella Petti «il minore straniero può essere definito con una certa approssimazione, come un costrutto sociale, ossia il prodotto dell'interrelazione tra le costruzioni e le rappresentazioni sociali del minore e dello straniero; entrambe sono caratterizzate da una forte ambivalenza che si traduce nel binomio tra tutela e controllo e in sostanza tra inclusione ed esclusione»³. Il minore straniero non accompagnato è, al contempo, una particolare figura di straniero e di minore e dunque destinatario di una normativa specifica che nel corso degli anni non è sempre riuscita a tutelare i diritti dei minori stranieri in quanto minori, prevalendo la legislazione in materia di immigrazione.

Dai primi arrivi in Italia, i minori stranieri non sono stati riconosciuti quali “soggetti attivi di diritto” conformemente al diritto internazionale e, quindi, non è stata considerata la possibilità che potessero avere motivi per chiedere asilo quali autonomi soggetti di diritto. È dovuto trascorrere molto tempo prima che ci si ponesse nei confronti dei minori soli considerandoli quali potenziali richiedenti protezione, al pari degli adulti. Ma, tuttora, la condizione dei minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo è caratterizzata da un silenzio politico prima ancora che mediatico. Nella narrazione politica dell'immigrazione non emerge che, secondo stime dell'UNHCR, quasi la metà delle persone in fuga dai propri Paesi sono minori di età ed a volte addirittura bambini. La presenza dei minori all'interno delle migrazioni emerge solo nelle notizie di cronaca, quando vengono coinvolti in eventi tragici, come ad esempio le morti in mare. Ma è una narrazione estemporanea, apolitica che non mette assolutamente in discussione il nesso tra le scelte politiche governative e i morti d'immigrazione. Inoltre, al di là di *report* specialistici, raramente nei *media* italiani viene riportata la drammatica situazione dei minori non accompagnati potenziali richiedenti asilo che sono trattenuti in Libia, nei campi in Grecia o dei minori bloccati in condizioni drammatiche lungo la rotta balcanica (Bosnia, Croazia, Slovenia). Molti minori soli sono coinvolti nei respingimenti che continuano ad avvenire via mare, alle frontiere italiane sia terrestri che aeroportuali. Ma tutto ciò viene taciuto nella narrazione dell'immigrazione dei vari governi che si sono succeduti dagli anni Novanta e fino ad oggi.

Il silenzio sui dati e sulle statistiche dei minori arrivati in Italia, come tali identificati e sulla condizione dei minori ai confini dell'Italia si estende al silenzio su quella che è la loro condizione di vita nel nostro Paese, sulla loro condizione giuridica e sulle effettive prospettive al compimento della maggiore età. Nel clamore che ha sempre più assunto il fenomeno migratorio non appare comprensibile o di immediata lettura il silenzio che circonda i minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo. È pur vero che è particolarmente difficile la costruzione sociale del minore come nemico, ma tacere la rilevanza

3. Petti G., *op. cit.*, p. 42.

della presenza dei minori soli all'interno dei flussi migratori, agevola la costruzione dell'immagine dell'immigrazione come fattore di rischio e pericolo⁴.

I primi minori non accompagnati arrivarono in Italia nel '91. Tra il 7 e il 10 marzo, attraversando lo stretto di Otranto, circa 25.700 albanesi a bordo di piccole imbarcazioni arrivarono a Bari, Brindisi e Otranto. In quel periodo «classe politica e opinione pubblica assunsero un atteggiamento generalmente positivo verso chi fuggiva dall'Albania e il governo, in deroga alla legge Martelli, rilasciò un permesso di soggiorno provvisorio di 6 mesi per trovare lavoro e alloggio»⁵. Ad agosto ci fu una nuova ondata di sbarchi, tra cui l'arrivo di 10.000-12.000 persone, stipate a bordo della *Vlora*, a Bari il 9 agosto 1991. L'atteggiamento fu completamente differente e il Governo li considerò «clandestini», riservando loro un trattamento disumano e degradante, ammassandoli sulla banchina del porto, dissetandoli con getti d'acqua, infine trattenendoli nello stadio della città e lanciando viveri dagli elicotteri. Ma la storia non ammette memorie parziali e, al di là della ricostruzione della memoria, quello che accadde a Bari fu la prima sperimentazione in Italia di trattenimento di migranti, anche minori, e di espulsioni collettive. Dal 17 agosto, chi non riuscì a fuggire dallo stadio fu rimpatriato via mare e chi si ribellò fu rimpatriato in aereo con l'inganno di un trasferimento al nord. Nella rimozione collettiva non si racconta che, insieme agli adulti, giunsero in Italia anche circa 2000 minori soli. Prima di allora, ci fu un solo altro episodio di arrivo di minori soli, quando ne arrivarono in Italia circa un centinaio all'interno del flusso migratorio che seguì agli eventi in Ungheria nel 1956, ma tutti vennero accolti in famiglia o in centri di accoglienza.

Nel 1991, quando iniziò l'emigrazione dall'Albania, l'Italia aveva da poco ratificato, con la legge n. 176, la Convenzione ONU sui Diritti dell'infanzia approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989. L'associazionismo, gli enti locali e i Tribunali per i minorenni, partendo dal principio di far crescere i minori all'interno delle famiglie di origine, operarono esclusivamente sul rientro dei minori in Albania. Infatti, in pochissimo tempo, circa 800 minori, di cui la maggior parte con meno di 14 anni, furono rimpatriati. Degli altri, circa 200 divennero presto maggiorenni, mentre dei restanti se ne persero le tracce. Il Consiglio Italiano per i Rifugiati, su incarico dell'UNHCR, organizzò il rimpatrio dei minori, previo loro ascolto e dopo aver informato i Tribunali per i minorenni; la Croce Rossa albanese invece si occupò della ricerca delle famiglie di origine rimaste in Albania.

L'arrivo dei minori albanesi nel 1991 ha, dunque, segnato l'avvio del flusso dei minori soli in Italia e della sperimentazione di politiche di «contenimento» dei flussi, anche in violazione di diritti umani fondamentali.

4. Gjergji I., *L'asilo dei minori*, «DEP - Deportate, esuli, profughe», 34, 2017, p. 84.

5. Einaudi L., *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità ad oggi*, Laterza, 2007.

Poco dopo ci fu un flusso dai Balcani (in particolare dalla Romania), cui seguirono arrivi di minori soli dal Marocco, dalla Tunisia e dall'Algeria.

Nel 1997 in Albania ci furono dei disordini politico-economici che determinarono una nuova ondata di arrivi, tra cui moltissimi minori soli. A seguito di questo nuovo flusso migratorio, nel dicembre 1997 il S.S.I. (Servizio Sociale Internazionale) firmò una prima Convenzione con il Dipartimento Affari Sociali della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nell'ambito di un progetto di aiuti Italia-Albania, per l'assistenza e il rimpatrio e il reinserimento dei minori albanesi. Tale Convenzione, rinnovata negli anni successivi, nel 2000 fu estesa a tutti i minori stranieri non accompagnati presenti sul territorio italiano. Il S.S.I. si adoperò molto per rendere attivo e funzionale il monitoraggio delle situazioni delle famiglie di origine dei minori. Attraverso il lavoro di sensibilizzazione delle autorità locali vennero attivate azioni di contrasto alla partenza ed anche iniziative finalizzate al rimpatrio dei minori, compresi programmi formativi con incentivi alle famiglie.

Durante la guerra nella *ex* Jugoslavia e nel Kosovo ci fu una nuova ondata di persone in fuga dal conflitto e dalla violenza, che coinvolse la popolazione civile, compresi i minori. Ma i dati ufficiali non riportano un grande numero di minori soli giunti in Italia. Appare dunque verosimile ritenere che molti minori non si dichiararono minorenni all'arrivo, oppure non furono identificati come tali o vennero affidati di fatto – direttamente all'arrivo – alle figure adulte che li accompagnavano e non ci fu la necessaria attenzione al fenomeno e alla protezione dei minori. L'Italia era completamente impreparata e rispose in modo estemporaneo e confuso, con un approccio meramente emergenziale.

Il vuoto giuridico normativo del periodo, l'assenza di politiche, portò gli enti locali a dare risposte esclusivamente locali, determinando una situazione di eterogeneità sul territorio nazionale.

2. L'invisibilità del minore richiedente asilo

I minori stranieri non accompagnati richiedenti protezione internazionale, all'interno del più ampio gruppo dei minori giunti soli in Italia, rappresentano il segmento più vulnerabile. Sono minori che hanno abbandonato il Paese di origine per sfuggire a guerre, situazioni di conflitto generalizzato, persecuzioni per motivi politici, etnici, religiosi, per appartenenza a gruppo sociale particolare, per orientamento sessuale o appartenenza di genere, per violazioni dei diritti dell'infanzia. Possono anche aver lasciato il loro Paese con familiari, ma possono essere giunti in Italia da soli. Se tutti i minori soli presentano una triplice vulnerabilità dovuta al fatto di essere minori, soli e stranieri, per i minori costretti a fuggire dal proprio Paese alla ricerca di protezione e per riconoscimento dei diritti negati, la vulnerabilità è maggiore. I minori soli e

richiedenti protezione internazionale sono portatori di bisogni particolari e necessitano ancor più di attenzioni particolari, sia in ordine all'accesso e al riconoscimento della protezione internazionale, sia in ordine all'accoglienza.

La Convenzione di Ginevra del 1951, sotto il profilo giuridico, costruisce una precisa figura sociale di rifugiato. Sebbene la definizione di rifugiato contenuta nell'art. 1(A)2 della Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati del 1951 e nel Protocollo del 1967 si applichi a tutti gli individui indipendentemente dalla loro età, è stata tradizionalmente interpretata considerando le esperienze affrontate dagli adulti, con la conseguenza che le richieste di asilo presentate da minori, nella maggior parte dei casi, sono state valutate in modo errato o inadeguato, o non sono state affatto considerate.

Le specifiche forme di persecuzioni esercitate nei confronti dei minori non sono esplicitamente contemplate all'interno della Convenzione di Ginevra. Per un lungo arco di tempo non lo sono state anche in altre fonti normative, sia internazionali che nazionali, e pur nella crescente attenzione degli Stati alle violenze, agli abusi e alle discriminazioni subite dai minori, le specifiche forme di persecuzione non sono state pienamente recepite nelle procedure di riconoscimento dello *status* di rifugiato, incidendo fattori quali l'età e la maturità. A conferma di tutto ciò, nel dicembre 2009 sono intervenute le raccomandazioni delle Nazioni Unite, proprio per una interpretazione più estensiva della Convenzione di Ginevra, con le Linee Guida sulla protezione internazionale – Richieste di asilo di minori ai sensi degli articoli 1(A)2 e 1(F) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativo allo *status* di rifugiato. Precedentemente, il Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti del Fanciullo, in riferimento alla definizione di rifugiato: «[...] deve essere interpretata in modo adeguato sia all'età che al genere, prendendo in considerazione i motivi specifici, così come le particolari forme e manifestazioni di persecuzione subite dai minorenni. Alcune tipologie di persecuzione dei minori che potrebbero giustificare il riconoscimento dello *status* di rifugiato, se fondate su uno dei motivi previsti dalla Convenzione di Ginevra del 1951, comprendono: la persecuzione di familiari, il reclutamento minorile, il traffico dei minori a scopo di prostituzione, lo sfruttamento sessuale e le mutilazioni genitali femminili. Gli Stati, pertanto, nel definire le procedure nazionali di determinazione dello *status* di rifugiato, dovrebbero prestare attenzione a queste specifiche forme e manifestazioni di persecuzione ai danni dei minori così come alla violenza di genere»⁶.

Nelle Linee Guida del 2009, viene sottolineato che il termine di persecuzione può essere considerato comprensivo di gravi violazioni dei diritti umani, tra cui la minaccia alla vita e alla libertà, come anche altre situazioni

6. Comitato delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, *Commento Generale n. 6 (2005): Trattamento dei minori separati dalle proprie famiglie e non accompagnati, fuori dal loro Paese d'origine*, CRC/GC/2005/6, settembre 2005.

intollerabili valutate anche in relazione all'età e alla condizione psicologica del richiedente; il maltrattamento che non raggiunge il livello di persecuzione nel caso di un adulto può invece raggiungerlo nel caso di un minore.

Importante passaggio è quello in cui viene ribadito che le esigenze socio-economiche dei minori sono spesso più impellenti di quelle degli adulti, anche in considerazione degli specifici bisogni evolutivi, e che la privazione dei diritti economici, sociali e culturali può essere rilevante nella valutazione della richiesta di asilo di un minore esattamente quanto la privazione dei diritti civili e politici. Oltre alle forme di persecuzione che possono riguardare tanto gli adulti che i minori, tra le forme di persecuzione specifiche contro infanzia e l'adolescenza vengono riconosciuti l'arruolamento, la tratta, le mutilazioni genitali femminili, la violenza familiare e domestica, i matrimoni precoci, la servitù per debito, il lavoro forzato, l'impiego di minori al fine di prostituzione e pornografia e altre attività illecite, l'appartenenza ad un determinato gruppo sociale (ad es. bambini o ragazzi di strada).

Questo intervento di fatto sottolinea la grave disattenzione che, per lo meno fino a quel momento, c'era stata nei confronti dei minori, nella presentazione e/o nella valutazione delle loro richieste di asilo. Questo limite giuridico, insieme ad altri problemi inerenti le procedure e prassi utilizzate sin dal momento dell'arrivo, hanno complicato, ritardato o impedito l'accesso e il riconoscimento della protezione internazionale per i minori.

L'evoluzione della normativa comunitaria in materia di protezione internazionale, va nella direzione di una maggiore attenzione alla specifica condizione dei minori richiedenti asilo. Nell'elenco degli atti di persecuzione vengono introdotti quelli specificatamente diretti contro l'infanzia.

Stessa attenzione nell'elenco dei requisiti per la valutazione della domanda di protezione delle Commissioni, dove anche l'età è un fattore di cui tener conto.

3. I dati delle richieste di asilo dei minori stranieri non accompagnati

Tutt'oggi non esiste una banca dati che ricostruisca il numero delle richieste di asilo presentate da minori stranieri non accompagnati dal 1999, né sono disponibili i dati relativi agli esiti di tali richieste. I dati sono ricavabili dal sito Eurostat che registra le richieste di asilo presentate da minori dal 2008 (si vedano le tabb. 1, 2, 3 e 4)⁷.

7. Fonte UNHCR.

Tab. 2 - Totale richieste di asilo

2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
575	415	305	825	970	805	2505	4070	6020	10005	3885

Tab. 3 - Msna richiedenti asilo fino a 14 anni

2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
60	15	15	30	5	10	35	50	50	80	35

Tab. 4 - Msna da 14 a 15 anni

2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
45	50	35	75	30	85	200	200	365	785	305

Tab. 5 - Msna da 16 a 17 anni

2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
470	350	260	720	935	715	2270	3820	5605	9140	3545

Sul sito del Ministero dell'interno, i quaderni statistici dal 1990 ad oggi riportano i dati della Commissione nazionale asilo, ma solo dal 2014 risultano dati disaggregati per genere e dal 2016 anche per età, senza alcuna indicazione relativa ai minori soli nel complessivo dato riguardante i minori. Dal 2015 sono riportati gli esiti delle richieste di asilo, anche in riferimento ai minori, ma senza distinzione tra minori accompagnati e non.

Il dato che possiamo rilevare è la percentuale elevata di riconoscimento della protezione umanitaria per le domande di asilo presentate da minori (accompagnati e non), probabilmente in considerazione della minore età come fattore di vulnerabilità ed il dato relativo alla percentuale di dinieghi evidenzia la scarsa attenzione alle specifiche forme di persecuzione.

Altri dati li ricaviamo dai Rapporti elaborati dal Ministero del lavoro⁸:

L'analisi comparata tra le varie fonti fornisce diversi indicatori sulla condizione dei minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo nel corso degli anni. Dalla disamina delle presenze emergono diverse considerazioni e rifles-

8. www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/minori-stranieri/Pagine/Dati-minori-stranieri-non-accompagnati.aspx.

sioni, sia in relazione alle nazionalità di provenienza che indicano il mutare delle rotte, i conflitti in corso e le situazioni di violenza, il coinvolgimento dei minori in guerre e conflitti o situazioni di violenza, sia la fascia di età e l'accesso alla procedura di richiesta della protezione internazionale.

Esaminando i dati della Commissione nazionale asilo sulle richieste di asilo presentate da minori stranieri non accompagnati e i dati del Comitato minori stranieri sul numero dei minori segnalati al Comitato stesso, per gli anni 2008, 2009, 2010, colpisce la presenza di minori appartenenti a nazionalità quali Afghanistan, Somalia, Eritrea, Iraq anche tra i minori censiti dal Comitato (dunque non richiedenti asilo). Appare, dunque, del tutto ragionevole dedurre che un numero significativo di minori non accompagnati, provenienti da Paesi caratterizzati da conflitti in atto o grave instabilità politica e sociale, non ha avuto accesso alla procedura di asilo. Non possiamo accertare se gli stessi abbiano avuto accesso alla procedura di richiesta di asilo successivamente alla segnalazione al Comitato minori stranieri e quindi successivamente espunti dalle statistiche del comitato, ma il dato è un indicatore importante⁹.

Un ulteriore dato da evidenziare è, per l'anno 2010, l'alta percentuale di minori irreperibili tra i minori segnalati al Comitato: osservandone le nazionalità, è possibile notare che la percentuale di irreperibili sia di gran lunga più alta proprio per le nazionalità di potenziali richiedenti asilo¹⁰.

I dati sono anche indicativi della modifica del sistema di accoglienza che si è mostrato sempre più attento a considerare i minori soli che arrivano in Italia, non più solo come minori soli che necessitano di protezione in quanto minori privi di figure adulte di riferimento, ma come soggetti che necessitano di protezione in quanto vittime di persecuzioni anche connessi alla condizione di minori di età.

È necessario precisare che, dai dati in nostro possesso, sfuggono i minori che sono stati respinti alle frontiere, quelli non intercettati perché si sono dichiarati maggiorenni, coloro che sono stati identificati erroneamente come maggiorenni per le improprie procedure di accertamento dell'età, i minori che si sono allontanati. Possiamo verosimilmente immaginare che molti tra loro erano potenziali richiedenti protezione internazionale.

Negli ultimi due anni il numero di minori giunti in Italia soli, senza riferimenti parentali, ha registrato un importante decremento soprattutto a causa delle scelte politiche della gestione dei flussi migratori. Pertanto appare plausibile dedurre che moltissimi minori non accompagnati, potenziali richiedenti

9. ASGI, A.I.C.C.R.E. (Associazione Italiana per il Consiglio dei Comuni e Regioni d'Europa), Caritas Italiana, Communitas Onlus, e il CeSPI. (Centro Studi politiche internazionali), *Il diritto alla protezione, La protezione internazionale in Italia, quale futuro?*, Studio sullo stato del sistema di asilo in Italia finanziato dal Fondo Europeo per i Rifugiati, Programma annuale 2009, pp. 214-215.

10. *Il diritto alla protezione...*, op. cit., p. 215.

asilo, siano bloccati alle frontiere. Nel 2018, 3.534 minori soli hanno attraversato il Mediterraneo e raggiunto l'Italia, precisamente il 17,7% in meno rispetto ai minori sbarcati nel 2017 (15.731). Nel 2014 i minori sbarcati sono stati 13.026, nel 2015 12.360, nel 2016 25.846¹¹. A maggio del 2018 è stata registrata la percentuale di arrivi più alta dell'anno, i minori stranieri non accompagnati hanno costituito l'82,7% del totale dei minori arrivati in Italia. Le principali nazionalità di minori stranieri non accompagnati giunti in Italia nel 2018, sono state la Tunisia (26,6%), l'Eritrea (17,9), la Guinea (7,1%), l'Iraq (5,4%), seguiti dal Pakistan (5,2%), il Sudan (5,1%), la Costa d'Avorio (5,0%) e la Nigeria (2,6%).

Secondo i dati del Ministero dell'interno nel 2018, su una presenza nel sistema di accoglienza di 10.787 minori stranieri non accompagnati, sono state presentate 3.676 domande di protezione internazionale; nel 2017 sono state 9.782 richieste, 5.639 nel 2016, 3.959 nel 2015 e 2.505 nel 2014.

Al 31 dicembre 2018, secondo i dati della Direzione generale immigrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, risultavano irreperibili 5.828 minori stranieri non accompagnati, principalmente provenienti da Eritrea, Tunisia, Somalia ed Afghanistan¹².

4. L'accesso alla procedura

Se pur, allo stato attuale, la normativa contenga diverse disposizioni a riguardo dei minori stranieri non accompagnati richiedenti protezione internazionale, permangono una serie di gravi criticità in relazione all'accesso alla procedura di richiesta della protezione internazionale.

La prima criticità riguarda la fase dell'arrivo dei minori: nel corso degli anni, uno dei principali punti critici è stata la precoce e corretta individuazione dei minori stranieri non accompagnati ai valichi di frontiera e nelle zone di sbarco. Moltissimi minori stranieri non accompagnati non sono stati identificati come tali sia per le sommarie procedure di identificazione e accertamento dell'età, sia per l'assenza di adeguata informativa legale da parte di operatori specializzati. Per tali ragioni, moltissimi dei minori giunti in Italia sono stati trattati come maggiorenni, destinatari di provvedimenti di espulsione, trat-

11. European Migration Network (EMN), *Rapporto su asilo e immigrazione in Italia*, 2018.

12. Secondo i dati forniti dal Commissario straordinario per le persone scomparse nella XVIII Relazione - Secondo semestre 2017, pubblicata in data 14 febbraio 2018, i minori stranieri scomparsi sono 38.049, 4.247 in più rispetto al 30 giugno 2017 (33.802), con un aumento del 12,56%. Il fenomeno degli allontanamenti dei minori stranieri dai centri di accoglienza si conferma di certo come la fattispecie più preoccupante e complessa, in tema di gestione dei msna.

tenuti nei centri di detenzione, dispersi sul territorio privi della necessaria tutela e protezione, esposti a situazioni di pregiudizio e sfruttamento e di fatto impediti a presentare richiesta di protezione internazionale. Per le medesime ragioni, non è stata favorita l'emersione di particolari situazioni tra coloro che si sono dichiarati maggiorenni anche per indicazioni dei trafficanti o perché vittime di tratta.

La detenzione e il trattenimento dei minori è questione risalente nel tempo. Secondo quanto riportato da organizzazioni non governative e in vari rapporti, nel corso degli anni la detenzione illegittima di minori e minori richiedenti asilo è avvenuta soprattutto dopo il loro arrivo alla frontiera marittima, «coinvolgendo centinaia di minori, senza alcuna base legale certa e senza conferma da parte di un'autorità giudiziaria. Tale privazione della libertà è stata messa in atto presso strutture di detenzione collettiva, le cui caratteristiche destano molte preoccupazioni anche in relazione alle condizioni di vita e di detenzione dei soggetti vulnerabili»¹³.

Tuttora, la condizione dei minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo all'arrivo presenta diverse criticità e violazioni: respingimenti alle frontiere, sommarie procedure di identificazione al momento dell'arrivo, assenza di una tempestiva ed adeguata informativa legale, procedure in violazione alla normativa vigente per l'accertamento dell'età, trattenimento negli *hotspot* e nei CPR, trattamenti degradanti, accoglienza in contesti non adeguati alla loro condizione di minorenni e in condizioni di promiscuità con adulti o la mancanza di accoglienza, le difficoltà di accesso alla richiesta di protezione internazionale per prassi non conformi alla normativa vigente, ritardi nella nomina dei tutori. Per i minori che non arrivano in Italia a seguito di sbarco ma ai porti adriatici, attraverso le frontiere terrestri o con piccoli sbarchi di difficile tracciabilità, i *report* di organizzazioni non governative riportano respingimenti, mancato collocamento in luogo sicuro, difficoltà di accesso alla procedura di richiesta della protezione internazionale.

5. Il riconoscimento della protezione

Altra criticità che impatta il diritto d'asilo per i minori non accompagnati riguarda il meccanismo del riconoscimento della protezione internazionale. Il tema del diritto d'asilo e alla protezione è un tema particolarmente complesso e attiene una molteplicità di piani e c'è una, ancora sottovalutata, interdipendenza tra aspetti giuridici, amministrativi, sociali, sanitari, culturali. Diversi aspetti che intervengono ed a volte, o più correttamente spesso, confliggono.

13. Amnesty International, *Invisibili, minori migranti detenuti all'arrivo in Italia*, EGA editore, 2006, pp. 15-16.

Tutti gli operatori che, a vario titolo, intervengono in una materia che attiene i diritti fondamentali, dovrebbero avere la capacità di leggere questa complessità che trova il proprio centro nel corpo (fisico, emotivo, sociale e culturale) del/della richiedente asilo perché è sul quel corpo che è stata agita la violenza e la negazione dei diritti fondamentali. In caso di minori richiedenti asilo, le figure professionali dovrebbero essere qualificate e adeguatamente formate in materia di ascolto di minori, saper utilizzare strumenti appropriati, saper scegliere luoghi idonei e riconoscere le necessità dei tempi. Tutto ciò attiene ad un sistema di accoglienza adeguato, in riferimento non solo ai luoghi bensì a tutto il sistema che si interfaccia con i richiedenti asilo minori: le questure che ricevono la richiesta di asilo, i servizi sociali, i Tribunali per i minorenni, gli operatori delle strutture di accoglienza, chi esercita la funzione decisionale e agisce il riconoscimento o la negazione del diritto (Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, giudici).

Se il riconoscimento del diritto d'asilo ha al centro la narrazione di sé e della memoria traumatica, essenziale è l'ascolto del richiedente come punto cardine per la garanzia di un effettivo diritto d'asilo. Appare dunque necessario comprendere i minori senza comprimerli, comprenderne il bisogno di riconoscimento e di giustizia senza forzarli in percorsi amministrativi che sono percepiti come un'ulteriore violenza perché muovono da presupposti completamente differenti da quelli conosciuti ed incomprensibili. Il diritto deve necessariamente partire dalle persone e dalla narrazione di sé, dal Paese e dal sistema culturale di provenienza: elementi che per i minori appaiono ancora più rilevanti che per gli adulti. Rilevanti sono le circostanze individuali e contestuali di ciascun richiedente: l'età, il genere, l'identità di genere e l'orientamento sessuale, la cultura, lo *status* sociale ed economico, il contesto familiare, l'istruzione, lo stato di salute, la religione, i traumi, ecc., sia ai fini dell'individuazione della persecuzione o del danno grave, ma anche per i profili di consapevolezza o di piena consapevolezza.

Nel caso di richiedenti asilo minori assume una rilevanza maggiore conoscere il percorso migratorio non solo perché rileva, ma anche perché gli eventuali abusi, violenze ed eventi traumatici vissuti durante il viaggio possono avere una incidenza notevole sulla memoria emotiva e sulla elaborazione o rivisitazione del vissuto persecutorio che ha determinato l'esigenza di fuga. Non è semplice la raccolta della memoria personale di chi, qualunque sia il motivo della partenza dal Paese di origine, vive un'esperienza traumatica nel percorso migratorio (Libia, Iran, Turchia, Grecia, Ungheria, Bosnia, Croazia, ecc.) e può vivere eventi traumatici anche all'arrivo in Italia (trattenimento negli *hotspot*, identificazione forzata, assenza di informativa legale, non comprensione linguistica, detenzione amministrativa, mancato accesso alla procedura di richiesta della protezione internazionale, mancato accesso all'accoglienza, mancata possibilità di contattare i famigliari). Occorre tempo, occorre costruire una relazione empatica e un rapporto di fiducia, occorre saper decostruire

sovrastrutture e strategie di difesa dal dolore. È necessario avere uno spazio ed un luogo dedicato, professionalità. Bisogna saper ascoltare, decodificare, leggere gli indicatori, riconoscere il linguaggio non verbale, rispettare il tempo del dolore.

Riconoscere e rispettare i vuoti, i salti temporali, la discontinuità e anche l'apparente assenza di coerenza. Il racconto traumatico non rimane sempre identico a prescindere dal tempo trascorso e dalle esperienze vissute successivamente, soprattutto in minori che durante il percorso migratorio hanno attraversato anche passaggi di crescita, dall'infanzia all'adolescenza e all'età adulta. Può essere difficile mettere in ordine cronologico gli eventi, ricostruire episodi, ricordare luoghi e persone, collegare un evento all'altro.

Inoltre, in sede di audizione le domande non seguono uno schema cronologico lineare, ma si muovono avanti e indietro nel tempo, tra la storia di vita e quella della persecuzione, tra la fuga e il viaggio, interrompendo continuamente il flusso della narrazione con domande che mirano a testarne l'attendibilità. Questa modalità di condurre l'ascolto e le domande, nella evidente situazione di soggezione in cui si trova il richiedente tanto più minorenne, genera solo confusione perché non ne comprende il senso.

Il sistema attuale non facilita il riconoscimento delle vittime di persecuzione, ma anzi lo ostacola. Dall'assenza di accoglienza, all'inadeguatezza di molti circuiti che non riconoscono le vulnerabilità multiple e complesse di cui minori richiedenti asilo sono portatori, fino al sistema di riconoscimento della protezione e nella fase giurisdizionale che si apre a seguito di rigetto della richiesta di protezione internazionale.

Non è inoltre da trascurare che gli ascolti spesso avvengono in ambienti che non rispettano la *privacy*, con personale non sempre adeguatamente formato all'ascolto di minori.

6. Conclusioni

Si è cercato di evidenziare come, nel corso del tempo, il diritto di asilo per i minori stranieri non accompagnati sia stato caratterizzato da una scarsa attenzione in tutte le fasi. Allo stato attuale la situazione appare molto critica e il diritto d'asilo in Italia è generalmente molto compromesso per le politiche di esternalizzazione, per l'entrata in vigore del d.l. 113/18 convertito in l. 132/18, nonché per le prassi discrezionali e/o illegittime nell'applicazione della normativa vigente, che comportano gravi violazioni anche dei diritti dei minori, e per un sistema di accoglienza non sempre a misura di minore.

Le novità degli ultimi anni nella gestione delle politiche migratorie in Italia hanno riconfigurato il quadro normativo di riferimento, aggravando la condizione giuridica di tutti i cittadini stranieri, compresi i minori. A partire dal 2015, l'arretramento del diritto di asilo ha subito un'accelerazione con l'a-

dozione del c.d. approccio *hotspot*, su richiesta della Commissione UE e senza alcuna base normativa. Tutti gli stranieri rintracciati durante l'attraversamento della frontiera interna o esterna o giunti a seguito di operazioni di soccorso in mare, sono stati concentrati e trattenuti in alcuni punti di crisi ed in questo modo, sulla base di una illegittima classificazione come richiedenti asilo o migranti cd. economici, molti tra loro, compresi i minori, sono stati privati della possibilità di chiedere asilo ed espulsi.

Politiche e norme che, pur costituendo un'indiscutibile restrizione dei diritti e delle libertà per tutti e tutte, hanno un impatto ancora più rilevante su coloro che versano in situazione di vulnerabilità come le/i minori.

L'elevata percentuale di minori respinti, espulsi, trattenuti, impediti nell'accesso alla richiesta di asilo o ad un'accoglienza qualificata, minori che vedono rigettata la richiesta di protezione internazionale, nonché di minori che si allontanano rendendosi irreperibili, tra cui molti richiedenti o potenziali richiedenti protezione internazionale, rappresenta il fallimento del sistema di diritto, protezione e tutela dei minori e dei minori richiedenti asilo. I minori richiedenti asilo ricercano spazi entro cui esercitare il diritto di fuga da violenze, guerre, persecuzioni, violazioni dei diritti fondamentali. Il diritto di fuga che esprimono, contiene una precisa richiesta di cittadinanza che passa dal riconoscimento politico delle persecuzioni e della negazione dei diritti di cui sono stati vittime nel Paese di origine, durante il viaggio e anche nel Paese di arrivo.

Fallire su tutto ciò, vuol dire perpetuare un sistema di violenza nei confronti di minori che chiedono protezione ed esporli al rischio di sfruttamento e abusi di qualunque genere.

Parte V

Lo scenario futuro

*Natura della rivista e suo ruolo
nel dibattito pubblico e scientifico:
“quello che è stato” e “quello che dovrà essere”.
Passato e (possibile) futuro*

di *Bruno Nascimbene**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il contesto storico. – 3. L'ASGI e l'attenzione per l'attività informativa. – 4. Le prime iniziative. – 5. La nascita di «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza». – 6. Vent'anni di attività. – 7. Il futuro della rivista.

1. Introduzione

Sono trascorsi vent'anni dalla nascita della rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza» nel 1999. Nella vita di una persona, vent'anni sono ancora pieno tempo di gioventù e di entusiasmo, ma ci si avvia ad affacciarsi alla vita adulta, dopo l'energia dell'infanzia e le sfide dell'adolescenza.

Anche per la rivista sono stati anni importanti di crescita, nei quali sono intervenuti significativi cambiamenti sia “interni” (con l'aumento dei componenti della redazione ed un avvicendamento di direzione; il riconoscimento, quale rivista scientifica, da parte dell'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca e l'abbandono del supporto cartaceo), sia “esterni”, in un contesto generale che ha subito profonde trasformazioni (con l'adozione, finalmente, di una legge organica nella materia dell'immigrazione, il riconoscimento ed avvio di una competenza dell'Unione europea nei settori dell'immigrazione e asilo; l'aumento significativo della presenza migratoria nel nostro Paese; la centralità di tale tematica nel dibattito politico).

Ai fini di una riflessione sul ruolo che la rivista potrà svolgere in futuro, è utile ripercorrerne, brevemente, la storia ed il cammino compiuto in questi anni.

* Già Professore ordinario di diritto internazionale nell'Università di Genova e di diritto dell'Unione europea nell'Università di Milano. L'autore ringrazia la prof.ssa Alessia Di Pascale per il contributo alla redazione e revisione del presente lavoro.

Era il 26 febbraio 1990 quando un gruppo di giuristi, che già da tempo si occupavano di tali tematiche, diede vita all'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI), ispirandosi ad esperienze analoghe, compiute e in corso, in altri Paesi europei, quali l'Immigration Law Practitioners' Association (ILPA) e l'Association pour le droit des étrangers (ADDE) fondate rispettivamente nel 1984 nel Regno Unito e nel 1976 in Belgio, riunendo giuristi di varia provenienza (avvocati, magistrati, ma anche accademici ed esponenti della società civile). La crescente attenzione sia al fenomeno dell'immigrazione in Italia, che andava trasformandosi da Paese di emigrazione a meta di immigrazione, sia ai suoi effetti e conseguenze nel nostro Paese, sollecitarono l'avvio di un'iniziativa congiunta, con il fine di promuovere lo studio degli aspetti di carattere giuridico, attinenti alla condizione dello straniero e alla tutela dell'asilo, nonché alla disciplina della cittadinanza nell'ordinamento italiano. Un approfondimento che si intendeva condurre anche mediante un'analisi comparata degli ordinamenti di altri Stati, con un'attenzione particolare a quelli dell'allora Comunità economica europea, avuto riguardo agli strumenti internazionali esistenti, o in corso di elaborazione, in materia di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

L'Associazione, all'epoca da me presieduta, si proponeva varie finalità, che sarebbero state realizzate progressivamente negli anni: la formulazione di proposte per l'armonizzazione delle legislazioni nazionali nelle materie dell'immigrazione e della cittadinanza; la promozione della cooperazione con i vari attori istituzionali e della società civile che operano nel settore del diritto delle migrazioni, in Italia e all'estero; l'assistenza legale, l'intervento e la costituzione in giudizio per la tutela dei diritti dello straniero, nell'ambito degli scopi indicati.

Sin dalla sua costituzione era ben presente e chiara la finalità informativa e di approfondimento. Tra gli scopi istituzionali figuravano, infatti, la promozione di studi, incontri, convegni, iniziative editoriali e pubblicazioni, ponendo le basi per la successiva nascita della rivista.

2. Il contesto storico

Quanto era diverso il contesto italiano, europeo ed internazionale al momento in cui l'Associazione avviò i primi passi, non è facile dire e, in breve, descrivere. In Italia, alla fine degli anni Ottanta, la materia dell'immigrazione era ancora regolata da un *corpus* normativo composito e frammentario. Due interventi lo caratterizzano: uno sul lavoro subordinato, con la legge 30 dicembre 1986, n. 943; l'altro sull'ingresso e soggiorno con la c.d. legge Martelli (d.l. 30 dicembre 1989, n. 416 convertito in l. 28 febbraio 1990, n. 39) che pure dettava alcune norme in materia di asilo e *status* dei rifugiati, nella perdurante assenza di una legge sull'asilo che desse attuazione all'art. 10, co. 3, Cost. Dopo un succedersi di decreti legge e di sanatorie, imposte da ragioni di urgenza

ed opportunità, che denotavano tuttavia l'assenza di un disegno complessivo della materia, solo nel 1998, la c.d. legge Turco-Napolitano (legge 6 marzo 1998, n. 40) avrebbe rappresentato il primo tentativo di definire in maniera organica lo statuto dello straniero appartenente ad un Paese terzo, affrontandone i vari aspetti (ingresso; trattamento, incluso il complesso di diritti riconosciuti o da riconoscere, in molti casi in condizione di parità con il cittadino; e l'allontanamento), in attuazione della riserva di legge di cui all'art. 10, co. 2, della Costituzione. L'art. 45 della l. 40 delegava, invece, il Governo all'adozione di una disciplina applicabile ai cittadini "comunitari", che ne definisse in maniera organica le condizioni di ingresso, soggiorno ed allontanamento.

In ambito europeo, in assenza di una qualsiasi competenza della Comunità europea nella materia, qualche anno prima (1985) era stato sottoscritto tra cinque Stati membri (Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi) l'accordo di Schengen, con cui si intendeva eliminare progressivamente i controlli alle frontiere comuni e che avrebbe posto le basi per i futuri sviluppi delle politiche in materia di immigrazione e asilo. Nel giugno del 1990 veniva, quindi, firmata una Convenzione, entrata in vigore nel 1995, che completava l'accordo e definiva le condizioni di applicazione e le garanzie inerenti all'attuazione della libera circolazione. Dodici Stati membri, tra cui l'Italia, si riunivano, quindi, a Dublino per sottoscrivere la *Convenzione sulla determinazione dello stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli stati membri delle Comunità Europee*, meglio nota come "Convenzione di Dublino", oggi al centro (nella forma evoluta di Regolamento "comunitario") del dibattito politico ed oggetto di vani tentativi di revisione per adeguare il sistema ad un contesto di flussi migratori decisamente mutato.

Assenti dall'apparato originario dei Trattati istitutivi, le politiche di immigrazione e asilo ricevettero un primo assetto con il Trattato di Maastricht (firmato nel 1992 ed in vigore dal 1993) che, insieme ad altri settori riconducibili alla "giustizia e affari interni", ritenuti di interesse comune, le collocò nell'ambito del c.d. terzo pilastro. Solo pochi anni dopo, con il Trattato di Amsterdam (firmato nel 1997 ed entrato in vigore nel 1999), esse furono trasferite a pieno titolo nel c.d. "pilastro comunitario", seppure con modalità procedurali *sui generis*, ancora fortemente condizionate dal precedente quadro istituzionale intergovernativo.

E così, trattandosi di una competenza concorrente dell'Unione, da circa vent'anni la materia dell'immigrazione e asilo non è più nella piena "disponibilità" del legislatore nazionale il quale, pur mantenendo un ampio margine di discrezionalità, in ragione delle modalità di esercizio di detta competenza, attuata principalmente tramite Direttive, è soggetto ai criteri e ai principi definiti dal diritto dell'Unione europea¹.

1. In merito all'evoluzione che portò all'introduzione di una competenza dell'Unione europea nei settori dell'immigrazione e asilo, si permette di rinviare al nostro *Da Schen-*

Ma anche a livello internazionale, vent'anni fa, la situazione era molto diversa. Falliti i tentativi, succedutisi nel secolo scorso, di codificazione del trattamento dello straniero, iniziava ad emergere il diritto umanitario, fondato sul *corpus* di norme internazionali poste a tutela dei diritti umani, al cui sviluppo dettero un significativo impulso le Nazioni Unite. Pur senza mettere in discussione il tradizionale assunto che il controllo sull'ingresso, il trattamento e l'allontanamento sia una prerogativa essenziale della sovranità statale, quest'ultima è andata progressivamente erodendosi nella sua assolutezza, anche in virtù del principio di non discriminazione (la cui elaborazione con riferimento al trattamento dello straniero è stata promossa dalle Nazioni Unite alla fine degli anni Novanta) e che avrebbe progressivamente operato un ravvicinamento con il trattamento del cittadino. Un processo, questo, che è avanzato incontrando forti resistenze.

La Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, che rappresentava il tentativo di "rileggere" il complesso dei diritti umani con riferimento ad una categoria significativa di stranieri (già esistevano Convenzioni internazionali relative ad alcune categorie, rifugiati e apolidi), sarebbe stata firmata il 18 dicembre 1990 per entrare in vigore solo oltre un decennio dopo, con il sostegno di un numero limitato di Stati, espressione essenzialmente dei Paesi di origine e non di accoglienza dei migranti.

A livello europeo, pochi mesi prima, nel luglio del 1989, la Corte europea dei diritti umani aveva pronunciato una decisione "storica", nel caso *Soering c. Regno Unito*², affermando per la prima volta l'applicazione del divieto di tortura, di cui all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani, non ai soli trattamenti inumani o degradanti perpetrati da uno Stato contraente sul suo territorio, ma anche a quelli ai quali una persona sarebbe stata esposta in caso di estradizione. Il caso *Cruz Varas e altri c. Svezia*³ nel 1991 completò e puntualizzò l'affermazione, sancendone l'applicazione anche all'espulsione del migrante in posizione irregolare e con ciò ponendo un limite significativo alla libertà dello Stato nel regolare il trattamento dello straniero. Principio che (come si sarebbe chiarito negli anni successivi), non tollera alcun bilanciamento, dovendosi assicurare la protezione della persona quale valore assoluto, a prescindere dalla gravità di eventuali condotte lesive attuate⁴, che si sarebbe arricchito di una giurisprudenza significativa e sempre più dettagliata, spesso censurando le scelte politiche attuate a livello nazionale e contribuendo ad orientare il legislatore.

gen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia, Giuffrè, Milano, 1995. Sugli sviluppi di tali politiche, tra i molti contributi, si segnala il più recente di Amadeo S., Spitaleri F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2019.

2. Corte EDU, sentenza del 7 luglio 1989, ric. n. 14038/88.

3. Corte EDU, sentenza del 20 marzo 1991, ric. n. 15576/89.

4. Cfr. Corte EDU [GC], *Saadi c. Italia*, sentenza del 28 febbraio 2008, ric. n. 37201/06.

3. L'ASGI e l'attenzione per l'attività informativa

L'attenzione per la divulgazione, lo scambio e la condivisione di conoscenze, tra le varie "anime" (avvocati, magistrati e accademici) che hanno contraddistinto l'ASGI sin dall'inizio, in una fase di tanto significativa trasformazione ed evoluzione normativa, portò da subito a promuovere incontri e seminari, che riunivano rappresentanti delle istituzioni ed operatori del diritto, italiani e stranieri, estremamente qualificati. Così, solo pochi mesi dopo la sua costituzione, nel settembre 1990, un primo seminario sui "*Problemi applicativi della l. n. 39/90*" (dinieghi e ritardi nel rilascio del permesso di soggiorno, espulsione, ricongiungimento familiare, tutela giurisdizionale) e sulle future attività dell'Associazione, riunì una trentina di giuristi a Milano. I partecipanti convennero sulla necessità di intrattenere contatti utili e (il più possibile) frequenti al fine di consentire l'ampia circolazione e condivisione delle informazioni su casi, orientamenti giurisprudenziali, circolari e, a tal fine, sottolinearono l'opportunità di promuovere seminari e incontri con una certa periodicità.

Un secondo, più ampio, seminario dal titolo "*L'asilo, gli stranieri, i rifugiati*" si svolse, quindi, presso l'Istituto di diritto internazionale di diritto umanitario a Sanremo, nel dicembre di quell'anno, con interventi istituzionali, di funzionari della Comunità europea, dell'ACNUR e dell'OIM, affrontando e discutendo anche casi pratici e prassi applicative di norme.

Quella che sarebbe poi stata una modalità consueta di studio e approfondimento negli anni successivi, prendeva, quindi, avvio sin dalla prima fase di attività di ASGI. I primi soci riuniti a Milano nel settembre del 1990 posero in luce anche un'altra importante esigenza. La circolazione di informazioni non avrebbe dovuto limitarsi ad alcune occasioni di incontro infrannuali che, per quanto ben strutturate con interventi autorevoli, non sarebbero state sufficienti ad assicurare un aggiornamento costante in un contesto storico di profondi e frequenti cambiamenti, anche normativi. Il nascente diritto dell'immigrazione richiedeva, invero, un'attenzione più frequente e costante, che potesse raggiungere soci sparsi in tutta Italia, con approfondimenti puntuali e meditati che avrebbero potuto fornire un ausilio importante agli operatori del diritto, che negli anni si sarebbero avvicinati a tali temi e avrebbero dovuto applicare normative non sempre agevolmente coordinabili.

In quella prima riunione si sottolineò, pertanto, l'opportunità di predisporre un fascicolo o quaderno di documentazione relativo a ricorsi, decisioni, circolari. Prontamente fu predisposto, a novembre, un quaderno di *Casi e materiali*, che raccoglieva documentazione allo scopo di offrire, appunto, materiali per l'esame e la discussione. Si sottolineava che la suddivisione in parti, rispondente ad una necessità (minima) di coordinamento, sarebbe stata suscettibile di perfezionamento con l'aiuto dei soci e di tutti coloro che avrebbero voluto o potuto prestare la loro collaborazione.

L'anno successivo vide la luce il primo volume *Diritti dell'arrestato e processo penale*, una guida redatta in cinque lingue, curata insieme a Magistratu-

ra democratica e alla Camera Penale di Torino, con il sostegno del Comune di Torino e della Regione Piemonte. Come si legge, appunto, nell'introduzione al volume «i magistrati, gli avvocati e gli studiosi delle associazioni promotrici hanno ritenuto necessario predisporre un testo che risponda a criteri di semplicità e schematicità con lo scopo unico di rendere lo stesso comprensibile e fruibile anche da parte di persone del tutto ignare degli aspetti giuridici e tecnici dei problemi».

4. Le prime iniziative

Dopo quel primo fascicolo, forse più simile alle attuali schede di approfondimento monografico pubblicate ai nostri giorni sul sito di ASGI, nel maggio 1993 prese il via una nuova iniziativa: una *Lettera ai soci*, con periodicità mensile, contenente informazioni sulle attività dell'Associazione e documenti relativi a normativa, giurisprudenza, circolari, che rispondeva all'esigenza di un costante e periodico aggiornamento.

Poco alla volta emerse anche una necessità di approfondimento, che ispirata da esperienze straniere, cui si è accennato, pose le basi per la nascita della rivista.

Nel Regno Unito, già da diversi anni l'ILPA pubblicava il «Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law», una rivista trimestrale complementare rispetto alla circolare periodica per i propri soci, con una redazione composta di accademici e professionisti (avvocati, magistrati), che riportava e analizzava gli sviluppi della legislazione e della prassi in materia di immigrazione, asilo e cittadinanza, a livello nazionale e nel mondo, includendo commenti di esperti e note pratiche. Fu così che nell'autunno del 1998 fu pubblicato un "opuscolo informativo riservato ai Soci", intitolato «Diritto e Immigrazione», redatto a cura di ASGI e Magistratura democratica, quale strumento informativo interno alle due associazioni. Nella presentazione dell'iniziativa si sottolineava la necessità di una rivista, fruibile da tutti coloro che sono comunque interessati o coinvolti nella materia, che consentisse una tempestiva e puntuale lettura della giurisprudenza nell'ambito dell'immigrazione e che desse spazio al dibattito sulle principali questioni poste dal fenomeno.

Rispetto alle precedenti, ricordate iniziative, il c.d. "fascicolo zero" cominciava ad avere la struttura che poi avrebbe caratterizzato la rivista, con una suddivisione in una parte I (legislazione, circolari e pareri), una parte II (giurisprudenza, articolata per temi) e una parte III (commenti).

Non si trattava più, pertanto, di una mera circolare con le principali novità normative e giurisprudenziali, ma erano presenti cinque commenti su temi (ad esempio il numero ufficiale degli irregolari e il principio di *non refoulement* nel diritto internazionale e nella legislazione italiana sull'immigrazione) che mettono ben in luce come gli argomenti che animano il dibattito della materia

siano rimasti sostanzialmente invariati in vent'anni: come emerge chiaramente dal titolo di uno dei commenti ospitati nel primo fascicolo «Immigrati una minaccia?». Nell'introduzione curata da Pierluigi di Bari (magistrato) e Nazarena Zorzella (avvocata), che poi avrebbero diretto (con grande capacità e professionalità, oltre che con passione) la rivista per oltre quindici anni, si ricordavano "le chiacchiere sotto gli ombrelloni" dell'estate del 1998, riguardanti la nuova "invasione" di immigrati per lo più provenienti dal Nord Africa e approdati sulle isole siciliane e le polemiche sull'accesso alle coste italiane, e sul loro controllo militare, con rinnovate richieste di inasprimento delle sanzioni penali nei confronti degli ingressi irregolari e le accresciute preoccupazioni dell'opinione pubblica per i problemi della sicurezza. Di converso si sottolineava l'ancora scarsa conoscenza del fenomeno migratorio e la mancata distinzione tra le tipologie di flussi e di migranti, tutte accomunate da un senso di ostilità.

Rispetto ad allora è forse cambiata la provenienza geografica dei flussi, oggi molto più variegata e con una maggiore composizione di persone in fuga da guerre e conflitti civili, come è avvenuto soprattutto in questi ultimi anni, ma le istanze e gli argomenti che animano il dibattito e l'interesse odierno mettono in luce una preoccupante paralisi della discussione, che pare incapace di superare approcci e modalità troppo spesso demagogiche (oggi si direbbe populiste) per affrontare, con serietà, la sfida posta dalla mobilità umana.

5. La nascita di «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza»

L'interesse riscontrato da quel numero zero convinse dell'opportunità dell'iniziativa e nella primavera del 1999 vide la luce il primo numero di «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza». Rispetto al titolo iniziale si aggiungeva anche la parola "cittadinanza", in considerazione del fatto che in altri Paesi europei, dove lo studio del diritto dell'immigrazione si era già affermato, il tema della cittadinanza ne era considerato parte integrante.

«Diritto, Immigrazione e Cittadinanza» nacque come rivista cartacea trimestrale, con la pubblicazione di quattro fascicoli all'anno, grazie anche alla casa editrice FrancoAngeli, che fin da subito credette e sostenne il progetto e con la quale si è instaurata una collaborazione efficace e feconda. La struttura riprendeva la suddivisione del fascicolo zero, ma diventava prioritaria la parte di commento e approfondimento posta in apertura, con una nuova ripartizione tra "interventi" e "commenti", questi ultimi essenzialmente in forma di note alle pronunce più significative, posti in apertura dell'ampia rassegna di giurisprudenza che seguiva. In calce, i documenti (in quel primo numero tutte le circolari sulla regolarizzazione appena varata), nonché recensioni e segnalazioni.

Nell'introduzione, a cura dei presidenti delle due "anime" della rivista (Livio Pepino e Lorenzo Trucco) se ne evidenziavano le ragioni. Essa nasceva

dall'intenzione di «riconoscere centralità alla questione del diritto, cioè delle regole che presiedono a ingresso, soggiorno, diritti e doveri degli immigrati, a fronte di un fenomeno migratorio in atto in Europa, non riconducibile a un semplice spostamento di individui o di gruppi, bensì ad una risistemazione della popolazione del mondo guidata da fattori economici, demografici e politici destinati a permanere nel medio periodo».

Si precisava, inoltre, che essa si sarebbe articolata in quattro ambiti: approfondimento delle diverse questioni connesse con l'immigrazione, presentazione e analisi critica della giurisprudenza in materia, testi normativi (leggi, regolamenti, circolari), segnalazioni di iniziative, apparati bibliografici, strumenti di ricerca. L'ambito di riferimento territoriale sarebbe stato prevalentemente l'Italia, ma con una grande attenzione alla documentazione sovranazionale, europea in particolare. I destinatari erano individuati in giuristi e operatori del diritto, operatori sociali, enti locali, associazioni e sindacati.

Negli anni successivi la rivista ha accompagnato le evoluzioni normative che hanno caratterizzato l'ordinamento italiano. Avviata subito dopo l'approvazione della c.d. legge Turco-Napolitano, come si è detto la prima legge organica nella materia dell'immigrazione, poi confluita nel Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (d.lgs. 286/98), essa ne ha esaminato l'attuazione e le trasformazioni che sono seguite: l'adozione della c.d. legge Bossi-Fini, vari pacchetti e decreti sicurezza che si sono succeduti fino ai giorni nostri (segnando un orientamento progressivamente sempre più restrittivo ed ostile al fenomeno migratorio), ma anche gli adeguamenti imposti dalla nascente disciplina dell'Unione europea nella materia.

La struttura è rimasta sostanzialmente invariata, riunendo, se possibile in modo sistematico, analisi e commenti (contenenti considerazioni anche di politica del diritto, oltre che di esame e critica della legislazione e delle pronunce che maggiormente hanno inciso sulla disciplina); legislazione; giurisprudenza; recensioni e documenti utili per approfondimento e ricerca.

Si è prestata attenzione anche fuori dai confini nazionali, ospitando interventi di commentatori stranieri, in una prospettiva interdisciplinare, intesa ad esaminare convenientemente una materia dalle molte sfaccettature, che richiede competenze adeguate in numerosi settori del diritto (costituzionale, amministrativo, penale, famiglia, minori, internazionale e dell'Unione europea).

Negli anni, la rivista ha seguito e partecipato al dibattito nazionale sul diritto dell'immigrazione, offrendo occasioni sia di analisi ed approfondimento delle principali novità legislative e della giurisprudenza italiana e delle Corti europee, sia di dialogo e confronto tra "anime" di diversa provenienza e convinzione, non esitando a levare una voce, talvolta anche molto critica, di fronte a posizioni che sono apparse assai discutibili sotto il profilo dell'opportunità e della legittimità, oltre che del rispetto dei diritti fondamentali della persona.

6. Vent'anni di attività

L'evoluzione, anche interna, della redazione ben rappresenta la complessità delle attività legate alla pubblicazione della rivista. All'avvio dell'iniziativa, la redazione si componeva di sei persone, che in gran parte ne hanno accompagnato gli sviluppi, rimanendo presenti ed attivi ancora oggi, sebbene talvolta in posizioni e ruoli diversi. Oggi il Comitato editoriale si compone di ventiquattro persone, di diversa collocazione geografica e appartenenza scientifica, essendo rimasta ben presente la consapevolezza dell'ampiezza di una materia che richiede molte e diverse competenze per poter essere studiata e compresa adeguatamente. Parimenti essa ha mantenuto una compagine rappresentativa dei vari membri che l'hanno animata sin dall'inizio, continuando a riunire e tenere uniti studiosi, accademici, avvocati e magistrati.

Le trasformazioni, anche tecnologiche, che hanno accompagnato la società non sono rimaste estranee all'evoluzione della rivista. Essa, nel pieno della c.d. crisi migratoria, consapevole della portata che il dibattito e la conoscenza dei temi migratori stavano assumendo, ha subito le sue più significative, conseguenti trasformazioni. Anzitutto, di carattere metodologico, al fine di acquisire le caratteristiche richieste per la nuova classificazione delle Riviste da parte dell'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca ed afferenti al carattere scientifico della pubblicazione. Tra queste la sottoposizione a procedure di revisione dei contributi, formalizzate in modo da garantire trasparenza, autonomia dei revisori, nonché l'accertamento in ordine a specifici indicatori quali la composizione degli organi delle riviste, la diffusione nella comunità scientifica e provenienza degli autori, l'accessibilità dei contenuti, il carattere scientifico dei contributi e l'apertura internazionale.

Nel frattempo si è interrotta la collaborazione quasi ventennale con l'Editore FrancoAngeli ed è stata avviata una nuova fase con la pubblicazione *online*, accessibile a tutti gratuitamente, di «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», che consente di raggiungere una platea di lettori molto più ampia, e dunque non solo gli specialisti e gli operatori del settore. Questa apertura ad un pubblico diverso, e più ampio, non ha inciso sul rigore scientifico e giuridico, che da sempre ha caratterizzato la rivista e che è testimoniato dalla pluralità di professionalità che compongono il Comitato editoriale. Il passaggio all'*online* ha anche segnato un avvicendamento importante nella direzione, a Nazzarena Zorzella e Pierluigi di Bari succedendo, con entusiasmo, Cecilia Corsi (ordinario di diritto costituzionale). La struttura organizzativa della rivista si è arricchita di un comitato scientifico internazionale, che riunisce dieci personalità autorevoli in Europa, di varia provenienza professionale, e che ne testimonia la sempre maggiore apertura al mondo, nonché la volontà di promuovere la conoscenza e il dibattito, a livello nazionale ed internazionale oltre che nazionale.

La rivista, nel frattempo, è diventata quadrimestrale con la pubblicazione di tre numeri all'anno. Come già nella versione cartacea, sono pubblicati, ol-

tre ai saggi e ai commenti, gli osservatori sulle principali novità normative a livello nazionale ed europeo e le rassegne di giurisprudenza (europea ed italiana); una rubrica, infine, è sempre dedicata alle recensioni e ai materiali di ricerca. Ferma la sua impostazione, la rivista ha inteso accentuare la vocazione all'analisi e all'approfondimento, con l'intento di contribuire alla comprensione di un fenomeno sempre più complesso e problematico (e non solo dal punto di vista giuridico).

Il primo numero *on line*, all'inizio del 2017, è stato interamente dedicato alla protezione internazionale, nei suoi vari profili (con interventi di autori qualificati) relativi all'accoglienza dei richiedenti asilo, alle vittime della tratta di persone nel contesto della protezione internazionale, ai protocolli d'intesa sui corridoi umanitari e al loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione, alle informazioni sui Paesi di origine (COI) nella procedura di asilo e al dovere di cooperazione del giudice nell'acquisizione e nella valutazione della prova. Già con quel primo numero della rivista *online* se ne è delineato il "taglio", con analisi estremamente legate all'attualità (a seguito dell'afflusso significativo di persone giunte nell'Unione europea nel biennio 2015-2016 in cerca di protezione internazionale), con particolare attenzione ad aspetti specifici e tecnici, idonei ad elevare il piano dell'analisi, rendendola di effettiva utilità per gli operatori.

Inoltre, è stata resa evidente la nuova vocazione internazionale della rivista ospitando ben cinque interventi di studiosi stranieri, offrendo spunti di riflessione sulle politiche europee e contribuendo alla migliore comprensione del quadro giuridico attuato in altri Paesi per far fronte a quella situazione straordinaria di afflusso.

L'analisi rigorosa dei profili tecnico-giuridici strettamente legati all'attualità ha caratterizzato anche i numeri successivi, in questo facilitata dalla nuova modalità di pubblicazione, che consente una maggiore tempestività, riducendone sensibilmente i tempi. Nell'ultimo triennio sono stati ospitati commenti e riflessioni *a)* sulle principali novità normative, tra cui il c.d. decreto Minniti-Orlando che ha istituito le sezioni specializzate dei Tribunali in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione delle persone, intervenendo significativamente sulla procedura per il riconoscimento della protezione internazionale, sui due decreti sicurezza (che tanto hanno inciso sulla disciplina, sopprimendo tra l'altro un istituto peculiare del nostro ordinamento quale la protezione umanitaria), nonché su temi riguardanti il diritto internazionale del mare, in relazione alle politiche restrittive che hanno comportato il divieto di accesso ai porti italiani; *b)* sulle auspiccate riforme a livello europeo, quella del regolamento Dublino in particolare. Non è mancata l'attenzione al quadro giuridico all'estero, non solo in ambito europeo: precisamente, affrontando i temi degli *offshore detention centres* in Australia; della posizione della Corte Suprema degli Stati Uniti in merito al *Muslim ban*; della decisione del *Tribunal Supremo* spagnolo sulla mancata attuazione della ricollocazione.

7. Il futuro della rivista

La centralità assunta dal tema delle migrazioni nel contesto attuale e nel dibattito politico rende, oggi, ancora più essenziale, di quanto lo fosse vent'anni fa, un'analisi rigorosa e tecnica. Rispetto ad allora, tale tematica suscita ormai il vivo interesse, ed è oggetto di studio, da parte di una molteplicità di discipline scientifiche (politologiche, economiche, storiche, geografiche, antropologiche, economiche, ma anche mediche e statistiche).

Nessun ambito del sapere sembra poter prescindere dallo studio della mobilità umana e dal suo impatto sulla società di origine e di accoglienza del migrante, oltre che evidentemente, e principalmente, sulla persona stessa del migrante. In tale contesto, è cruciale il ruolo del diritto, relativo alla regolazione dei fenomeni, con interventi che, per quanto ispirati da ragioni politiche contingenti, debbono avvenire nel rispetto dei principi ispiratori dell'ordinamento, peraltro non più solo sanciti a livello nazionale.

Il ruolo di «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza» è fondamentale, quale unica rivista scientifica nazionale specializzata nel diritto degli stranieri e capace di associare, e coagulare, competenze e professionalità di alto valore, assicurando interventi puntuali e pregevoli sui temi indicati.

Il ruolo della rivista potrà essere mantenuto nel solco del progetto che lo ha ispirato, cioè assicurare un'informazione costante ed aggiornata sulle principali evoluzioni normative e giurisprudenziali, agli operatori del diritto e a chi, a vario titolo, si interessi della materia. Proprio la formula attuale, non più limitata ai soli soci (per quanto siano ormai centinaia rispetto ai fondatori iniziali), bensì liberamente accessibile *online* al pubblico, conferisce alla rivista una responsabilità ed un compito ancora più rilevanti: offrire un'informazione qualificata per una migliore comprensione dei fenomeni, auspicabilmente ispirando scelte politiche e, di riflesso, normative più mature e consapevoli nei prossimi anni.

L'auspicio è pertanto che, superati i vent'anni, nell'affacciarsi all'età adulta, la via tracciata possa continuare ad essere percorsa con successo, con una sempre maggiore apertura alle esperienze e agli interventi di esperti di altri Paesi, al fine non solo di evitare l'autoreferenzialità, ma di promuovere un proficuo scambio di idee, soprattutto a livello internazionale.

Nel concludere questa riflessione, un ringraziamento va a chi ha diretto con capacità, professionalità e passione, la rivista nella sua prima fase, curandone la nascita e lo sviluppo, e a chi ne ha assunto la responsabilità nella sua nuova versione, traghettandola (per così dire), con altrettanta capacità, professionalità e passione, verso una dimensione di sicuro successo.

I diritti, i giuristi, l'establishment

di *Livio Pepino**

«È innegabile che i giuristi siano spesso stati servi e strumento del potere, qualunque esso fosse; ma questo non significa che si debbano dimenticare quegli altri che hanno seguito la loro coscienza e le loro idee, indipendentemente da o perfino contro chi governava il mondo».

R.C. Van Caenegem

Sommario: 1. A cosa servono i giuristi? – 2. Il Sessantotto e non solo: una nuova cultura del diritto. – 3. Un'inversione di ruoli tra politica e giurisdizione? – 4. I giuristi e la tutela dei diritti: alcune precondizioni.

1. A cosa servono i giuristi?

A cosa *servono* i giuristi? Un tempo non c'erano dubbi. Sta scritto nella prima parte del passo di R.C. Van Caenegem citato in esergo («è innegabile che i giuristi siano spesso stati servi e strumento del potere, qualunque esso fosse») e lo ribadisce – con riferimento a una loro categoria ma con evidente portata generale – un grande storico del diritto inglese «i giudici delle corti erano stati i servitori del re [...]. Il re era la fonte di ogni giustizia; quelli non erano che i suoi deputati: era quella la teoria fondante del sistema, secondo la tradizione, ed era impossibile rompere con essa»¹.

In questo filone di pensiero si collocava, per quanto riguarda il nostro Paese, lo Statuto albertino che – *concesso* da Carlo Alberto nel 1848 – ha ac-

* Già magistrato, è stato presidente di Magistratura democratica, direttore di *Questione giustizia* e condirettore di «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza». È presidente della Associazione studi giuridici Giuseppe Borrè. Da sempre studia i fenomeni dell'ordine pubblico, della repressione penale e del diritto penale del nemico.

1. La citazione, risalente al 1908, è dello storico del diritto inglese Maitland F. ed è tratta da Diez-Picazo L.M., «Il modello europeo di magistratura: un approccio storico», in Romanelli R. (a cura di), *Magistrati e potere nell'Europa moderna*, Donzelli, Roma, 1995. Non disse, dunque, nulla di nuovo o di eversivo, salva la brutalità del tono, il pubblico ministero romano Franco Marrone quando il 2 maggio 1970, intervenendo in un dibattito a Sarzana, affermò che «i giudici sono servi dei padroni» (affermazione che procurò a lui e ai dirigenti di Magistratura democratica che la fecero propria un procedimento penale per vilipendio della magistratura, conclusosi con una piena assoluzione, da parte della Corte d'assise della Spezia, solo sei anni dopo).

compagnato la storia nazionale fino alla metà del Novecento: basta guardare al suo articolo 68, secondo cui «la giustizia emana dal Re, ed è amministrata in nome suo dai Giudici che Egli istituisce», con conseguente configurazione della giustizia, anche in termini istituzionali, come una semplice manifestazione del potere regio e dei giudici, appunto, come *servitori del re*. Del resto, più in generale, il carattere sovrastrutturale del diritto e il ruolo *servente* suo e dei suoi operatori rispetto al potere economico-sociale è un classico del pensiero politico, di destra e di sinistra.

Difficile, in questo contesto, attribuire ai giuristi un ruolo di garanti (o addirittura di promotori) dei diritti e delle libertà. Il quadro è stato peraltro sovvertito, almeno nelle intenzioni, dalla grande stagione delle Costituzioni intervenuta dopo la tragedia della Seconda guerra mondiale. Una stagione che ha inciso in maniera profonda anche sul ruolo del diritto e dei suoi interpreti, i giuristi appunto.

In sintesi, e per limitarsi al caso italiano. La Costituzione del 1948 è esplicita. L'art. 3, secondo comma, afferma solennemente che «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». Il senso della norma è univoco e dirompente: la società è caratterizzata da profonde ingiustizie e compete alle istituzioni (a tutte le istituzioni che costituiscono la Repubblica e, dunque, anche al sistema giudiziario e ai suoi diversi attori) impegnarsi, nel proprio specifico, per farle venir meno.

Il diritto – la Carta fondamentale – non si limita a fotografare e salvaguardare l'esistente e i rapporti di forza (come nella sua dimensione classica) ma si pone in modo critico nei loro confronti e affida ai suoi interpreti un compito non esclusivamente *conservativo* ma anche *innovativo* (di promozione, appunto, dei diritti e delle libertà). Per raggiungere quel risultato, poi, la Costituzione modifica radicalmente gli assetti della magistratura e della giustizia (cioè del luogo finale di accertamento e riconoscimento dei diritti): «la giustizia è amministrata in nome del popolo. / I giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101), «la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere» (art. 104, primo comma) e «i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni» (art. 107, terzo comma). Le differenze rispetto allo Statuto sono evidenti (non solo nell'uso delle maiuscole...). È una rivoluzione copernicana. Nel modello recepito dallo Statuto albertino l'ordine giudiziario era una semplice articolazione della pubblica amministrazione, una sua appendice, al cui vertice era posto il Ministro della giustizia; nella Costituzione repubblicana i magistrati hanno, ciascuno singolarmente considerato, la pienezza del potere giudiziario che è, per così dire, *originario* e non discende da una delega del sovrano.

L'impianto costituzionale è del tutto nuovo. In esso la sfera della politica si amplia, affiancando ai segmenti classici (partiti, parlamento, governo ecc.) altri elementi tra cui la giurisdizione: non per ragioni o virtuosismi di ingegneria istituzionale ma per la convinzione – tratta dalle dure lezioni della storia – che il *giusto* e il *politicamente utile* non sempre coincidono. È questa (possibile) dicotomia che fonda e sostiene il disegno di un potere diviso, comprensivo anche di istituzioni e autorità indipendenti, garanti (almeno potenzialmente) del rispetto dei diritti e delle regole. In particolare – come è stato scritto – la soggezione dei giudici *soltanto* alla legge «non significa ritorno ai vecchi miti dell'onnipotenza della legge e del giudice “bocca della legge”, perché l'accento, in essa, cade sull'avverbio “soltanto”, e dunque, prima ancora che la fedeltà alla legge, essa comanda la disobbedienza a ciò che legge non è. Disobbedienza al pasoliniano “palazzo”, disobbedienza ai potentati economici, disobbedienza alla stessa interpretazione degli altri giudici e dunque libertà interpretativa. Quindi pluralismo, quindi, legittima la presenza di diverse posizioni culturali e ideali all'interno della magistratura»².

Superfluo aggiungere che quanto previsto per i giudici si estende, a maggior ragione, a tutti coloro che concorrono alla realizzazione della “giustizia” e, dunque, ai giuristi in tutte le loro articolazioni.

2. Il Sessantotto e non solo: una nuova cultura del diritto

Il modello costituzionale è univoco ma la sua attuazione non è stata affatto automatica e, in ogni caso, non è acquisita una volta per tutte. Anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, il diritto e i giuristi mantennero per molti anni, pur con importanti eccezioni, un ruolo subalterno alla politica. Il 30 marzo 1956 si concluse a Palermo il processo a carico di Danilo Dolci e di alcuni suoi compagni, arrestati tre mesi prima e rinviati a giudizio per uno “sciopero alla rovescia” consistente nella riattivazione, per protestare contro la disoccupazione, di una strada di Partinico abbandonata all'incuria. L'imputazione, come sempre nelle manifestazioni di ieri e di oggi, era quella di occupazione di suolo pubblico e di resistenza a pubblico ufficiale e a Dolci venne negata la libertà provvisoria perché la sua condotta era «un indizio manifesto di una spiccata capacità a delinquere».

Al termine del dibattimento prese la parola, in difesa di Dolci, Piero Calamandrei, e scandì le parole: «Da secoli i poveri hanno il sentimento che le leggi siano per loro una beffa dei ricchi: hanno della legalità e della giustizia un'idea terrificante, come di un mostruoso meccanismo ostile fatto per

2. Borrè G., “Le scelte di Magistratura democratica”, in Rossi N. (a cura di), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 1994, p. 41.

schiacciarli, come di un labirinto di tranelli burocratici predisposti per gabbarlo il povero e per soffocare sotto le carte incomprensibili tutti i suoi giusti reclami»³. Quelle parole non valsero a evitare la condanna di Dolci e dei suoi compagni ma sono, da allora, un monito sul senso del diritto, della giustizia e dell'ingiustizia.

Fu solo con il Sessantotto – e poi negli anni Settanta – che le cose, anche nel pianeta giustizia, cambiarono in modo significativo. Ci sono al riguardo alcune tappe fondamentali. Mi limito a qualche citazione. Nel 1970 irruppe sulla scena del diritto *Quale giustizia*, una rivista promossa da Magistratura democratica, che veicolò nel dibattito giuridico la giurisprudenza di merito e la critica ai provvedimenti giudiziari, fino ad allora prive di accesso sulle pubblicazioni giuridiche, riservate essenzialmente alla riproduzione e all'analisi delle sentenze di legittimità. Trovò così voce una nuova cultura (definita dall'*establishment*, in modo improprio e spregiativo, dei “pretori d'assalto”) che rivendicava un inedito ruolo promozionale del diritto e che coinvolse, insieme ai magistrati, gli avvocati e l'accademia. Fu, poi, nel maggio 1972 che si tenne a Catania l'incontro di studio “L'uso alternativo del diritto”, che riunì i più brillanti giuristi progressisti italiani ed europei dell'epoca i cui interventi vennero tempestivamente raccolti in due volumi dallo stesso titolo, curati da Pietro Barcellona per i tipi di Laterza, rimasti per anni punto di riferimento del dibattito giuridico. E nello stesso anno – segnale di una nuova attenzione della politica ai temi del diritto e della giustizia – nacque, con la prestigiosa presidenza di Umberto Terracini, il Centro Studi e Iniziative per la Riforma dello Stato (inizialmente articolazione del Partito comunista, ma destinato nel tempo a diventare luogo di autonoma elaborazione soprattutto a partire dagli anni Ottanta con la presidenza di Pietro Ingrao).

Non si trattò – come viene talora sostenuto, superficialmente o interessatamente – di uno “spostamento a sinistra” dei magistrati⁴, bensì – fenomeno assai più importante e significativo – della *ridefinizione* del ruolo del diritto nella società e del rapporto tra giuristi e potere politico. A ciò concorse una pluralità di fattori. Anzitutto il nuovo clima politico che attraversò, in quegli

3. È sostanzialmente coeva la dura denuncia di un magistrato, Dante Troisi, che nel *Diario di un giudice*, pubblicato nel 1955 per i tipi di Einaudi, scrisse: «Alle nostre spalle e di tutti gli altri giudici ora in funzione c'è il crocefisso e la scritta: “La legge è uguale per tutti”; domani, in luogo del crocefisso potrà esserci un'altra cosa, ma sarà ancora un simbolo del potere che ci proteggerà le spalle. Giacché noi siamo sempre da quella parte. Scegliamo questo mestiere per la tendenza a scavarci un riparo vivendo con i forti».

4. È, quella del generale spostamento a sinistra della magistratura, una leggenda metropolitana smentita dai fatti. È vero che la presenza e il peso dei magistrati portatori di orientamenti progressisti segnò in quegli anni (come in quelli successivi) una indubbia crescita, ma è vero del pari che l'orientamento moderato della maggioranza del corpo giudiziario è attestato (allora come oggi) sia dalle scelte e dagli orientamenti giurisprudenziali prevalenti sia dagli esiti delle competizioni elettorali per il Comitato direttivo dell'Associazione nazionale magistrati e per il Consiglio superiore della magistratura.

anni, il Paese, con fermenti e sollecitazioni in precedenza sconosciuti o circoscritti a settori limitati della società. E poi, alcuni interventi legislativi, come lo Statuto dei lavoratori (del 20 maggio 1970), che trasferirono dalla politica al diritto la tutela di situazioni soggettive e di diritti fondamentali e attribuirono alla magistratura ampie competenze al riguardo⁵. Diversi ed eterogenei – come ovvio e fisiologico – furono gli orientamenti dei giudici, ma, in ogni caso, le nuove competenze in tema di diritti e la proiezione nel sociale incisero profondamente sul modello dei giuristi.

Tre, come ricorda Luigi Ferrajoli⁶, i passaggi fondamentali di quella trasformazione: *a)* la critica del carattere formale dell'uguaglianza giuridica e della sua funzione di veicolo della disuguaglianza materiale⁷; *b)* la critica della neutralità del diritto e la consapevolezza del suo condizionamento da parte dei rapporti sociali ed economici; *c)* la critica della cultura giuridica ufficiale e del suo ruolo, dietro la sedicente neutralità scientifica, di legittimazione e sostegno degli assetti sociali esistenti.

In sintesi, la critica del formalismo giuridico e l'ingresso nel processo interpretativo anche degli *interessi materiali*. Ad essere toccati da questa trasformazione furono soprattutto i giudici, considerati organi della società più che dello Stato apparato: non, evidentemente, attori del conflitto e della lotta politica ma tutori e garanti dei diritti dei cittadini nei confronti dei poteri privati e pubblici⁸. Così Magistratura democratica diventò in quegli anni uno dei punti di riferimento dei giuristi in genere e i suoi congressi furono momenti alti di confronto della cultura giuridica, non solo italiana, più che assise corporative.

5. Ciò non significò, ovviamente, attribuzione alla magistratura di un ruolo di tramite (o, addirittura, di protagonista) in politiche sociali, ma esercizio di una funzione in precedenza occasionale e marginale. Molti sono stati i settori implicati, nel corso degli anni, da tale svolta: il lavoro, in primo luogo, ma poi la casa, lo studio, i diritti degli utenti, la famiglia, i minori, l'*handicap*, la sofferenza psichica, gli immigrati, la bioetica ecc.

6. Ferrajoli L., *Magistratura Democratica e la contestazione dei ruoli professionali nel lungo 68 italiano*, intervento al convegno "Il lungo Sessantotto" (Roma, 17 novembre 1968), inedito.

7. Venne riscoperto e rilanciato in quegli anni l'ironico rilievo di Anatole France secondo cui «la legge, nella sua maestosa equità, proibisce sia ai ricchi che ai poveri di dormire sotto i ponti, di mendicare per le strade e di rubare il pane».

8. Esplicita in questo senso fu, per esempio, la mozione finale del Congresso di Rimini del 23-25 aprile 1977 di Magistratura democratica – assai contestata, e in modo bipartisan, dalla politica – nella quale, dopo una ferma condanna delle diverse forme di violenza politica allora in atto nel Paese, si affermava: «Nella specifica attività professionale Md deve impegnarsi a garantire un completo e libero dispiegarsi delle legittime dinamiche sociali nascenti dalla crisi, anche se ritenute contraddittorie rispetto alle strategie prevalenti nel movimento operaio. Ciò non significa né aderire né immedesimarsi con tali lotte, ma semplicemente consentire che le istanze da esse espresse giungano alle sedi politiche cui compete la responsabilità di mediarle e non siano preventivamente rimosse o bloccate da interventi repressivi istituzionali».

3. Un'inversione di ruoli tra politica e giurisdizione?

È su queste basi che, tra conferme e contraddizioni, si è sviluppata la vicenda del diritto, della giustizia e dei suoi operatori fino ai giorni nostri. Si è trattato di una vicenda complessa che, a partire dagli anni Ottanta, ha conosciuto fenomeni regressivi la cui ombra lunga ha spento molte tensioni e speranze. Ma il lascito di quegli anni è incancellabile e alcune elaborazioni di allora sono entrate stabilmente nella cultura e nella percezione di sé dei giuristi. Così, anche nei momenti bui, nulla può più essere come nell'*Ancien Régime*. Lo ha scritto recentemente Luigi Ferrajoli in una rilettura del “lungo Sessantotto” del nostro Paese e non solo:

Assistiamo – in gran parte delle democrazie occidentali – a un singolare paradosso: da un lato al processo decostituente di progressiva erosione dello stato sociale e delle garanzie primarie dei diritti fondamentali; dall'altro al simultaneo rafforzamento del ruolo garantista degli organi della giurisdizione e allo sviluppo di una scienza giuridica progressista impegnata nella difesa dei principi costituzionali. In passato, e più che mai nel nostro lungo Sessantotto, avveniva esattamente il contrario. Era la politica il luogo della trasformazione della società in senso progressivo. Era la legislazione che innovava il diritto vigente, costruendo lo stato sociale e introducendo o rafforzando le garanzie dei diritti fondamentali. La giurisdizione, al contrario, aveva un ruolo conservatore, quando non apertamente reazionario. E lo stesso poteva dirsi della scienza giuridica. Oggi il rapporto tra diritto e politica, tra giurisdizione e legislazione, tra cultura giuridica e cultura politica si è paradossalmente ribaltato: mentre la giurisdizione, sostenuta da una cultura giuridica in gran parte informata ai principi costituzionali, svolge un ruolo di tutela dei diritti, la politica e la legislazione svolgono il ruolo opposto di aggressione e restrizione dei diritti, non attuando ma al contrario riducendo le loro garanzie primarie⁹.

Ferrajoli individua con la consueta lucidità uno degli sbocchi possibili della crisi politica e istituzionale in atto: uno sbocco sorretto da molti indicatori¹⁰ e – aggiungo – auspicabile (non so se in linea di principio, ma certo in questa fase). La realtà, peraltro, è più articolata e contraddittoria e il ruolo della cultura giuridica e della giurisdizione non così lineare.

9. Intervento citato nella nota 6, che può leggersi, in questa parte, in <https://volerelaluna.it/cultura/2018/12/06/magistratura-democratica-e-il-rinnovamento-della-cultura-giuridica>.

10. Ne trovo conferma, mentre scrivo, nell'intervento di diverse articolazioni della magistratura (il Tribunale di Milano, la Procura della stessa città e la Procura di Taranto) nella vicenda dell'ex Ilva: non, come sarebbe fisiologico, su aspetti specifici ma come unica risposta – in mancanza di una posizione autorevole della politica (del Governo in particolare) – alla *fuga* di ArcelorMittal. In tale vicenda è evidente l'abbandono della tutela dei diritti alla salute e al lavoro dei cittadini di Taranto da parte della politica e l'assunzione della stessa (in via esclusiva) da parte della magistratura, a cui la prima si è immediatamente accodata (o, addirittura, l'ha sollecitata).

È vero che negli ultimi decenni si sono consolidati orientamenti e prassi a tutela dei diritti fondamentali sia nella giurisdizione civile che in quella penale. Cito alla rinfusa: in tema di bioetica e fine vita la giurisprudenza è stata (ed è) assai più avanti della politica; altrettanto accade in punto riconoscimento dei diritti civili delle (diverse) minoranze; la salute in fabbrica ha trovato tutela anche in sede penale e gli infortuni sul lavoro hanno cessato di essere considerati una “tragica fatalità”¹¹; gli abusi di polizia hanno visto, seppur in tempi lunghi e in modo parziale, reazioni giudiziarie più incisive dei balbettii del legislatore (incapace finanche di dettare una disciplina adeguata del reato di tortura); la repressione delle organizzazioni mafiose ha raggiunto livelli inediti per quantità e qualità; molti pubblici ministeri e giudici sono intervenuti (e intervengono) a tutela dei diritti dei migranti vincendo pressioni politiche e vere e proprie intimidazioni¹².

Ma la regressione politica e culturale in atto si traduce anche in testi normativi¹³ e, inevitabilmente, investe i giuristi. Non solo. A ostacolare l’assunzione generalizzata da parte dei giuristi del ruolo delineato da Ferrajoli contribuiscono la sempre più virulenta insofferenza del potere politico nei confronti della giurisdizione e la connessa spinta a sostituire la cultura delle regole con quella della forza¹⁴.

Mi limito al penale, ma con considerazioni che si attagliano anche ad altri settori (a cominciare da quello del lavoro):

a) C’è nella giurisprudenza, ormai da alcuni decenni, una torsione securitaria che incide negativamente sulla tutela dei diritti fondamentali. Il 31 dicem-

11. Il fatto è pacifico e importante ma non va enfatizzato, se è vero che una rilevazione effettuata nel circondario del Tribunale di Firenze (non certo l’ultimo in termini di sensibilità nel settore) con riferimento ai primi anni del millennio ha accertato che solo nel 15-20% dei casi di infortunio mortale il processo penale arriva alla fase del dibattimento e solo nel 2-3% dei casi si conclude con sentenza di condanna (così Deidda B., *Storia e prospettive dell’intervento giudiziario a tutela della salute in fabbrica*, «Questione giustizia», 2, 2012).

12. Tra i numerosi casi ricordo i provvedimenti dei Tribunali di Bologna e di Firenze in tema di iscrizione anagrafica di richiedenti asilo; la richiesta del Tribunale dei ministri di Catania di autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro dell’interno Matteo Salvini per i delitti di sequestro di persona e altro per il divieto opposto all’attracco della nave *Diciotti* carica di migranti (www.questionegiustizia.it/doc/trib_catania_decreto_salvini.pdf); la recente apertura, da parte della Procura di Agrigento, di un procedimento per gli stessi reati sempre a carico del sen. Salvini con riferimento alla vicenda della *Open Arms*; l’ordinanza con cui la gip di Agrigento ha respinto la richiesta di convalida dell’arresto di Carola Rackete (www.questionegiustizia.it/doc/gip_Ag_ordinanza_rackete_rigetto_convalida.pdf).

13. Basti pensare al mutamento a 180 gradi del quadro normativo dallo Statuto dei lavoratori al Jobs Act o dall’amnistia politica del 1970 ai diversi (bipartisan) decreti sicurezza.

14. Il percorso in questa direzione, da Berlusconi a Salvini, è in continuo e pericoloso crescendo e si alimenta di messaggi di evidente stampo populista come quello secondo cui i giudici (e il diritto) non possono discostarsi dal (reale o presunto) consenso popolare contingente.

bre 1969 (cinquant'anni fa, quando iniziava la stagione del *rinnovamento*) i detenuti erano 34.852 mentre il 31 ottobre scorso erano poco meno del doppio (60.985) dopo che, il 30 giugno 2010 si era raggiunto il picco di 68.258. È un *trend* ormai costante. Le presenze in carcere sono cresciute, negli ultimi trent'anni in maniera vertiginosa: dal minimo storico di 25.804 detenuti del 31 dicembre 1990¹⁵ si è, infatti, passati a 47.709 al 31 dicembre 1996, 53.165 alla stessa data del 2000, 59.523 a fine 2005 e 67.961 al 31 dicembre 2010. Solo dopo il 2012 una serie di provvedimenti *tampone*, imposti dalle condanne in sede europea per il «trattamento disumano e degradante» di detenuti in conseguenza del sovraffollamento carcerario, ha ridotto gradualmente le presenze che, pur restando assai elevate, sono scese dalle 66.897 del 31 dicembre 2011, alle 65.701 di fine 2012 e poi, a seguire, a 62.536 (2013), 53.623 (2014) e 52.164 (2015) prima di riprendere nuovamente a salire, con 54.653 a fine 2016 e 56.436 a fine 2017 sino a superare di nuovo, oggi, le 60.000¹⁶. E i dati non dicono tutto. Il fatto più significativo, ai fini che qui rilevano, è che l'aumento dei detenuti è avvenuto (e avviene) parallelamente alla diminuzione sia del numero e della gravità dei reati denunciati all'autorità giudiziaria sia degli ingressi in carcere dalla libertà¹⁷. A dimostrazione che la ragione dell'aumento del carcere e dei detenuti sta negli orientamenti dei giudici¹⁸ ed ha a che fare

15. Il dato è, in verità, *drogato* dagli effetti dell'indulto concesso con il decreto Presidente Repubblica 22 dicembre 1990 n. 394, ma abbastanza prossima è la rilevazione del 31 dicembre dell'anno precedente in cui le presenze erano 30.421.

16. L'area della contenzione negli ultimi anni svela la sua ben più ampia entità se si tiene conto delle misure alternative alla detenzione (passate da 18.393 nel 1996 a 54.682 nel 2018) e soprattutto delle condanne la cui esecuzione è sospesa in attesa della decisione del Tribunale di sorveglianza ai sensi dell'art. 656 codice procedura penale (come modificato con legge 27 maggio 1998 n. 165) il cui numero non è noto ma, secondo le stime più accreditate, è prossimo a 80.000. I condannati in carcere e quelli in misura alternativa o in attesa di definizione del tipo di pena da scontare sono dunque, oggi, poco meno di 200.000, pari a più di tre su mille abitanti (compresi vecchi e bambini).

17. Per una analitica esposizione dei dati si veda *Il carcere secondo la Costituzione*, XV Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, maggio 2019.

18. Negli ultimi cinquant'anni infatti – e sino a un decennio fa – il quadro di riferimento della giustizia penale è cambiato profondamente in senso garantista. Si può dire che è cambiato tutto. Il potere di incidere sulla libertà personale è stato sottratto al pubblico ministero e attribuito in via esclusiva al giudice; il diritto dell'indagato di essere informato dell'inizio di un procedimento a suo carico e di essere assistito *sin ab initio* da un difensore è diventato stringente e assistito da sanzioni di nullità in caso di violazione; è scomparso il mandato di cattura obbligatorio e si sono moltiplicati gli aggettivi per descrivere le condizioni che legittimano la limitazione della libertà personale; sono stati previsti termini per la custodia cautelare e (anche) per le indagini; è cambiato totalmente il processo, diventato da inquisitorio a (timidamente) accusatorio; l'odiosa espressione “libertà provvisoria” (triste ammissione che ad essere definitiva è solo la detenzione) è uscita dal vocabolario giuridico; c'è stata la riforma penitenziaria e, con essa, è stato travolto il mito della fissità della pena detentiva, a cui sono state affiancate diverse misure alternative; è stato riscritto l'art. 111 della Costituzione stabilendo in dettaglio i principi del “giusto processo” e

in maniera rilevante con una diffusa sottovalutazione *culturale* del valore della libertà personale¹⁹.

b) In parallelo è progressivamente emerso un concetto di legalità formalistico e autoritario, frutto avvelenato della stagione (pur positiva) di Tangentopoli e del contrasto di Cosa Nostra. La ragione principale sta nel contesto degli ultimi decenni caratterizzato dal *crollo* dell'etica pubblica e dalla diffusione crescente della corruzione, della strumentalizzazione a fini privati di uffici pubblici, della mercificazione finanche della funzione legislativa, della prevaricazione mafiosa, dello sfruttamento del lavoro altrui, dell'evasione fiscale come metodo, della regola dei condoni, della pretesa di impunità per chi ha potere e da molto altro ancora. Ciò ha – giustamente – attribuito alla “questione legalità” una centralità etica e politica inedita, contribuendo a realizzare lo “scambio di ruoli” tra politica e diritto di cui parla Ferrajoli. Ma ha avuto anche rilevanti conseguenze regressive. Guardando alle vicende giudiziarie degli ultimi decenni è, infatti, agevole cogliere molti *strappi*, soprattutto da quando – complice la sindrome della “cittadella assediata” determinata dalla lunga stagione del berlusconismo – si è ingenerata tra i magistrati e in altri settori dei giuristi la convinzione che le garanzie processuali sono dei trabocchetti e dei cedimenti a chi mal tollera il controllo di legalità²⁰ ed è venuta meno la disponibilità al confronto permanente con l'opinione pubblica²¹.

del contraddittorio; sono state introdotte, per mitigare la durezza della custodia in carcere, diverse misure cautelari non detentive e molto altro ancora.

19. Emblematico il passaggio, tratto da alcune ordinanze del Tribunale della libertà di Torino dell'8 febbraio 2012 (in procedimenti relativi agli scontri tra manifestanti e forze di polizia avvenuti in Val Susa, a Chiomonte, il 27 giugno e il 3 luglio 2011), secondo cui «la custodia cautelare in carcere è il *minimo* presidio idoneo a fronteggiare in modo adeguato le consistenti ed impellenti esigenze cautelari» (*sic!*). Aggiungo un'altra *perla*: risale alla primavera del 2012 il decreto del gip di Agrigento che ha archiviato una denuncia per un prolungato trattenimento coatto – non previsto dalla legge – di alcuni migranti nel Centro di soccorso e prima accoglienza di Lampedusa con la sorprendente motivazione che «la mancata previsione di un termine massimo di permanenza e di un controllo da parte dell'autorità giurisdizionale per la stessa permanenza [...] non consentono di ravvisare gli estremi di alcun reato nei fatti portati a conoscenza di questo Ufficio». Detto in altri termini: la mancata previsione di termini e di controlli legittima una detenzione di fatto senza limiti di tempo.

20. Basti pensare al consenso acritico di gran parte della magistratura all'abolizione indiscriminata della prescrizione dopo la sentenza di primo grado e alle reazioni *forcaiole* (o al silenzio) di molti giuristi di fronte alle (sacrosante) sentenze della Corte EDU e della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo e la concedibilità di permessi ai condannati “non collaboranti”.

21. Significativa al riguardo è la diffusa insofferenza dei magistrati (soprattutto inquisitori) alla critica, considerata una sorta di lesa maestà. Tipica, per esempio, è, a fronte di rilievi circa le modalità di conduzione delle indagini, il richiamo apodittico all'obbligatorietà dell'azione penale (che pretende di rendere incensurabili le scelte discrezionali in tema di misure cautelari, tempi processuali, correttezza delle imputazioni ecc.). A questo atteggiamento si è talora associata persino Magistratura democratica, evidentemente im-

L'accantonamento di questi capisaldi culturali ha prodotto, talora, un interventismo senza freni in cui il doveroso esercizio dell'azione penale si è trasformato in panpenalismo controproducente, la cultura del risultato ha prevalso su quella della prova²², il carattere personale della responsabilità penale è parso soccombere rispetto all'obiettivo di combattere fenomeni criminali (o ritenuti tali)²³ e si è finanche arrivati a teorizzazioni del ruolo dei magistrati come garanti della legalità a prescindere dalle regole. Inutile dire che ciò non giova alla tutela dei diritti.

c) In questo contesto ha fatto irruzione negli ultimi anni un fenomeno devastante per il sistema dei diritti: il cosiddetto *populismo penale*, caratterizzato da un diffuso «scontento verso le procedure della democrazia, considerate troppo lente, macchinose e distanti dalla volontà del popolo con l'enfaticizzazione del ruolo di capi politici, diretti interpreti della volontà dei cittadini»²⁴. Ciò ha acuito anomalie preesistenti come il ricorso all'aumento delle pene edittali a fronte di ogni (asserita) emergenza (e non solo), l'uso spregiudicato di leggi “manifesto” per lanciare messaggi culturali più che per regolamentare razionalmente fenomeni e situazioni, la produzione di norme volutamente vaghe e indeterminate ecc. Non solo ma – fatto ancor più grave – ha alimentato l'insofferenza nei confronti delle regole e delle garanzie e la diffidenza verso i magistrati e i giuristi in genere (ritenuti non legittimati dalla volontà del popolo e, in ogni caso, appartenenti alla categoria, invisita quant'altre mai ai populistici, degli intellettuali) sino a far vacillare l'aurea massima del garantismo secondo cui «deve poter esserci un giudice indipendente che interviene a riparare i torti subiti, a tutelare il singolo anche se la maggior parte o persino la totalità degli altri si schierano contro di lui, ad assolvere in mancanza di prove quando l'opinione comune vorrebbe la condanna o a condannare in presenza di prove quando la medesima opinione vorrebbe l'assoluzione»²⁵.

memore della sua storia (mi sia concesso rinviare, sul punto, al mio *Quale giustizia penale?* in http://questionegiustizia.it/speciale/pdf/QG-Speciale_2019-2_11.pdf, nota 21).

22. Appartiene a questa tipologia, per esempio, la gestione dei primi processi per l'omicidio di Paolo Borsellino (i cosiddetti Borsellino e Borsellino *bis*) che sono stati – possiamo oggi dirlo con tranquilla certezza – dei processi *truccati* dall'ansia di trovare comunque dei colpevoli (se non da più oscure ragioni).

23. Tipica in questo senso è la dilatazione delle ipotesi di concorso di persone nei reati connessi con il conflitto sociale, spintasi fino a costruire ipotesi di “responsabilità da contesto” (secondo l'acuta definizione di Pelissero M., “Concorso di persone nel reato e responsabilità da contesto”, in Associazione Giuristi Democratici, *Conflitto, ordine pubblico, giurisdizione: il caso TAV*, Giappichelli, 2014).

24. Rossi N., *Il privilegio dell'utopia... e la necessità di non abusarne*, «Questione giustizia», 1, 2019, www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2019-1.pdf, p. 5.

25. Così Ferrajoli L., “Per una storia delle idee di Magistratura democratica”, in Rossi N. (a cura di), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, FrancoAngeli, 1994, p. 73.

L'effetto sul sistema giustizia è evidente: nella prospettiva del populismo «il pubblico ministero o il giudice diventano magistrati di scopo: devono punire, duramente, il guidatore sbadato, per ammonire tutti i guidatori, devono sanzionare il politico o il pubblico funzionario accusati di malversazione perché rientrano nel tipo d'autore che il populismo ha configurato, devono sempre e comunque assolvere il cittadino che ha ucciso il ladro. [...] L'alleanza con il Giudiziario è una componente essenziale di questo populismo, perché attraverso il Giudiziario il nemico può essere individuato, segnalato alla pubblica opinione e punito»²⁶. Le spinte in questa direzione sono sempre più numerose. Basti ricordare, per tutte, la gestione dell'*iter* della richiesta di autorizzazione a procedere nei confronti dell'allora Ministro degli interni Salvini per la vicenda della nave *Diciotti* che ha finito per delegittimare, insieme, il ruolo del Parlamento e quello del giudiziario.

4. I giuristi e la tutela dei diritti: alcune precondizioni

È tempo di tornare alla prospettiva delineata da Ferrajoli: che fare, nell'attuale clima di diffusa regressione culturale sui temi dell'eguaglianza e delle libertà e nel conseguente quadro legislativo, per inverare un ruolo dei giuristi e della giurisdizione di *effettiva* tutela dei diritti fondamentali?

Inutile auspicare un cambio di indirizzo della politica, tanto necessario quanto, nei tempi brevi, irrealistico. E non basta il richiamo ai valori costituzionali e alla necessità di una loro applicazione rigorosa: richiamo sacrosanto, ovviamente, ma da solo destinato a soccombere di fronte ai continui attacchi, diretti e indiretti. Occorre un salto di qualità: l'apertura, nel mondo dei giuristi, di una fase nuova, all'altezza di quella degli anni Settanta, alla ricerca del senso del diritto e del proprio ruolo nel sistema politico, di un conseguente consapevole protagonismo, di nuove alleanze.

Per tale stagione ci sono alcuni passaggi necessari:

a) Una mobilitazione, teorica e pratica, a sostegno dei fondamenti dell'ordinamento democratico. È un approccio proprio, fino a qualche anno fa, di tutte le articolazioni del mondo del diritto genericamente progressista, che si traduceva in analisi, interventi pubblici, appelli e quant'altro. Di recente, peraltro, sembra esserci una sorta di ritrosia al riguardo (a cui sfuggono solo l'Associazione Giuristi democratici e, in parte, Magistratura democratica), quasi si trattasse, come usa dire, di una impropria *politicizzazione*. Virata – se c'è – di corto respiro come ci ricorda, mentre chiudo queste note, addirittura il Papa di Roma²⁷:

26. Così Violante L., *L'infausto riemergere del tipo di autore*, «Questione giustizia», 1, 2019, www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2019-1.pdf, pp. 101-102.

27. Discorso ai partecipanti al XX Congresso mondiale dell'Associazione internazionale di diritto penale, 15 novembre 2019, <https://volerelaluna.it/materiali/2019/11/20/il-papa-e-la-giustizia-penale>.

Oggi, alcuni settori economici esercitano più potere che gli stessi Stati: una realtà che risulta ancora più evidente in tempi di globalizzazione del capitale speculativo. Il principio di massimizzazione del profitto, isolato da ogni altra considerazione, conduce a un modello di esclusione – automatico! – che inferisce con violenza su coloro che patiscono nel presente i suoi costi sociali ed economici, mentre si condannano le generazioni future a pagarne i costi ambientali. La prima cosa che dovrebbero chiedersi i giuristi oggi è che cosa poter fare con il proprio sapere per contrastare questo fenomeno, che mette a rischio le istituzioni democratiche e lo stesso sviluppo dell'umanità. In concreto, la sfida presente per ogni penalista è quella di contenere l'irrazionalità punitiva, che si manifesta, tra l'altro, in reclusioni di massa, affollamento e torture nelle prigioni, arbitrio e abusi delle forze di sicurezza, espansione dell'ambito della penalità, la criminalizzazione della protesta sociale, l'abuso della reclusione preventiva e il ripudio delle più elementari garanzie penali e processuali²⁸.

b) Una rinnovata cultura dell'interpretazione: sia nell'insegnamento che nella applicazione del diritto (cioè sia nelle università che nei Tribunali).

Nulla di nuovo né di originale, all'apparenza. Ma è un fatto che ci sono state sul punto non poche torsioni e regressioni e che si assiste oggi a frequenti oscillazioni tra *slogan* privi di senso come «la legge non si interpreta ma si applica» e fughe in avanti (o indietro) all'insegna di un insostenibile diritto libero. Occorre dunque un impegno specifico nella rielaborazione di una teoria e di criteri rigorosi che restituiscano a un'interpretazione costituzionalmente orientata il ruolo che le è proprio di fonte riconosciuta e autorevole del diritto²⁹. Solo così si può acquistare egemonia e dare effettività e, in prospettiva, adesione sociale alla affermazione di G. Zagrebelsky secondo cui «il diritto non è oggetto di proprietà di uno, ma deve essere oggetto delle cure di tutti» perché i giudici e, più in generale, i giuristi (cioè gli attori che concorrono alla rappresentazione della giustizia) sono «i garanti della complessità strutturale del diritto nello stato costituzionale, cioè della necessaria mite coesistenza di legge, diritti e giustizia»³⁰.

c) Un effettivo *controllo* dei giuristi sulla giurisprudenza e sui provvedimenti giudiziari. La critica argomentata e rigorosa è, nello stesso tempo, complemento necessario dell'indipendenza dei giudici, garanzia contro gli abusi e veicolo di

28. Il Papa, in realtà, non si ferma qui e si spinge oltre, fino a indicare la necessità di criticare e contrastare specifici interventi legislativi: «In diversi Paesi sono state attuate riforme dell'istituto della legittima difesa e si è preteso di giustificare crimini commessi da agenti delle forze di sicurezza come forme legittime del compimento del dovere. È importante che la comunità giuridica difenda i criteri tradizionali per evitare che la demagogia punitiva degeneri in incentivo alla violenza o in uno sproporzionato uso della forza. Sono condotte inammissibili in uno Stato di diritto e, in genere, accompagnano i pregiudizi razzisti e il disprezzo verso le fasce sociali di emarginazione», in Discorso ai partecipanti al XX Congresso..., *op. cit.*

29. L'inclusione dell'interpretazione tra le fonti del diritto (seppur con caratteri e modalità diverse dalla legge) non è il portato di recenti posizioni interventiste della magistratura ma un'indicazione classica del nostro costituzionalismo (cfr., per tutti, Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, 8ª ed., Cedam, Padova, 1969, p. 334 ss.).

30. Così Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, Einaudi, Milano, 1992, p. 213.

standard più elevati di approfondimento e di motivazione. Eppure si assiste oggi a un fenomeno apparentemente paradossale: mentre si moltiplicano gli interventi spregiudicati, *interessati* e manipolatori di politici, giornalisti e delle stesse parti processuali, a cui fa spesso da contrappunto un irrigidimento autoreferenziale di giudici e pubblici ministeri, la dottrina perlopiù tace. Sintomatica la risposta che, anni fa, diede a una mia proposta di analisi dei passaggi di una controversa indagine il direttore di una delle più autorevoli riviste giuridiche: «la linea editoriale che ci siamo imposti è quella di non intervenire sul merito di procedimenti pendenti, quanto meno sino alla sentenza di primo grado» tanto che «della stessa vicenda Ilva ci siamo occupati sinora soltanto in relazione alle questioni di legittimità costituzionale sollevate durante le indagini preliminari, ma non rispetto al merito delle imputazioni, riguardo alle quali io stesso ho imposto una linea di assoluta astensione da ogni rilievo critico». È un atteggiamento sbagliato che sta, peraltro, aprendo un dibattito e una crisi palpabile (come dimostra, da ultimo, la polemica tra editore e direttore di *Diritto penale contemporaneo* che ha portato alla sospensione, ormai protratta, della pubblicazione della rivista). Occorre cambiare registro. Cominciando, come prima tappa, con l'istituzione e la diffusione di osservatori critici su prassi e orientamenti giudiziari.

d) Il rinnovamento delle forme associative e delle aggregazioni dei giuristi. È un'operazione complessa ma necessaria (non foss'altro per tener conto della mutata situazione istituzionale, politica e giudiziaria) che ha come chiave di volta l'uscita dal corporativismo o, più esattamente, dagli opposti corporativismi che hanno segnato in questi anni (e segnano tuttora) l'associativismo dei magistrati, degli avvocati e degli stessi docenti. Questi corporativismi hanno determinato la spoliticizzazione degli organismi rappresentativi e la conseguente sopravvenuta incapacità di orientamento ideale dei propri aderenti. Non solo ma hanno spesso prodotto una conflittualità (come quella tra l'Associazione nazionale magistrati e l'Unione Camere penali) che ha fatto perdere di vista gli obiettivi comuni.

Per uscire da queste secche è necessario un recupero della dimensione politica dei vari organismi associativi (di cui si vedono alcune avvisaglie in Magistratura democratica³¹ e che è stata recentemente rivendicata da Massimo Donini con riferimento alla Associazione dei professori di diritto penale³²). Ma forse non basta e occorrono nuove forme aggregative *trasversali*, fondate su idee e obiettivi comuni anziché su appartenenze, seguendo il modello dell'ASGI. L'importante è che ci siano una ricerca e una sperimentazione *laica* e che si eviti ripetizione dell'esistente.

31. Cfr. la relazione del segretario generale, Mariarosaria Guglielmi, per il XXII Congresso nazionale di Magistratura democratica (Roma, 1-3 marzo 2019), «Questione giustizia», 1, 2019, www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2019-1_30.pdf, p. 220 ss.

32. Donini M., *I professori di diritto e il dibattito sulla questione penale (e la questione giustizia)*, intervento per il convegno annuale dell'Associazione dei professori di diritto penale (10/11 novembre 2017), «Questione giustizia», 25.10.2017, www.questionegiustizia.it/articolo/i-professori-di-diritto-e-il-dibattito-sulla-questione-penale_e-la-questione-giustizia_25-10-2017.php.

Gli autori

Maria Acierno è magistrata, consigliere della 1^a sezione civile della Corte di cassazione, componente delle Sezioni Unite civili e Direttore aggiunto dell'ufficio del Massimario.

Alessandra Algotino è docente di diritto costituzionale all'Università di Torino.

Dario Belluccio è avvocato ASGI del foro di Bari.

Francesca Biondi Dal Monte è ricercatrice in diritto costituzionale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, dove coordina l'area di ricerca Dream (Documentazione, Ricerca e Analisi sulle Migrazioni).

Ilaria Boiano è avvocatessa del foro di Roma, socia ASGI e dell'associazione Differenza Donna.

Paolo Bonetti è professore associato confermato di diritto costituzionale presso l'Università Bicocca di Milano, Dipartimento di Giurisprudenza.

Marco Borraccetti è professore associato di diritto dell'Unione europea, Università di Bologna.

Angelo Caputo è magistrato, consigliere della Corte di cassazione.

Vincenzo Carbone è ricercatore in sociologia presso l'Università Roma Tre.

Anna Cattaruzzi è avvocatessa ASGI del foro di Udine.

Cristina Cecchini è avvocatessa ASGI e consulente giuridico del foro di Roma.

William Chiaromonte è ricercatore di diritto del lavoro presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Firenze.

Elisa Chiaretto è avvocatessa ASGI del foro di Padova e docente a contratto di diritto dell'Unione europea presso l'Università di Padova.

Antonello Ciervo è avvocato ASGI del foro di Roma, assegnista di ricerca in diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Chieti-Pescara "G. D'Annunzio".

Michele Colucci è ricercatore presso il Consiglio Nazionale delle Ricerche - Istituto di studi sul Mediterraneo. Studioso di storia contemporanea, si occupa di migrazioni, lavoro e politiche sociali.

Claudio Cottatellucci è magistrato e direttore della rivista *Minorigiustizia*.

Giulia Crescini è avvocatessa ASGI e consulente giuridico del foro di Roma.

Riccardo De Vito, magistrato di sorveglianza del Tribunale di Sassari e presidente di Magistratura Democratica.

Alessia Di Pascale è professoressa associata di diritto dell'Unione europea, Università di Milano.

Francesco Di Pietro è avvocato ASGI del foro di Perugia.

Fiorella Farinelli è esperta di politiche scolastiche e formative. Insegna italiano lingua2 a stranieri adulti nelle scuole del volontariato di Roma. È componente dell'Osservatorio Miur sull'integrazione degli alunni stranieri e sull'educazione interculturale.

Chiara Favilli è professoressa associata di diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

Luigi Ferrajoli è professore emerito di filosofia del diritto nell'Università di Roma.

Marcella Ferri è assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

Martina Flamini è giudice civile del Tribunale di Milano, applicata alla sezione specializzata immigrazione ed asilo.

Enrico Gargiulo è professore associato in sociologia presso l'Università di Bologna.

Lucia Gennari è avvocatessa ASGI e consulente giuridico del foro di Roma.

Monia Giovannetti è socia ASGI e componente del comitato di redazione della rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza». Da oltre vent'anni è impegnata nella ricerca sociale sui fenomeni migratori ed in particolare sulle politiche di inclusione dei minori stranieri non accompagnati, richiedenti asilo e rifugiati.

Alberto Guariso è avvocato ASGI del foro di Milano, è docente a contratto in diritto antidiscriminatorio all'Università di Brescia.

Loredana Leo è avvocatessa ASGI del foro di Roma.

Luca Masera è professore di diritto penale presso l'Università di Brescia e membro direttivo ASGI.

Luca Minniti è magistrato della Sezione specializzata del Tribunale di Firenze.

Filippo Miraglia è dirigente nazionale dell'ARCI, militante antirazzista fin dagli anni Ottanta, si è sempre impegnato per promuovere campagne, mobilitazioni e iniziative unitarie. Ha coordinato la campagna *L'Italia sono anch'io* e oggi coordina il Tavolo Asilo nazionale e la campagna *Io Accolgo*.

Grazia Naletto è responsabile dell'area migrazioni e lotta al razzismo di Lunaria. Inizia il suo attivismo antirazzista con *Africa insieme* a Pisa negli anni Ottanta. La lotta contro le diseguaglianze è al centro del suo impegno di ricerca, sociale e politico.

Bruno Nascimbene già professore ordinario di diritto internazionale nell'Università di Genova e di diritto dell'Unione europea nell'Università di Milano.

Francesca Nicodemi è avvocatessa del foro di Firenze, attualmente ricopre il ruolo di *Asylum and Trafficking Expert* per UNHCR Italia.

Marco Paggi è avvocato ASGI del foro di Padova.

Giacomo Pailli è assegnista di ricerca all'Università di Firenze.

Massimo Pastore è avvocato ASGI del foro di Torino.

Livio Pepino già magistrato e già presidente di Magistratura democratica, Direttore di «Questione giustizia» e Condirettore della rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza». È presidente dell'Associazione studi giuridici Giuseppe Borrè.

Enrica Rigo è professoressa associata di filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre, dove ha fondato e coordina la Clinica legale del diritto dell'immigrazione e della cittadinanza, attiva dal 2010.

Erminia S. Rizzi è operatrice legale in diritto dell'immigrazione, specializzata in protezione internazionale, tutela delle vittime di tratta e sfruttamento, tutela dei minori stranieri. Giudice onorario presso il Tribunale per i minorenni di Bari dal 2008 al 2019.

Maurizia Russo Spina è dottore di ricerca presso l'Università Roma Tre.

Guido Savio è avvocato ASGI del foro di Torino, membro del comitato di redazione della rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza».

Alessandro Simoni è professore di sistemi giuridici comparati nell'Università di Firenze.

Lorenzo Trucco è avvocato ASGI del foro di Torino e presidente dell'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI).

Maurizio Veglio è avvocato ASGI del foro di Torino e lecturer presso l'International University College.

Nazzarena Zorzella è avvocatessa ASGI del foro di Bologna e membro del comitato di redazione della rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza».

Vi aspettiamo su:

www.francoangeli.it

per scaricare (gratuitamente) i cataloghi delle nostre pubblicazioni

DIVISI PER ARGOMENTI E CENTINAIA DI VOCI: PER FACILITARE
LE VOSTRE RICERCHE.



Management, finanza,
marketing, operations, HR

Psicologia e psicoterapia:
teorie e tecniche

Didattica, scienze
della formazione

Economia,
economia aziendale

Sociologia

Antropologia

Comunicazione e media

Medicina, sanità



Architettura, design,
territorio

Informatica, ingegneria

Scienze

Filosofia, letteratura,
linguistica, storia

Politica, diritto

Psicologia, benessere,
autoaiuto

Efficacia personale

Politiche
e servizi sociali



FrancoAngeli

La passione per le conoscenze

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

Questo 
LIBRO

 ti è piaciuto?

Comunicaci il tuo giudizio su:
www.francoangeli.it/latuaopinione.asp



VUOI RICEVERE GLI AGGIORNAMENTI
SULLE NOSTRE NOVITÀ
NELLE AREE CHE TI INTERESSANO?



ISCRIVITI ALLE NOSTRE NEWSLETTER

SEGUICI SU:



FrancoAngeli

La passione per le conoscenze

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



CONSULTATE IL NOSTRO CATALOGO SU WEB

**www.
francoangeli.it**

- Gli abstract e gli indici dettagliati di oltre **12.000 volumi** e 30.000 autori.



- I sommari dei fascicoli (a partire dal 1990) di oltre 90 riviste.

- La newsletter (via e-mail) **delle novità**.
- Il calendario di tutte le **iniziative**.
- La possibilità di **e-commerce** (per acquistare i libri o effettuare il download degli articoli delle riviste).

- Il **più ricco catalogo** specializzato consultabile in modo semplice e veloce.

- **Tutte le modalità di ricerca** (per argomento, per autore, per classificazione, per titolo, full text...) per individuare i libri o gli articoli delle riviste.



- FrancoAngeli è la **più grande biblioteca specializzata** in Italia.



- Una gamma di proposte per soddisfare le esigenze di aggiornamento degli studiosi, dei professionisti e della **formazione universitaria e post-universitaria**.

Lo *ius migrandi*, da secoli riconosciuto come diritto naturale universale e contemplato tra i più importanti principi del diritto internazionale, rivela la sua parziale compiutezza nell'asimmetria esistente tra il riconoscimento di un diritto di emigrare e i limiti imposti all'immigrazione. Questa discrasia, da tempo al centro del dibattito filosofico, giuridico e politico, discende in primo luogo dalla discrezionalità con la quale i singoli Stati gestiscono i flussi migratori e definiscono le politiche sull'immigrazione e l'asilo.

La pubblicazione, nata per celebrare i 20 anni di vita della rivista «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza» per iniziativa di ASGI (Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione) e Magistratura democratica, ripercorre la legislazione e le politiche sull'immigrazione in Italia negli ultimi 30 anni. L'analisi diacronica svolta in questo volume al quale hanno contribuito una cinquantina di autori appartenenti a diverse discipline, giuridiche e non solo, ci permette, da un lato, di riconoscere le costanti insite negli strumenti tecnico-giuridici adottati per governare il fenomeno dell'immigrazione e dall'altra di soffermarsi a riflettere su come garantire oggi il «diritto di avere diritti».

Attraverso il tema dello *ius migrandi*, sviluppato lungo le cinque dorsali tematiche in cui si articola l'intera pubblicazione, sono stati analizzati, da un lato, gli effetti sulla condizione dei migranti conseguenti all'esponentiale politicizzazione del fenomeno immigrazione che ha alimentato la retorica pubblica traducendosi in politiche di esclusione e "disprezzo per il diritto", e dall'altro lato, la necessità di rivendicare la forza stessa dei diritti universali e indivisibili, in difesa non solo dei migranti ma dell'identità civile e democratica dei nostri ordinamenti.

Monia Giovannetti, socia ASGI e componente del comitato di redazione della rivista «Diritto, immigrazione e cittadinanza», da oltre vent'anni è impegnata nella ricerca sociale sui fenomeni migratori ed in particolare sul tema dell'inclusione dei minori stranieri non accompagnati, richiedenti asilo e rifugiati.

Nazzarena Zorzella, avvocatessa ASGI del foro di Bologna, co-fondatrice di ASGI e componente del comitato di redazione della rivista «Diritto, immigrazione e cittadinanza».