

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI**  
**FEDERICO II**

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



Tesi di dottorato in

DIRITTI UMANI. TEORIA, STORIA E PRASSI  
XXXIII ciclo

Coordinatore: Ch.mo Prof. Cosimo Cascione

**LO STRANIERO, LO STATO E LE SFIDE DEL**  
**NEOCOSTITUZIONALISMO**

Tutor  
Ch.mo Prof. Alberto Lucarelli

Candidata:  
Michela Tuozzo  
Matricola: DR 992944

## Indice

LO STRANIERO, LO STATO E LE SFIDE DEL NEOCOSTITUZIONALISMO.....	5
INTRODUZIONE E PIANO DELL'OPERA .....	6
Capitolo primo .....	12
<i>Ius migrandi</i> , linee di una ricostruzione diacronica.....	12
Parte prima.....	12
L'ospite e il nemico nella civiltà classica.....	12
1. <i>Ius migrandi</i> nel mondo antico, breve premessa di metodo e piano dell'esposizione .....	12
1.1 <i>Xēnos</i> e <i>hostis</i> , specificità di un rapporto ambiguo .....	16
1.2 L'ospitalità a Roma.....	26
1.3 <i>Civis romanus sum</i> .....	29
Parte seconda.....	38
<i>Ius migrandi</i> , la nascita di un diritto asimmetrico .....	38
2. Alle origini del diritto di polizia.....	38
2.1 Lo straniero nello Stato liberale italiano e nella dialettica individualismo/statualismo.....	47
2.2 La condizione giuridica dello straniero nell'esperienza del "secolo breve".	
53	
Capitolo secondo .....	63
Il non cittadino nella Costituzione. <i>La vis expansiva</i> della Carta e il doppio binario cittadinanza – territorialità.....	63
1. <i>Incipit vita nova</i> .....	63
2. La condizione giuridica dello straniero nell'art. 10, co. 2 e dell'asilante nell'art. 10, co. 3 della Costituzione .....	70
3. <i>La sedes materiae</i> dei diritti inviolabili del non cittadino. Il contributo della dottrina .....	75
3.1 ( <i>segue</i> ) Il "metapprincipio" della massimizzazione della tutela.....	81
3.2 Il contributo della giurisprudenza costituzionale .....	86
4. Sui doveri del non cittadino, una prospettiva <i>de iure condito</i> e <i>de iure condendo</i> .....	97
4.1 La posizione del non cittadino rispetto al corpo elettorale.....	106
5. Il diritto a essere diversi.....	112
5.1 Il non-modello italiano e l'attivismo giudiziario.....	116
5.2. Oltre i modelli .....	124
Capitolo terzo.....	129

Il legislatore italiano nel paradigma del doppio binario integrazione e sicurezza, tra spinte eurounitarie .....	129
e del diritto internazionale .....	129
1. La mancata attuazione dell'art. 10, c. 2°, Cost.: un'assenza lunga cinquant'anni.....	129
2. Il Testo Unico dell'Immigrazione e la frammentazione della categoria del non-cittadino nell'ordinamento.....	135
3. Lo straniero, ovvero il clandestino, nel prisma della legge Bossi-Fini .....	142
4. La disciplina della condizione dello straniero nella morsa dei cc.dd. "pacchetti sicurezza" .....	145
4.1 Il Pacchetto Sicurezza 2008-2009 .....	149
5. Continuità e discontinuità della sicurezza tra "Piano Minniti" e "Decreto Salvini" nell'indebolimento del diritto di asilo.....	156
5.1. (segue) Le novità introdotte dal d.l. 13/2017.....	158
5.2 (segue) Le novità introdotte d.l. 113/2018: il binario della sicurezza.....	168
5.3 (segue) Il binario dell'integrazione nel d.l. 113/2018.....	182
Capitolo quarto .....	193
Frontiera e Costituzione, quale prospettiva di riallineamento? .....	193
Premessa.....	193
Parte prima.....	194
L'attitudine del diritto di asilo costituzionale a depotenziare le "politiche di non arrivo". .....	194
1. La criminalizzazione delle ONG.....	194
2. Le Direttive del 2019, l'antefatto amministrativo.....	198
3. Il caso <i>Diciotti</i> , l'antefatto ...dell'antefatto, la insindacabilità dell'atto politico tra crisi migratoria e costituzionale.....	204
3.1 (segue) La reviviscenza della giustizia politica. ....	207
3.2 (segue) Ragion di Stato o ragion di diritti? .....	215
3.3 (segue) Ci sarà "un giudice a Berlino" dei diritti <i>inviolabili</i> (ma concretamente) <i>violati</i> ? .....	218
4. I limiti all'ingresso nei porti italiani nel d.l. 53.....	225
5. Il contenuto necessario del diritto d'asilo come limite al potere interdittivo alle navi soccorritrici.....	228
6. Porti chiusi e pandemia .....	237
7. L'approccio UE tra protezione dei diritti e controllo delle frontiere. ....	245
Parte seconda.....	253
La tutela dei diritti dei migranti che attraversano la frontiera .....	253

8. Le tragedie nel mare Mediterraneo come effetto della crisi di solidarietà tra Stati nelle politiche di controllo alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione.....	253
8.1 La ricollocazione nel prisma della solidarietà UE. ....	257
8.2. La solidarietà esterna nella cooperazione con i Paesi terzi.....	265
9. La strategia dei punti di crisi nel segno della condizionalità U.E. ....	275
10. Il gattopardismo del diritto dell'immigrazione, emergenza e assenza delle fonti nella gestione italiana dei punti di crisi. ....	279
10.1 La pre-identificazione e il diritto a essere informati. ....	285
10.2 Rilevamento delle impronte digitali: coazione e libertà personale. ....	288
11. Le nuove ipotesi di detenzione amministrativa del richiedente asilo dentro e fuori gli <i>hotspot</i> . ....	292
12. Il sacrificio della libertà personale dello straniero quale invariante metodologica della <i>governance</i> dell'immigrazione fuori e dentro la frontiera....	303
13. Nessuno si salva da solo: il pericoloso naufragio del principio personalista e di quello solidarista in alto mare e alla frontiera.....	312
<i>Post-scriptum</i> . ....	318
Prime note sul nuovo patto sulla immigrazione e l'asilo e sul d.l. 130/2020. ....	318
Riepilogo critico e conclusioni .....	329
Bibliografia .....	346
Sitografia .....	384

## LO STRANIERO, LO STATO E LE SFIDE DEL NEOCOSTITUZIONALISMO

*Riflettere sull'immigrazione, in fondo, significa interrogare lo Stato, i suoi fondamenti, i suoi meccanismi interni di strutturazione e di funzionamento. Interrogare lo Stato in questo modo, mediante l'immigrazione, significa in ultima analisi "denaturalizzare", per così dire, ciò che viene considerato "naturale" e "ristoricizzare" lo Stato o ciò che nello Stato sembra colpito da amnesia, cioè significa ricordare le condizioni sociali e storiche della sua genesi. La "naturalizzazione" dello Stato, come la percepiamo in noi stessi, opera come se lo Stato fosse un dato immediato, come se fosse un oggetto dato di per sé, per natura, cioè eterno, affrancato da ogni determinazione esterna, indipendente da ogni considerazione storica, indipendente dalla storia e dalla propria storia, da cui si preferisce separarlo per sempre, anche se non si smette di elaborare e di raccontare questa storia. 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».*

(A. Sayad, La doppia assenza.  
Dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato).

## INTRODUZIONE E PIANO DELL'OPERA

Esiste nella Costituzione il diritto ad immigrare?

L'art.16, c. II, della Costituzione e l'art. 13 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 riconoscono il diritto dell'individuo di lasciare il proprio Paese e di potervi fare ritorno. Se dovessimo dunque rispondere in maniera secca a questa domanda, al diritto di emigrare non fa da contraltare un corrispondente diritto ad immigrare. Dall'analisi che si svolgerà emerge tuttavia una scala cromatica più complessa tra il bianco e il nero, dove si colloca «l'unico diritto» ad aver sempre «campeggiato come simbolo dei diritti umani»<sup>1</sup>: quello d'asilo.

Il diritto d'asilo consente allo studioso di osservare il diritto dell'immigrazione da una prospettiva particolare, che sta nel mezzo tra il dovere di ospitalità e lo *jus excludendi*, giacché condiziona l'esercizio della sovranità statale a doversi arrestare dinanzi allo straniero che dal respingimento potrebbe subire tortura o trovarsi in pericolo di vita.

Allo stesso tempo, esso è il diritto di chi ha perso ogni altro diritto e assume così anche il ruolo di termometro dello stato della democrazia del Paese e della sua capacità di essere inclusivo, accogliente e umanitario.

Più in generale lo straniero – per dirla con Derrida – è colui che mette in discussione le certezze di chi straniero non è.

Il filo rosso che accompagnerà la trattazione che segue si dipana lungo lo *spaesamento* che deriva dall'incontro con l'Altro, nella sfida che oggi s'impone all'ordinamento costituzionale rispetto alla condizione giuridica del non cittadino: orientare l'attività dei poteri dello Stato e i formanti del diritto al progetto del neocostituzionalismo di massima promozione dei diritti fondamentali e in particolare del valore della dignità umana. Più precisamente, lo straniero indica al cittadino come orientare la bussola dei diritti e dei doveri per la realizzazione del «pieno sviluppo della persona umana» nello stato costituzionale democratico e pluralista.

Nel modello del neocostituzionalismo<sup>2</sup> fondato sul primato della persona, il diritto costituzionalizzato è irradiato da valori morali, formulato secondo regole e principi che spetterà agli operatori del diritto bilanciare «superando dunque lo stretto giuspositivismo ottocentesco e il connesso statalismo e aprendosi alla dimensione sovranazionale e internazionale, in modo da costruire così una sorta di fede laica nei diritti umani, sostitutiva dell'antico giusnaturalismo»<sup>3</sup>. In siffatto sistema i diritti

---

<sup>1</sup> H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, trad. it., Torino, Einaudi, 2004, p. 389.

<sup>2</sup> Per una sistematica ricostruzione si rinvia *ex multis* a M. BARBERIS, *Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, fasc. 1/2012, pp. 153-164; G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, vol. 56, 1/2011, pp. 965-997; T. MAZZARESE, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico. Note a margine*, in *Ragion pratica*, fasc. 2/2003, pp. 563-569.

<sup>3</sup> S. PRISCO, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BioLaw Journal*, fasc. 2/2019, p. 71.

umani non sono solo un limite al potere sovrano, ma anche «fondamento e scopo stesso dell'autorità statale»<sup>4</sup>.

Lo studio della situazione giuridica definibile come *ius migrandi*, intesa come fenomeno connesso alla libertà (innanzitutto di fatto, giacché l'acqua naturalmente scorre, il giorno e la notte si alternano e via dicendo), ma poi recepito e regolato anche dal diritto, di muovere dal Paese di origine verso un altro di arrivo o di transito, deve essere affrontato – come ogni indagine giuridica – innanzitutto con consapevolezza diacronica e inoltre tenendo insieme anche alcuni aspetti che le scienze sociali hanno contribuito a mettere in luce.

È giocoforza non poter perciò escludere – a condizionare la mera ricostruzione ordinamentale e per illuminarne la *ratio* – un'analisi, seppur sommaria, dei *push and pull factors* e, dunque, di quelle componenti sociologiche ed economiche che rappresentano i presupposti delle *mass migration*<sup>5</sup>.

Il prisma con il quale si intende osservare il fenomeno resta beninteso quello del giuspubblicista, dapprima in chiave comparatistica diacronica, onde cogliere continuità e discontinuità del fenomeno, per approdare successivamente al diritto positivo.

Si avrà modo di approfondire nei successivi capitoli i nodi cruciali che accomunano passato e presente, in relazione al rapporto tra libertà e sicurezza, confrontando gli aspetti (comuni a tutti i sistemi giuridici statali) di cosiddetta “amministrativizzazione delle libertà degli ‘altri’ ”, in quanto non cittadini, nei Paesi retti da una forma di Stato liberaldemocratica, con particolare attenzione alla legislazione e alla giurisprudenza costituzionale e comune, nel quadro dell'odierna sfida che impone di riconoscere i diritti della persona anche in quello spazio (qui inteso in senso sia fisico, sia giuridico) che si frappone all'accesso alla frontiera e subito dopo averla varcata. Recuperando quindi il valore della pari dignità degli uomini, si comprende come dalla Carta Costituzionale sia possibile replicare il metodo inclusivo verso lo straniero, non dimenticando che anche chi è privo di un legame di cittadinanza è titolare di libertà universali, che nella non recentissima, ma significativa e celeberrima sentenza 105/2001, la Consulta chiarisce spettare *ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani*.

\*\*\*

L'analisi che segue è stata suddivisa in quattro capitoli.

Il primo capitolo è articolato in due parti, la prima delle quali dedicata ad indagare come nella storia antica si è svolto il rapporto con l'Altro, nella dicotomia tra ospitalità e ostilità. Alla ricostruzione del rapporto di ospitalità si presta la cultura

---

<sup>4</sup> A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 5.

<sup>5</sup> J. BHABHA, *Can We Solve the Migration Crisis?*, Cambridge, Polity Press, 2018, p. XIV, «No viable or just resolution to current refugee and migration pressures can be sustainably reached without addressing the factors that drive people to leave home, whether temporarily or permanently».

greca antica, dove nacque il diritto di asilo attraverso luoghi sacri, idonei in virtù della subordinazione della giustizia umana a quella divina ad offrire rifugio a persone o cose. Nella sacralità dell'asilo s'inscrive quella della *xènia*, di cui la letteratura tragica offre numerose testimonianze. La ricostruzione del rapporto di ostilità è invece possibile osservando il mondo dell'antica Roma attraverso la figura dell'*hostis*, termine che si presta più di ogni altro a ricalcare l'ambiguità tra inclusione ed esclusione, tra l'ospite e il nemico.

La seconda parte del capitolo è tesa invece a ripercorrere le strutture invariante e le specificità storiche dalla nascita dirompente della cittadinanza rivoluzionaria, con la *Declaration of Rights* della Virginia del 1786 e la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino* francese del 1789, continuando con l'emersione del *refrain* libertà/sicurezza che caratterizzerà lo statuto giuridico del non cittadino a partire dal costituzionalismo liberale, per finire alla svolta securitaria ed oppressiva del regime fascista, nei suoi tratti tipici di radicale negazione dei valori del costituzionalismo.

Il secondo capitolo si è concentrato sullo statuto costituzionale del non cittadino, a partire dagli scarni riferimenti in Assemblea costituente e alla problematica ricostruzione della condizione giuridica dello straniero e del diritto d'asilo nel paradigma della dignità.

L'almeno apparente irrilevanza costituzionale dei diritti di ingresso e soggiorno è il *punctum dolens* dell'intero ordinamento, insieme alla questione dei diritti politici che pur nella loro fundamentalità sono negati ai non cittadini, attesa una loro declinazione nazionalistica che va invece messa in discussione. All'interno di queste coordinate si è ripercorso il contributo della giurisprudenza costituzionale, con particolare riguardo alla graduale estensione del principio di eguaglianza, grimaldello soprattutto dei diritti sociali. A completare il quadro della vita costituzionale dello straniero sono i doveri e il diritto all'identità culturale, entrambi fungono da volano del progetto, attuato in maniera più o meno consapevole, dell'integrazione nel tessuto democratico del Paese.

Le sfide che dunque il tema dell'immigrazione continua a porre al costituzionalismo sono quella dei diritti/doveri politici per lo straniero escluso dal circuito democratico e quella di ancorare al riconoscimento della pari dignità sociale la tutela dei diritti: per quelli inviolabili se ne trarrebbe maggiore certezza circa il loro nucleo duro, mentre per quanto di essi sia sottoponibile a legittime restrizioni non un'apertura incondizionata, ma le garanzie tipiche della forma di Stato costituzionale: proporzionalità, eguale protezione degli interessi contrapposti, *due process* e *habeas corpus*. «La vera partita del diritto dell'immigrazione»<sup>6</sup> si gioca allora sul rispetto dei diritti fondamentali di tutti all'interno delle categorie che il costituzionalismo del dopoguerra ha definito.

Il terzo capitolo è stato concentrato sull'evoluzione per via legislativa della materia e sono state ricostruite le linee di tendenza ricorrenti del bilanciamento tra integrazione e sicurezza.

Sotto il profilo securitario sono stati osservati i seguenti tratti.

---

<sup>6</sup> G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 112.

La lotta all'immigrazione irregolare tra il vecchio populismo penale che assumeva una posizione dichiaratamente punitiva, inaugurata dalla l. 189/2002, esacerbata nel c.d. *Pacchetto sicurezza* del 2008-09 e il “neo-populismo securitario (di cui sono espressione i dd. ll. 113/2018 e 53/2019)<sup>7</sup>, che fa leva sull'istigazione all'odio e la criminalizzazione di chi — obbedendo alle “leggi umanitarie” del mare — compie operazioni di *search and rescue*.

La “specialità” del diritto dell'immigrazione, che si caratterizza per una compenetrazione non districabile tra diritto penale e amministrativo, in modo icastico definita “amministrativizzazione della libertà degli stranieri”. Essa si sostanzia, per quel che riguarda il diritto penale dell'immigrazione<sup>8</sup> nella subalternità dell'intervento penale rispetto a quello amministrativo; per l'evaporazione del principio di *extrema ratio* e dell'offensività; infine per la criminalizzazione della clandestinità come male in sé<sup>9</sup>. Per il versante amministrativo il riferimento è alla detenzione amministrativa.

Sotto il profilo dell'integrazione si è dedicata precipua attenzione (come si anticipava all'inizio) al diritto d'asilo e di accoglienza. Dalle tensioni che lo stesso ha vissuto da un punto di vista processuale, inaugurate dal d.l. 13/2017, alla più “ruvida” riforma su protezione umanitaria, sistema d'accoglienza e residenza anagrafica del d.l. 113/2018. La protezione internazionale è stata oggetto di rilevanti modifiche per tentare di ridurre gli arrivi in Italia, sia attraverso la rotta via mare, sia da quella balcanica, di concerto con l'UE, che ha stimolato l'articolazione di strumenti di cooperazione con i Paesi di arrivo e di transito per il contenimento dei flussi. In altre parole anche il versante dell'integrazione ha assunto tratti di securitizzazione.

L'ultimo capitolo è stato diviso in due parti, dedicate al doppio livello di esternalizzazione del controllo delle frontiere, funzionale alla sopravvivenza di uno spazio di libertà di circolazione interna: quello dell'Unione europea verso i Paesi frontalieri, che si ritrovano a dover gestire i maggiori costi e responsabilità delle rotte migratorie via mare e via terra e quello dai Paesi frontalieri verso i territori di partenza o transito, a danno dei diritti inviolabili e della stessa vita di chi percorre quelle rotte.

In questo scenario di ripiegamento del progetto di integrazione europea verso la costruzione della c.d. *Fortress Europe*, il ritorno alla Costituzione con diretta applicazione dell'inattuato asilo politico pare essere un utile grimaldello per riconoscere *il diritto di avere diritti* a chi non può farli discendere dal proprio *status*

---

<sup>7</sup> L. FERRAJOLI, *Introduzione. Le politiche contro i migranti tra disumanità e illegalità*, in M. Giovannetti, N. Zorzella, *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, Franco Angeli, 2020, pp. 17-29.

<sup>8</sup> Si vedano *ex multis* S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Esi, Napoli, 1992; A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Critica del diritto*, fasc. 1/2013, pp. 17-43; A. CAPUTO, *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, p. 389 ss.; L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 4/2009, p. 15 ss.; L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione giustizia*, n. 5/2009.

<sup>9</sup> A. CAPUTO, *Irregolari, pericolosi, criminali. Il diritto delle migrazioni tra politiche securitarie e populismo penale*, in *Ius migrandi*, cit., pp. 164-180.

*civitatis*. Da uno studio più sistematico è possibile rintracciare nelle politiche di non arrivo o nell'adozione del metodo *hotspot* non solo singole violazioni del diritto d'asilo e della libertà personale, bensì una vulnerazione del principio personalista e solidarista che caratterizza la nostra forma repubblicana.

Sarebbe tuttavia errato guardare alla sola dimensione “domestica” e al valore taumaturgico della Costituzione per darsi ragione di un fenomeno che ha dimensioni globali che ha bisogno, per essere governato, di una spinta solidaristica dell'Unione europea, affinché dal ripensamento del primo livello di esternalizzazione possa retrocedere anche il secondo.

\*\*\*

La fine di Gennaio 2021 si è conclusa con due condanne nette alla gestione delle frontiere da parte dell'Italia.

La prima del 18 gennaio, data nella quale il Tribunale di Roma ha riconosciuto la responsabilità italiana per il “respingimento a catena” di un cittadino pakistano che, giunto tramite la rotta balcanica alla frontiera di Trieste e dopo aver manifestato la volontà di presentare domanda d'asilo, è stato ricondotto in maniera informale verso la Slovenia e da lì fino alla Bosnia Eregovina. La condanna della prassi illegittima riguarda molteplici violazioni: aver applicato il respingimento sulla base di un accordo di riammissione tra governo italiano e sloveno del 1966, mai ratificato dal Parlamento; l'omissione di uno specifico provvedimento motivato e poi convalidato da un giudice, trattandosi di un comportamento restrittivo della libertà personale dello straniero; la violazione del diritto ad un ricorso effettivo e l'integrazione degli estremi del respingimento collettivo, con violazione degli artt. 3 e 13 Cedu e 4 protocollo 4 Cedu; la violazione del diritto d'asilo. Il Tribunale dedica una lunga parte della sua sentenza all'elevatissima probabilità che per uno straniero respinto verso la Slovenia possa derivarne un respingimento a catena prima verso la Croazia e poi verso la Bosnia e la sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti. Lo Stato italiano – si legge – aveva tutti gli elementi, provenienti da fonti certe e documentate, per sapere quanto avviene lungo l'inversione forzosa di rotta e prendere atto che nei Paesi balcanici il migrante si sarebbe trovato sprovvisto di ogni forma di protezione. Il 27 gennaio il Comitato ONU per i diritti umani ha inoltre riconosciuto la responsabilità italiana nel terribile naufragio del 10 ottobre 2013 in acque internazionali, a 113 km a sud dell'isola di Lampedusa e a 218 km da Malta, in cui hanno perso la vita oltre duecento persone. Nell'operazione di mancato salvataggio è stata riconosciuta l'esistenza di una «special relationship of dependency had been established between the individuals on the vessel in distress and Italy», dovuta al contatto iniziale effettuato dalla nave in pericolo con l'IMRCC, la stretta vicinanza dell'*ITS Libra* alla nave in pericolo e il coinvolgimento continuo dell'IMRCC nell'operazione di salvataggio. Anche se durante l'operazione il peschereccio si trovava nella zona SAR Maltese, il Comitato ha ritenuto ugualmente l'Italia responsabile della violazione dell'art. 6, co. 1 del *Patto Internazionale per i Diritti Civili e Politici* del 1966, per non aver adottato misure adeguate a proteggere la vita delle

persone da minacce ragionevolmente prevedibili in una situazione di *distress*, in base alle norme di diritto internazionale.

L'auspicio di chi scrive è che queste pronunce possano divenire il seme di una nuova consapevolezza politica della gestione delle frontiere, oggi non solo inumana, ma *contra Constitutionem* e contraria altresì al diritto internazionale.

Nel frattempo il 13 febbraio è entrato in carica un nuovo Governo e nelle comunicazioni del suo Presidente del Consiglio, professore Mario Draghi, al Senato della Repubblica si ritrovano dichiarazioni programmatiche sulle intenzioni per esso caratterizzanti in questa materia: attenzione e proiezione verso le aree dei Balcani, del Mediterraneo allargato, con particolare riguardo alla Libia, al Mediterraneo orientale e all'Africa; consolidamento della collaborazione con Stati con i quali siamo accomunati da una specifica sensibilità derivante dalla posizione geografica e dalla condivisione di problematiche come quella ambientale e migratoria, ossia Spagna, Grecia, Malta e Cipro; negoziato sul nuovo *Patto per le migrazioni e l'asilo*, per sostenere un maggiore equilibrio tra responsabilità dei Paesi di primo ingresso e solidarietà effettiva. Cruciale – in conclusione – sarà anche la costruzione di una politica europea dei rimpatri dei non aventi diritto alla protezione internazionale, accanto al pieno rispetto dei diritti dei rifugiati.

C'è un altro passaggio significativo del discorso che pare ben più esplicativo: «Questo governo nasce nel solco dell'appartenenza del nostro Paese, come socio fondatore, all'Unione europea, e come protagonista dell'Alleanza Atlantica, nel solco delle grandi democrazie occidentali, a difesa dei loro irrinunciabili principi e valori». Per finire, se lo straniero provoca lo spaesamento del cittadino, al tempo stesso mette l'Europa di fronte allo specchio e alla sfida di dare nuovo slancio ai capisaldi che più di vent'anni fa individuò il 15 e 16 ottobre 1999, a Tampere, il Consiglio europeo: un partenariato che «abbracci le questioni connesse alla politica, ai diritti umani e allo sviluppo dei paesi e delle regioni di origine e transito»; l'istituzione di un regime europeo comune in materia di asilo, basato sull'applicazione della Convenzione di Ginevra e il principio di *non-refoulement*; una politica di integrazione più incisiva che dovrebbe rafforzare la non discriminazione nella vita economica, sociale e culturale e prevedere l'elaborazione di misure contro il razzismo e la xenofobia; una gestione più efficace dei flussi migratori in tutte le fasi.

L'ulteriore auspicio sempre della scrivente è che i valori richiamati nel discorso al Senato si concretino in un effettivo, comune impegno per la libertà, ancorato ai diritti dell'uomo, alle istituzioni democratiche e allo Stato di diritto.

## Capitolo primo

### ***Ius migrandi*, linee di una ricostruzione diacronica.**

**SOMMARIO:** *Parte prima. L'ospite e il nemico nella civiltà classica. – 1. Ius migrandi nel mondo antico, breve premessa di metodo e piano dell'esposizione. – 1.1 Xènos e hostis, specificità di un rapporto ambiguo. – 1.2 L'ospitalità a Roma. – 1.3 Civis romanus sum. – Parte seconda. Ius migrandi, la nascita di un diritto asimmetrico– 2. Alle origini del diritto di polizia. – 2.1 Lo straniero nello Stato liberale italiano e nella dialettica individualismo/statualismo. – 2.2 La condizione giuridica dello straniero nell'esperienza del "secolo breve".*

### Parte prima

#### L'ospite e il nemico nella civiltà classica

##### **1. *Ius migrandi* nel mondo antico, breve premessa di metodo e piano dell'esposizione**

La prima parte del lavoro si concentra sui movimenti dei popoli nelle civiltà classica greca e romana. La necessità di recuperare sollecitazioni che vengono dal passato e dalla storia del diritto non ha come obiettivo quello di voler dare una lettura semplificata e decontestualizzata di istituti accomunati dallo (o riconducibili allo) stesso lemma; tanto meno, come ricorda un noto Autore<sup>10</sup>, si può affermare che il vecchio sia sempre comparabile e raffrontabile al nuovo. Quando infatti

---

<sup>10</sup> G. SARTORI, *Comparazione e metodo comparato*, in *Italian Political Science Review*, Vol. 20, fasc. 3/1990, pp. 397-416 che icasticamente sottolinea come «mele e pere possono sì paragonarsi, ma entro certo limiti».

l'espressione linguistica che racchiude il significato di un istituto giuridico oggetto di studio rimane invariata, ma è lo stato di cose che esso intende disciplinare a mutare, allora bisogna orientare l'indagine a cogliere i fattori di trasformazione che nel frattempo si sono verificati e che danno discontinuità concettuale alle apparentemente uguali manifestazioni di un fenomeno giuridicamente ricondotto al medesimo termine.

I termini linguistici non possono essere, perciò, considerati come identificativi di per se stessi di realtà date ed immutabili e la demistificazione di siffatto errore metodologico si rende possibile quando, anziché proporsi di ricavare dalla storia troppo facili similitudini o — all'opposto — dissomiglianze, sono riportati all'attenzione e alla memoria nuovi elementi e nozioni per problematizzare il presente, assimilando e differenziando, nei limiti dei rispettivi contesti, istituti che sono necessariamente condizionati dalla storicità materiale che li ha prodotti.

Ripercorrere la mobilità semantica che ha caratterizzato le fasi della storia greca e romana quanto alle parole che noi traduciamo con il generico termine di "straniero" è utile a mettere in luce un aspetto essenziale del discorso giuridico in tema: si è stranieri o nemici non per natura, ma per costruzione socio-politica, cui partecipano sia il diritto, sia il sostrato socio-culturale che lo precede, con una commistione di entrambe le componenti. Il discorso giuridico ha per sua natura una spiccata tendenza performativa: la definizione e il trattamento di certi fenomeni contribuiscono cioè alla creazione di categorie concettuali che però *in rerum natura* non esistono. Esempio paradigmatico, come si vedrà, è l'*hostis* in Roma antica e prima ancora lo *xénos* della Grecia arcaica e classica, ove è appunto la dimensione del diritto a definire chi sia straniero e a differenziarne i diritti e i doveri verso la comunità. In entrambe le esperienze non esiste lo straniero in sé, ma si rinvengono diverse categorie — tutte con un proprio statuto giuridico — di stranieri e dunque è la mediazione del diritto ad assumere rilevanza, molto più delle origini etniche, ai fini di una perimetrazione concettuale.

A proposito della genesi dell'ospitalità quale istituzione sociale e giuridica, che precede e struttura le stesse ragioni della morale, scrive infatti Rudolf von Jhering nel suo *phamplet* in argomento, che: «Non già il sentimento morale, ma il riconoscimento del pratico valore dell'ospitalità, le ha dato vita. Resasi evidente la necessità dell'ospitalità, il sentimento morale se ne è impossessato, rendendosi così padrone di un terreno che si era andato preparando; il che del resto è accaduto di tante altre istituzioni»<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> R. VON JHERING, *Die Gastfreundschaft im Alterthum*, 1887, trad. it., *L'ospitalità presso gli antichi*, estratto dalla *Rivista di Giurisprudenza di Trani*, 1989, p. 9. In tema, E. RIGO, *L'ospitalità come concetto della storia nella lettura di Rudolf von Jhering*, in C.S. G. Grisi (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno*. Atti del seminario di Leonessa. 22-23 settembre 2017, Roma, Roma TrE-Press. pp. 231-240. Il contributo evidenzia come, secondo l'Autore, l'ospitalità avesse la sua ragion d'essere nella necessità pratica di cementare comunque i rapporti di scambio e commerciali delle comunità. In un'epoca di mancanza di diritti per lo straniero, l'ospitalità costituiva cioè l'unica modalità di contatto tra persone appartenenti a comunità diverse. Anche Giambattista Vico riconduceva l'ospitalità all'interesse, in particolare per i fondatori delle città che potevano aumentare tramite gli asili il numero degli abitanti e per gli ottimati,

L'esperienza dello straniero nella cultura antica conosceva specifiche tutele e forme di integrazione che possono essere indagate, spogliandoci, però, dalle odierne categorie concettuali nate con lo Stato moderno.

La mobilità nella città antica è attestata sin dalla sua fondazione e i suoi aspetti sono raccolti tramite lo studio dei termini, che rinviano a concetti e del loro significato, che orienta la ricerca. Quest'attività consente di narrare il passato per cogliere le radici di istituti e discipline, osservandone l'evoluzione. Parole e fatti si influenzano le une e gli altri condizionandosi vicendevolmente, il linguaggio registra un cambiamento esterno di cui dà atto e al tempo stesso contribuisce a quel mutamento; ogni parola finisce per racchiudere un insieme di significati che in genere non si cristallizzano nel tempo, ma si evolvono con l'andar della storia, delle strutture sociali, della politica e dell'economia: *la realtà non si lascia ridurre una volta per tutte ad un concetto*<sup>12</sup>.

Una prima suggestione viene dal luogo in cui gli eventi passati e quelli odierni, che si andranno ad analizzare, si sono svolti e si svolgono: il mar Mediterraneo, quale indiscusso spazio di incontro e confronto fra civiltà. Una linea espositiva, dunque, utile a mostrare «che in un ampio spazio intorno al Mare Mediterraneo si è svolto – come continua a svolgersi – un plurimillenario processo storico, essenzialmente caratterizzato da contatti ed influenze, da scambi di uomini e di cose, di elementi di cultura materiale e intellettuale, tra imperi, stati, regioni, città, popolazioni e dunque fra le civiltà presenti sulle rive del mare»<sup>13</sup>.

Il concetto stesso di asilo presenta origini antichissime, l'*asulon* aveva una dimensione divina che si irradiava nel «tempio dove non c'è diritto di cattura (σύλη)»<sup>14</sup>. La sacralità e l'inviolabilità dello spazio (il rifugio) garantiva a chi lo valicava la stessa immunità di quel luogo, dotato di effetti protettivi. Non era dunque l'aspetto soggettivo che diverrà successivamente il suo tratto fondamentale a caratterizzarlo, ma uno oggettivo, fondato a sua volta sul valore religioso del tempio impenetrabile. Il passaggio dall'asilo religioso a quello politico-territoriale si realizzerà compiutamente solo con l'art. 2 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* e gli artt. 118 e 120 della *Costituzione francese* del 1973. Da frutto della carità cristiana e luogo di rifugio per l'ebraismo, l'asilo politico è nozione che affonda le sue radici «nella lotta per la *liberté* contro la *tyrannie*»<sup>15</sup> ed è strumento di protezione nell'inviolabilità dei confini dello Stato. Un elemento tuttavia rimane costante «e cioè

---

che concedevano protezione alle clientele per adibirle alla coltivazione dei terreni (*La scienza nuova*, 1725, edizione digitale, Letteratura italiana Einaudi).

<sup>12</sup> R. KOSELLECK, *Storia dei concetti e concetti della storia*, in *Contemporanea*, fasc. 1/1998, p. 13, sottolinea l'esistenza di una relazione tra concetti linguistici e storia extralinguistica: una relazione imprescindibile, poiché i concetti si lasciano ispirare da ciò che accade al di fuori della semantica, ma al tempo stesso sono essi stessi a dare una forma e a reiterare la storia.

<sup>13</sup> S. BONO, *Un altro Mediterraneo. Una storia comune tra scontri e integrazioni*, Roma, Salerno Editrice, 2008, p. 258.

<sup>14</sup> Cfr. la definizione in Enciclopedia Treccani online; M. GIRIODI, voce *Asilo (diritto di)*, *Storia del diritto*, in *Dig. it.*, vol. IV, parte I, p. 778.

<sup>15</sup> F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Roma, Carocci, 2011, p. 37.

la circostanza per cui chi chiede asilo lo fa in quanto la sua stessa vita risulta in pericolo fuori dal luogo che gli garantisce incolumità<sup>16</sup>.

I temi dell'asilo nell'accezione personalista e del territorio inteso come spazio di rifugio, tra di loro indissolubilmente connessi, torneranno nel corso della trattazione dei successivi capitoli. L'intreccio è peraltro presente anche nell'art. 10, co. 3 della Costituzione, dal quale si ricava un diritto di "ospitalità necessaria", secondo l'accezione kantiana del diritto di visita (*Besuchsrecht*), ma di questo si discuterà ampiamente più avanti.

Fatta tale premessa, questa prima parte del capitolo si concentra sullo studio di quattro termini: *xénos*, *hostis*, *hospes*, *civitas*.

Il primo si colloca nell'esperienza greca e gli altri tre in quella romana. Mentre per la *xènia* il tentativo di riconoscere un'evoluzione storica da straniero ad ospite e viceversa si è rivelato infruttuoso<sup>17</sup> poiché nelle fonti più antiche se ne attesta una corrispondenza tra i due termini. Viceversa, le vicende semantiche dei termini romani riassumono il cambiamento che le istituzioni hanno attraversato nei secoli nei confronti delle libertà e dei diritti dell'altro.

*Hostis* è infatti un termine polisemico che ha, con l'andar del tempo, acquisito un significato nuovo e diverso rispetto a quello originario: la letteratura ne ha messo in evidenza tutta la sua complessità, irriducibile alla semplice dicotomia straniero/nemico.

La parola *hospes* deriva da *hostis*, senza recare con sé alcun riferimento all'ostilità e al conflitto. L'ospitalità romana con le sue peculiarità consente di superare la secca contrapposizione inclusione/esclusione degli stranieri ospiti, regolando invece le modalità della relazione tra lo straniero e il romano. L'*hospitium* indicava dunque una precisa condizione giuridica, un legame così solido che neppure la guerra poteva rescindere.

Infine, c'è la cittadinanza romana come *status* giuridico che riconosce al cittadino diritti politici, autonomia privata e una forma antesignana di *habeas corpus*<sup>18</sup>. Le tre parole *iuris societas civium*<sup>19</sup> richiamate da Cicerone (*De Republica*) condensano il fondamento della *civitas*. Anche la cittadinanza romana è tuttavia soggetta, nel tempo, a profonde trasformazioni e l'ampliamento a tutti gli abitanti dell'impero coincide con il suo depauperamento originario e futuro declino. La cittadinanza perde il suo nucleo principale quando Roma smette di essere la *res-publica* che deriva dai e appartiene ai *cives*.

Dallo studio delle fonti non è possibile trarre in maniera diretta lumi circa l'esistenza di uno *ius migrandi* o *migrationis* in Roma antica, per lo meno secondo le categorie a

---

<sup>16</sup> *Ivi*, p. 19.

<sup>17</sup> Vedi sul punto M. DONATO, *Spigolature sullo xenos, da Omero a Platone*, in N. Di Vita (a cura di), *Hostis, hospes. Lo straniero e le ragioni del conflitto*, Napoli, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici Press, 2020, nota 1, pp. 33-56 (spec. p. 34).

<sup>18</sup> C. NICOLET, *Il mestiere del cittadino nell'antica Roma*, Roma, Editori Riuniti, 1992, p. 408.

<sup>19</sup> *De Rep. 1.32.49: quid est enim civitas nisi iuris societas civium?*

noi contemporanee. L'espressione può al più essere riferita al diritto dei latini di conseguire la cittadinanza romana *per migrationem et censum*<sup>20</sup>.

Ne deriva la necessità di ripercorrere l'evoluzione dei termini indicati, nella materialità storica in cui si sono formati.

### 1.1 *Xènos e hostis*, specificità di un rapporto ambiguo

Il legame di reciprocità e compenso tra stranieri e cittadini presente nell'antica Grecia andava sotto il nome di *xènia*<sup>21</sup>, intesa nel suo profondo significato religioso, al tempo stesso trasfuso concretamente nell'esigenza di una mutua assistenza tra ospitante e ospitato. La categoria di straniero<sup>22</sup> qui era molto frammentata, la

---

<sup>20</sup> F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Napoli, Jovene, 2017, p. 52.; C. NICOLET, *Op. cit.*, p. 408.

<sup>20</sup> *De Rep.* 1.32.49: *quid est enim civitas*

<sup>21</sup> Sul complesso significato della pratica dell'ospitalità nell'antica Grecia si veda U. CURI, *Straniero*, Milano, Raffaello Cortina, 2010, che vi riflette attraverso l'ausilio della drammaturgia d'epoca classica e i poemi omerici, essendo la letteratura fonte ineliminabile anche per il giurista antichista.

Sul rapporto tra stranieri e Greci si veda A. COZZO, *Stranieri. Figure dell'Altro nella Grecia antica*, Di Girolamo Editore, Trapani, 2014. Egli ne indaga tutta la complessità e contraddittorietà, in una società fortemente fiera delle proprie origini e in cui l'autoctonia è un valore. L'accoglienza dello straniero ad Atene è regola sacra, come del resto ci testimoniano le vicende di Odisseo nella terra dei Feaci e all'estremo opposto quelle nella terra dei Ciclopi, che non la osservano; nella tragedia euripidea l'incontro tra Medea e il re Egeo; o ancora nelle *Supplici* di Eschilo, la richiesta di *xenia* delle Danaidi al re Pelasgo. Non bisogna tuttavia sottacere che il rispetto della regola divina andava di pari passo al sentimento di fierezza ateniese, derivante dall'autoctonia e dalla consapevolezza di non essere mai stati gli Altri di nessun luogo e popolo. Platone nella progettazione della città perfetta formulata nelle *Leggi* (Libro XII, 952d-953e; Libro VIII, 850a-d) sistematizzava i rapporti con lo straniero, individuando quattro categorie a seconda del ruolo e delle attività svolte e prevedendo per ciascuna il tempo e il luogo con cui avere rapporti con la *polis* in maniera tale che la stessa non ne uscisse contaminata. È da notare che non inseriva nella sua sistematizzazione né gli Stranieri-Schiavi, né i Meteci (gli stranieri residenti). L'ambivalenza del rapporto con lo straniero era data dalla paura della contaminazione della civiltà greca che potesse condurre a snaturare la forma di Stato. Al tempo stesso Platone rifuggiva da una città che non avesse contatti con l'esterno, l'incontro con l'Altro era dunque necessario per la sopravvivenza della *polis*.

<sup>22</sup> Sia consentito il rinvio a V. MORO, M. TUOZZO, G. VALENTE, *Comunità e xenos. Una riflessione sull'identità politica, l'alterità e il femminile a partire dalla tragedia classica*, in *Hostis, hospes. Lo straniero e le ragioni del conflitto*, cit. pp. 57-78 (spec. pp. 66-71). Il testo approfondisce la situazione giuridica dello straniero nell'ordinamento attico dell'epoca classica, richiamando non solo la ripartizione tra *xènos* e *bárbaros*, ma anche la posizione degli asilanti e dei *métoikoi*. Con il termine '*asulon*' – 'inviolabile' – composto da  $\alpha$  privativa e da *sulon* – 'violenza', 'rapina' – si indicava una forma di immunità o di inviolabilità contenuta nell'idea "negativa" (espressa dall'alfa privativa) dell'eccezione alla violenza e al saccheggio. Per tale via l'asilo era legato alla sacralità dei luoghi: chiunque si trovasse in luogo sacro era protetto da immunità ed aveva accesso al rito della supplica per chiedere protezione all'autorità sovrana

distinzione principale era tuttavia quella tra straniero in senso politico, giacché proveniente da un'altra città, comunque greca, lo *xénos*, e lo straniero nel senso del sangue, dell'etnia, in quanto non proveniente da una *polis* greca, il *bárbaros*. La parola derivava dall'onomatopeico *bar-bar* e indica il suono di una parlata inafferrabile per i Greci: i barbari erano coloro che parlavano una lingua incomprensibile, l'equivalente nel nostro idioma di "balbuzienti". La lingua era un elemento di identità per il popolo greco, assieme al sangue, alla religione e alle usanze: l'*hellenikon*<sup>23</sup> fondava la distinzione tra gli stranieri di "dentro" e gli stranieri "di fuori". La *xènia* consisteva dunque «in un insieme di pratiche rituali consuetudinarie di reciprocità che regolavano in maniera non scritta la relazione di ospitalità nei confronti dello straniero»<sup>24</sup>. Un valido strumento di studio del diritto attico si rinviene nella drammaturgia, in particolare la pratica ospitale è stato il *leitmotiv* del viaggio di Odisseo<sup>25</sup> (in cui, ai nostri fini, tra gli episodi più rappresentativi vi sono – come si è già rilevato in nota – quelli dell'incontro con i Feaci e con i Ciclopi e i Lestrigoni) e, in epoca classica, le Supplici, Eraclidi e Medea si inseriscono tra le tragedie più istruttive sul tema.

Il rispetto delle *xènie* garantiva sia la sopravvivenza nel corso dei lunghi viaggi che la costituzione di validi e duraturi rapporti politici ed economici. Alla sua ripartenza l'ospite riceveva un dono, che lo obbligava a contraccambiare l'ospitalità ricevuta da colui che lo aveva ospitato o da un appartenente alla sua famiglia. «Dallo scambio dei doni ospitali, dunque, nasceva un legame stabile, che non solo rappresentava la base di future alleanze militari, ma svolgeva anche una essenziale funzione

---

del territorio in cui si trovava il santuario. Non era dunque l'uomo soggetto della protezione, ma lo diventa incidentalmente, nella dimensione di uno spazio sacro. Più controversa era invece la nozione di meteco, che rivestiva una posizione intermedia tra cittadini e *xènoi*. Con i primi condivideva il diritto a risiedere nella città (dietro però - si badi - il pagamento di una tassa specifica), oltre al dovere di versare tributi per le spese di guerra e quelle liturgiche. Ammessi ai lavori di artigianato e commercio, erano però esclusi non solo dal godimento dei diritti politici ma anche dal diritto di proprietà privata, potendo tuttavia aspirare a taluni riconoscimenti. «Se per alcuni studiosi il meteco è semplicemente un "quasi cittadino", per altri si tratta di un istituto d'accoglienza che non mira all'integrazione degli stranieri ma a definire un raggio d'azione, un confine oltre il quale il meteco non poteva assimilarsi alla *polis*: un meccanismo, dunque, di esclusione dell'altro, al fine di evitarne ogni futura predominanza» (*ivi*, pp. 69-70).

<sup>23</sup> La definizione si deve al noto passo di Erodoto, *Storie*, Libro VIII, 144, 1-2.

<sup>24</sup> Sia ancora consentito il rinvio a V. MORO, M. TUOZZO, G. VALENTE, *Op. cit.*, p. 59.

<sup>25</sup> M. DONATO, *Op. cit.*, spec. nella bibliografia sul tema di cui alla nota 10, p. 39. Lo studioso si sofferma ad indagare non solo la narrazione della buona e cattiva ospitalità dal punto di vista dell'ospitante (di cui già alla nostra nota 11), ma anche da quello dell'ospitato. A tal proposito, tra gli esempi di ospitalità scellerata dal punto di vista dell'ospite, è riportato l'episodio dei compagni di Ulisse sull'isola del Sole (I, 7-9). Il paradigma dell'ospitalità nell'*epos* «garantito da Zeus costituisce un elemento di sicurezza all'interno di un mondo intrinsecamente selvaggio» (*ivi*, p. 44). In poche parole, il rispetto delle regole sulla *xènia* rappresentava il metro di giudizio che separava mondo civile ed incivile.

economica»<sup>26</sup>. Il suggello del legame creatosi si risolveva nello scambio di *symbola*<sup>27</sup>, attraverso i quali allo straniero erano assicurati vitto e alloggio.

Accanto a forme di ospitalità privata, nel VI secolo si ha la testimonianza di una ospitalità pubblica, la *proxenia*<sup>28</sup>: il prossenio veniva scelto come garante degli stranieri di una determinata comunità, così assicurandosi reciproca protezione nella città straniera.

Nel V sec., tra i diritti riconosciuti in capo allo *xènos* rientravano quelli di commercio, di pascolo, di possedere bene immobili e di poter contrarre matrimonio con una donna attica, quest'ultimo fu successivamente svuotato con la legge di Pericle sulla cittadinanza del 451/50, con cui era stabilito che solo i figli di due cittadini ateniesi (*astoi*) erano cittadini della *polis*. Il valore assunto dalla regola dell'ospitalità era comunque tale che chi non vi ottemperava commetteva un atto di *hybirs*<sup>29</sup>. Nelle tragedie del V secolo la rappresentazione di Atene come città accogliente diventò motivo tra gli altri per rivendicare una superiorità sulle altre città: «Il nome della *polis* accogliente, la preminenza etica di Atene si staglia sul resto dell'Ellade»<sup>30</sup>. Più avanti nel tempo la parola straniero perderà l'accezione di ospite per indicare semplicemente il non connazionale, ma *xènos* non ha mai racchiuso anche il significato di nemico.

Differentemente accadde per il corrispondente termine latino. Nota il linguista francese Émile Benveniste che per un certo periodo di tempo *ospite* si è tradotto con la parola *hostis*; la parola *hospes* sotto il profilo morfologico si forma aggiungendo ad *hosti* il deittico *-pet-s*, «dove *potis* indica il senso di ciò che è “proprio”, del “medesimo”, di ciò che “appartiene”, ovvero la sfera dell'identità, da cui l'accezione di “maestro” (o il *despotēs* greco, ma anche il *potēre* latino), cioè ciò che rappresenta l'unità di un gruppo, la sua identità». *Hostis* invece, che costituisce la prima parte della parola, significa “nemico”, «l'ospite è, in questa prospettiva, ciò che nasce dall'incontro tra il “proprio” (*potis*) e il “nemico” (*hostis*)»<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> E. CANTARELLA, *Itaca. Eroi, donne, potere tra vendetta e diritto*, Milano, Feltrinelli, XII ed., 2019, p. 75.

<sup>27</sup> Dello scambio dei contrassegni di riconoscimento vi è traccia nell'*Odissea* (24, vv. 383-286): «Inutili doni facesti, donando le molte cose che dici:/se vivo, però, lo trovavi tra il popolo d'Itaca,/resi bei doni e cara accoglienza t'avrebbe/fatto partire: così è la regola, se uno ha donato per primo.», ma anche nella *Medea* di Euripide (vv. 612-13): «io sono disposto a dare con mano generosa e a inviare dei contrassegni per gli ospiti, che ti tratteranno bene» (trad. it. Di Benedetto, Milano, Rizzoli, 2018).

<sup>28</sup> Vasta è la letteratura sul tema, cfr. *ex plurimis*: E. CULASSO GASTALDI, *Le prossenie ateniesi del IV secolo a. C. Gli onorati asiatici*, Alessandria, Edizioni Dell'Orso, 2004 e W. MACK, *Proxeny and Polis. Institutional Networks in the Ancient Greek World*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

<sup>29</sup>E. CANTARELLA, *Op. cit.*, p. 78, riporta il sostantivo (che com'è noto ed in via esemplificativa denota un illecito di natura etico-religiosa), ricordando che questa era la qualificazione del comportamento con cui Omero definì i Proci, ospiti nella casa di Ulisse.

<sup>30</sup> M. DONATO, *Op. cit.*, p. 47.

<sup>31</sup> N. DI VITA, *Introduzione. Straniero, nemico, simile*, in *Hostis, hospes. Lo straniero e le ragioni del conflitto*, cit., pp. 16-17.

Si è soliti indicare che la nozione di “nemico” e di “ospite” derivano da quella di “straniero”, spiegazione veritiera, ma che necessita di essere commentata: «‘straniero, nemico, ospite’ sono nozioni globali e molto sommarie che devono essere precisate nel loro contesto storico e sociale»<sup>32</sup>.

Nella società romana, dai suoi albori fino all’ultimo secolo della Repubblica, la parola *hostis* non traduceva la coppia straniero-nemico, bensì aggiungendo la particella *pet-s* designava quella straniero-ospite. *Hostis* non indicava lo straniero in generale — per tale nozione era utilizzato il termine diverso *peregrinus* — ma quello *aequus*, cui veniva riconosciuta una condizione di parità e che era ammesso a godere dello stesso *ius* dei cittadini romani, ma a condizione che intercorresse un rapporto di reciprocità e di compenso. È proprio in ragione della reciprocità accordatagli che egli era obbligato a contraccambiare la prestazione ricevuta (similmente al rapporto di *xenia*). A proposito dagli studi che si sono concentrati sul passaggio semantico indicato e dunque sul trapasso all’accezione ostile, si possono raccogliere risultati comuni: *hostis* fu usato con il significato di *ospite* nel periodo arcaico, valore ancora in uso e rinvenibile nella raccolta di leggi delle *XII Tavole*; il cambio di paradigma si è realizzato nell’ultimo secolo della repubblica; alla nuova e diversa accezione di straniero nemico si è giunti attraverso la mediazione della nozione di «guerra giusta». Il senso originario della parola si può apprendere dalla prima raccolta di leggi in forma scritta del mondo romano, ossia da ben due frammenti delle *XII Tavole*, uno di tipo processuale, l’altro di carattere sostanziale, nei quali si fa appunto menzione dello straniero:

...*morbus sonticus...aut status dies cum hoste...quid horum fuit unum iudici arbitrove reove, eo dies diffissus esto.*<sup>33</sup> (II, 2)

Il frammento — lacunoso — indicava tra gli impedimenti (*excusationes*) che avrebbero legittimato il differimento del giorno stabilito per comparire nel processo *per legis actio*<sup>34</sup> la lite instaurata con lo straniero: in altri termini, la qualità di parte dello straniero rappresentava legittimo impedimento che poteva determinare il rinvio del processo *apud iudicem*.

La previsione di una norma processuale, seppure indiretta, che riguardava gli stranieri sarebbe da ricollegare alla possibilità riconosciuta agli stessi di stipulare negozi giuridici con i romani, fondati o sulla *fides* (al di fuori dunque delle aree

---

<sup>32</sup> É. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeruopee. Economia, parentela, società*, trad. it., I, Torino, Einaudi, 2001, p. 68.

<sup>33</sup> P. BONFANTE, *Storia del diritto Romano, I*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 166.

<sup>34</sup> *Ivi*, pp. 25 ss., nella trattazione sulla semantica di *condicere* e la specifica *legis actio* successivamente introdotta, riferisce che l’eccezione indicata nella legge decemvirale tab. 2, avesse fatto da modello anche per le scusanti valevoli per la coscrizione militare, come si può leggere nei versi di Plauto, *Curculione*, 5-6: «*si status conductus cum hoste intercedit dies, tamen est eundem quo imperant ingratiis*», che da un lato richiama la regola in commento e dall’altro, come si legge nelle successive righe della commedia, fa riferimento non alle vicende processuali, bensì a quelle militari.

riservate *ex iure Quiritium*<sup>35</sup> a loro) o, in seguito alla stipula di trattati internazionali, su motivi di carattere politico.

Nella glossa di Festo in commento alla disposizione decemvirale, di seguito riportata, è messa in rilievo l'attenzione dell'ordinamento romano verso gli *hostes* (i. e. *peregrini* al momento in cui scrive l'erudito, nel II sec. d. C.), che un tempo erano *pari iure*<sup>36</sup> con il popolo romano e fa ritenere che il verbo *hostire*, avente il significato di *aequare*, indicasse una condizione di parità giuridica e un rapporto di reciprocità, cosicché lo straniero non poteva esser semplicemente colui che abitava fuori i confini di Roma, ma colui con il quale insisteva un legame di parità e di scambio.

Fest. *Status dies <cum hoste>* 414 L.; *vocatur qui iudici causa est constitutus cum peregrino; eius enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari iure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro aequare. Plautus in Curculione: 'si status conductus cum hoste intercedit dies, tamen est eundem quo imperant ingratiis'*

L'altra regola che involge la figura dell'*hostis* è posta nel contesto dei modi giuridici di acquisto dei beni e a tutela dello straniero, nella VI Tavola:

*Adversus hostem aeterna auctoritas esto*<sup>37</sup> (VI, 4)

Il secondo frammento, dall'interpretazione assai controversa, indicava la garanzia alla quale, in caso di *mancipatio* a scopo di vendita, l'alienante era tenuto nei confronti dell'acquirente straniero e contro la rivendicazione da parte di un terzo, a tutela della posizione sorta.

Per taluni studiosi<sup>38</sup>, *auctoritas* indicava l'assistenza-garanzia cui era tenuto l'alienante romano dalla durata illimitata (*aeterna*) nei confronti dell'acquirente straniero. Altri autori invece intravedono nella medesima espressione sì una garanzia, ma della

---

<sup>35</sup> P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino, Giappichelli, 1965, p. 92, «l'espressione "ius Quiritium", serve(a) già a definire negativamente l'ambito dello *ius* cui sono partecipi i *peregrini*», per delimitarne la validità rispetto alle vicine popolazioni latine.

<sup>36</sup> *Ivi*, p. 72 ss. L'A. rileva che nella spiegazione data da Festo al termine *hostes*, la parità aveva l'accezione della compartecipazione allo *ius*: «Tale idea di compartecipazione pone in nuova luce la definizione di *hostis* (e *peregrinus*) come "qui suis legibus uteretur": l'appartenenza a una comunità diversa con proprie leggi non toglieva la compartecipazione a una più generale sfera di *ius* considerato valido, virtualmente, per tutti i popoli».

<sup>37</sup> P. BONFANTE, *Op. cit.*, p. 25.

<sup>38</sup> Secondo la dottrina maggioritaria, il frammento VI, 4 è da ricollegare a quello precedente VI, 3: *Usus auctoritas fundi biennium esto, ceterarum rerum omnium annus* ed indicherebbe che nell'impossibilità per il compratore straniero di esercitare l'*usus*, riservato al popolo romano *ex iure Quiritium*, la garanzia del venditore per l'evizione è perpetua; in tal senso, P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 47 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1954, pp. 313 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II, 2a ed., Napoli, Jovene, 1973, p. 18; F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, 1 (Parte prima), Napoli, Jovene, 1984, p. 349 n. 66; F. SINI, *Bellum Nefandum. Virgilio e il problema del "diritto internazionale antico"*, Sassari, Libreria Dessi Editrice, 1991, p. 146.

proprietà, un vantaggio perpetuo per i cittadini romani nei confronti dello straniero<sup>39</sup>. Invero, alla parola *adversus* sarebbe a attribuire il significato di “direzione” o “a vantaggio” dello straniero e non, all’opposto, di “agonico” verso lo stesso<sup>40</sup>.

Dalla somma dei due termini, secondo questa ricostruzione attenta al contesto entro cui si inserisce la disposizione (si è già detto della posizione di parità con il popolo romano riferita da Festo, della debita considerazione della posizione di estraneità, sì da rientrare tra le *exutationes* processuali e militari; dell’utilizzo del termine *hostis*, senza giudizi di valore o pregiudizi di ostilità preventiva), non se ne può che ricavare una garanzia a vantaggio degli stranieri.

In definitiva, quel che è interessante rilevare in questa sede è l’attenzione rivolta da parte dell’ordinamento giuridico romano al non cittadino, cui veniva riconosciuta una condizione peculiare e con specifiche previsioni di diritto sostanziale e processuali<sup>41</sup>.

Le esigenze pratiche di scambio con lo straniero e la pedissequa necessità di prevedere una tutela giuridica ai negozi dello *ius commercii* così stipulati, la “mobilità sociale orizzontale”<sup>42</sup> delle popolazioni vicine all’*urbs*, ci restituiscono l’immagine di una città aperta, in cui i rapporti tra i cittadini e non sono filtrati dal diritto.

Il significato originario del termine, rimasto vivo nella cultura giuridica e letteraria, ben presto acquistò tuttavia la connotazione di “nemico”.

Lo slittamento semantico fece sì che il rapporto straniero/cittadino non fosse più mediato dal diritto in tempo di pace, ma dalle categorie della guerra, da *hostis* a *perduellis*.

L’erudito Varrone nel *De lingua Latina*, dedicando una parte dei suoi studi al mutamento linguistico che taluni termini avevano subito nel corso del tempo, riferiva che la parola *peregrinus* sostituiva il termine *hostis*. Quest’ultimo mutava pertanto il suo significato originario in quello di “nemico”.

---

<sup>39</sup> P. NOAILLES, *L’auctoritas dans la loi des Douze Tables*, in *Fas et ius, Études de droit romain*, Paris, Belles Lettres, 1948, p. 277 ss.

<sup>40</sup> In tal senso sul significante di *adversus* si veda l’uso che ne fa Cicerone in *De officiis*: 1, 11, 34, *sunt autem quaedam officia etiam adversus eos servanda, a quibus iniuriam acceperis*. Sul punto contributo significativo è quello di B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, Palumbo, 1985; tesi ripresa più di recente da F.J. CASINOS-MORA, *Auctoritas rerum decemvralis*, in *RIDA*, n. 50/2003.

<sup>41</sup> A. CALORE, *Hostis e il primato del diritto*, in *Bullettino dell’Istituto Romano «Vittorio Scialoja»*, Quarta Serie Vol. II/2012, pp. 107-135, ricava dall’esegesi delle norme decemvirali «un’appartenenza *sui generis* all’ordinamento giuridico romano», *ivi*, p. 117.

<sup>42</sup> Felice espressione di C. AMPOLO, *La nascita della città*, in Aa. Vv., *Storia di Roma*, I, Torino, Einaudi, 1988, pp. 203-239 e più di recente dello stesso autore, *Demarato di Corinto ‘bacchiade’ tra Grecia, Etruria e Roma: rappresentazione e realtà fonti, funzione dei racconti, integrazione di genti e culture, mobilità sociale arcaica*, in S. STRUFFOLINO (a cura di), *Scritti per il decimo anniversario di Aristonothos*, Vol. 13.2/ 2017, Milano, Ledizioni, 2018, pp. 25-134, a partire dagli studi sull’onomastica delle iscrizioni etrusche con il rinvenimento di nomi greci e latini, ha sottolineato la possibilità e/o facilità dello spostamento e dell’integrazione nell’esperienza romana.

Varro l.l. 5, 3: *et multa verba aliud nunc ostendunt, aliud ante significabant, ut hostis: nam tum meo verbo dicebant peregrinum quis suis legibus uteretur, nunc dicunt eum quem tum dicebant perduellem.*

Analogamente Cicerone, nel *De officiis*, riprendendo i due precetti delle XII Tavole, ricorda, a sua volta, che *apud maiores nostros*, la parola *hostis* non aveva il significato di nemico.

Cic. *off.* 1, 37: *Equidem etiam illud animadverto, quod, qui proprio nomine perduellis esset, is hostis vacaretur, lenitate verbi rei tristitiam mitigatam. Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. Indicant duodecim tabulae: 'aut status dies cum hoste' itemque 'adversus hostem aeterna auctoritas'. Quid ad hanc mansuetudinem addi potest, eum, quicum bellum geras, tam molli nomine appellare? Quamquam id nomen durius effecit iam vetustas; a peregrino enim recessit et proprie in eo, qui arma contra ferret, remansit.*

Non è possibile stabilire con certezza in quale momento di cambiamento socio-politico sia avvenuta tale variazione. Dalle fonti indicate è possibile derivare che il significato originario di straniero è ancora in uso all'epoca della codificazione delle XII Tavole, e dunque la metà del V secolo, mentre già nel III sec. il vocabolo aveva acquisito una connotazione negativa, come mostrano le testimonianze della letteratura giuridica e nella commedia, tra cui quelle plautine<sup>43</sup>, che lasciano intendere come lo slittamento semantico fosse ancora vivo nella memoria comune, sì da poter esser utilizzato come *topos* del genere teatrale, senza dunque alcuna necessità didascalica.

I diversi assunti a proposito dell'arco temporale in cui il termine ha mutato il suo primo senso possono riassumersi come segue: secondo un autorevole studioso, esso sarebbe da individuare tra il VI-III secolo a. C., ritenendo lui che questo sia coinciso con le politiche espansionistiche nella penisola italiana e il mutamento delle "classi sociali"<sup>44</sup>; altri precisa che il nuovo significato si affermò definitivamente nell'ultimo

---

<sup>43</sup> Plauto, *Curc.* 1.1.4-6: *si media nox est sive est prima vespera, / Si status conductus cum hoste intercedit dies, / tamen est eundum quo imperant ingratiis.*

<sup>44</sup> F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, cit.

secolo della Repubblica<sup>45</sup>; infine, una ulteriore prospettiva<sup>46</sup> segnala il passaggio come databile tra la fine del V sec. e l'inizio del IV sec. a. C., con la trasformazione dell'assetto sociale gentilizio e il consolidamento del modello della città-stato, coincidente con una maggiore definizione dell'identità dei *cives*.

La parola *hostis*, già nell'ultimo secolo della Repubblica, aveva in ogni caso perduto il significato accogliente di straniero ospite, mutando nella dicotomia di straniero-nemico, che come già accennato non si riferiva a tutti gli ostili, ma ai destinatari del *bellum publice decretum*, ossia ai popoli contro i quali era in corso una guerra giusta, espressione il cui significato può essere ricavato dalla ricostruzione dell'Arpinate nelle sue opere più mature, di una guerra dichiarata secondo i riti e le procedure dello *ius fetiale*<sup>47</sup>. La nozione di *iustum* secondo le parole che Cicerone ha attribuito al re Tullio Ostilio (*De re publ.* 2,3), fissando il principio *illa iniusta bella sunt quae sunt sine causa suscepta*, doveva fondarsi quindi anche sulle motivazioni della guerra, ponendo un freno alla cupidigia e all'arbitrio: ragioni meritevoli di riconoscimento sia di fronte agli dèi, sia di fronte agli uomini; motivazioni valide potevano dunque avere anche le guerre combattute per mire espansionistiche, con la legittimazione religiosa dell'*imperium* universale<sup>48</sup>. Dal *bellum iustum* discendeva la condizione giuridica di *iusti*

---

<sup>45</sup> R. ORTU, *Praeda bellica: la guerra tra economia e diritto nell'antica Roma, Relazione presentata al Convegno internazionale di studi "Guerra pace diritto"* (Sassari - Porto Conte, 28-30 aprile 2004), in *Diritto@Storia*, n. 4/2005; ID., «*Captus a piratis*»: schiavitù di fatto?, in *Led on Line, Rivista di Diritto Romano*, n. X/ 2010, p. 4.

L'autrice muove da tre passi:

D. 50.16.118 (Pomp. 2 *ad Q. Muc.*): 'Hostes' hi sunt, qui nobis aut quibus nos publice bellum decrevimus: ceteri latrones aut praedones sunt

D. 49.15.24 (Ulp. 1 *inst.*): Hostes sunt, quibus bellum publice populus Romanus decrevit vel ipse populo Romano: ceteri latrunculi vel praedones appellantur ...

D. 50.16.234.pr. (Gai. 2 *ad leg. XII tab.*): Quos nos hostes appellamus, eos veteres 'perduelles' appellabant, per eam adiectionem indicantes cum quibus bellum esset.

Il termine *hostis* è presentato in contrapposizione ai termini *latrones* e *praedones*, poiché è solo verso il primo che sono state rispettate le procedure per la dichiarazione di guerra secondo il diritto feziale.

<sup>46</sup> A. CALORE, *Op. cit.*, p. 122, individua nell'affermazione dell'ordine patrizio-plebeo e nel superamento di quello serviano la flessione del termine, nella trasformazione sociale che accompagna questo mutamento e al rafforzamento dell'identità dei *cives*.

<sup>47</sup> Cic., *de off.* 1.11.36: ex quo intellegi potest nullum bellum esse iustum nisi quod aut rebus repetitis geratur aut denuntiatum ante sit et indictum.

Cic., *r. publ.* 2.31: [Tullio Ostilio] cuius excellens in re militari gloria magnae que extiterunt res bellicae, fecit que idem et saepsit de manubis comitium et curiam, constituit que ius quo bella indicarentur, quod per se iustissime inventum sanxit fetiali religione, ut omne bellum quod denuntiatum indictum que non esset, id iniustum esse atque inpium iudicaretur.

Cic., *r. publ.* 3.35 (*Fragmenta in aliis scriptis servatas*): Illa iniusta bella sunt quae sunt sine causa suscepta, nam extra <quam> ulciscendi aut propulsandorum hostium causa bellum geri iustum nullum potest.

<sup>48</sup> F. SINI, *Bellum, fas, nefas: aspetti religiosi e giuridici della guerra (e della pace) in Roma antica*, in *Diritto @ Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 4/ 2005; ID., *Ut iustum conciperetur bellum. guerra "giusta" e sistema giuridico-religioso romano*, ivi, n. 2/ 2003; ID. *Bellum Nefandum.*, cit., è tra gli autori uno dei più interessati al tema e alla necessità

*et legitimi hostes*, partecipi anche questi ultimi dell'ordinamento dei feziali.<sup>49</sup> In assenza di tale presupposto, i nemici erano definiti più spregevolmente *latrones* o *praedones*. Sulle ragioni della flessione da straniero a *inimicus*, partendo dalle analisi dell'antropologia sociale e in particolare da Lévi-Strauss, secondo cui «gli scambi sono guerre pacificamente risolte, le guerre sono il risultato di transazioni sfortunate», taluni studiosi<sup>50</sup> hanno messo in luce il legame sincronico tra guerra e scambio, nonché la reversibilità della prima nel secondo e viceversa. Sintomatica, a tal proposito, è proprio la condizione del non cittadino: paritaria nel caso di scambio pacifico, oppositiva nel caso di rapporto ostile. In altre parole, *hostis* è già termine ambiguo, che racchiude al suo interno sia il significato generico di straniero, sia quello di nemico. A seconda di come il rapporto con il *cives* si evolveva, egli poteva esser considerato l'ospite o all'inverso il nemico.

Partendo dalla critica all'idea di Lévi-Strauss mossa da Pierre Clastres, per il quale nelle società tribali o formate da città era la guerra a generare diversità, perché rappresentava il momento in cui la comunità territoriale riconosceva la propria identità e si serviva dell'Altro come elemento contro cui unificarsi e da cui

---

avvertita dai Romani di riportare le attività belliche dalla sfera del *nefas* a quella della *fas*, ed evitare così l'ira degli Dèi. I riti sacerdotali e la nozione sostanziale di giustizia erano quindi prodromici a ripristinare lo stato di pace tra gli uomini e la guerra era gerarchicamente inferiore allo stato di pace.

<sup>49</sup> F. SINI, *Bellum Nefandum*, cit., ripercorre l'utilizzo del termine nelle opere virgiliane. L'Autore latino scrive quando la flessione semantica si è già realizzata, tuttavia nella sua letteratura non sempre *hostis* è utilizzato in modo proprio: accanto alla nozione di nemico di guerra, esso è infatti presente col significato generico di avversario. Tale circostanza ricorre, tra le altre, in due passaggi dialoghi di Didone («I, soror, atque hostem suplex adfare superbum» *Aen.* 4, 424; «Tu lacrimis evicta meis, tu prima furem his, germana, malis oneras atque obicis hosti» *Aen.* 4, 548-549). All'opposto, altri studiosi negano l'utilizzo improprio del termine, notando invece che - quando Virgilio scrive di Didone - volutamente accosta al termine *hostis* quello di *hospes*, cosicché l'accezione negativa assume una duplice valenza, sia da un punto di vista lessicale, sia nel cuore di Didone (sul punto cfr. spec. nella bibliografia sul tema di cui alla nota 40).

<sup>50</sup> Cfr. M. BETTINI, A. BORGHINI, *La guerra e lo scambio: hostis, perduellis, inimicus* in *Linguistica e antropologia. Atti del XIV congresso internazionale di studi della Società di Linguistica Italiana (Lecce, 23-24 maggio 1980)*, Roma, Bulzoni, 1983, pp. 303-312. gli autori notano che lo stesso passaggio semantico lo ha avuto anche la coppia *simultas/similes* con la dicotomia ostilità/simili (ossia pari), essi sottolineano come secondo il modello antropologico, è il riconoscimento della relazione di parità a determinarne la sua stessa ambiguità, ossia la possibilità di atteggiarsi come scambio tra pari o come ostilità tra pari. Differente prospettiva adottano A. ACCARDI, M. COLA, *Guerra e partnership. Una riflessione sull'ambivalenza di hostis*, in *I quaderni del Ramo d'Oro, on line*, n. 3/2010, secondo le quali non bisogna domandarsi perché in origine un pari sia diventato successivamente un nemico, ma la ragione per cui l'ostilità sia mossa verso un pari. Partendo da questa prospettiva, *hostis* è una forma di riconoscimento del nemico elevato al rango di simile, indica colui contro il quale si combatte la "guerra giusta", conforme all'ordinamento feziale.

distinguersi, altro studioso<sup>51</sup> rinviene gli stessi elementi nella Roma arcaica, nella sua costruzione identitaria rispetto alle altre città latine.

Le ipotesi considerate tendono ad escludere un ruolo attivo delle categorie giuridiche nel trapasso terminologico. È opportuno tuttavia rilevare la mediazione<sup>52</sup> e la forza performativa svolta dal diritto nel riconoscimento allo straniero dello *status* di *hostis*: è infatti nel diritto che il discrimine tra *hostes* e *latrones* o *praedones* produceva precisi effetti giuridici.

Il connubio tra *bellum* e *ius*, ormai registratosi al momento della trasformazione semantica, aveva importanti conseguenze sul piano legale e militare del trattamento dello straniero. Come ad esempio l'applicazione dell'istituto del *postliminium*<sup>53</sup>, si legge in proposito un passo di Ulpiano

«*Et ideo qui a latronibus captus est, servus latronum non est, nec postliminium illi necessarium est: ab hostibus autem captus, ut puta a Germanis et Parthis, et servus est hostium et postliminio statum pristinum recuperat*» (Libr. Inst.).

Lo straniero catturato nel corso di una guerra giusta veniva spogliato di tutti i suoi diritti, della sua *libertas* e del suo *status civitatis*. Solo all'*hostis* era riconosciuto il riacquisto della sua precedente capacità giuridica e di tutti i suoi diritti grazie al *postliminium*, una volta che fosse stato liberato dalla schiavitù o fosse ritornato in patria. Il riconoscimento *di diritto*, seppure come nemico, dell'*hostis* costituiva l'incolmabile scarto tra le diverse categorie di nemici stranieri.

---

<sup>51</sup> Cfr. F. DUPONT, *Un simile che la guerra 'giusta' rende 'altro'. Lo straniero (hostis) nella Roma arcaica*, in M. Bettini (a cura di) *Lo straniero. Ovvero l'identità culturale a confronto*, Roma - Bari, Laterza, 1992, pp. 101-114, definisce quella della Roma arcaica una «società per la guerra», espressione mutuata da Clastres ed indicante le comunità che hanno una comunanza di popolo, cultura e istituzioni, nelle quali la guerra non è un'eccezione, bensì lo strumento di costruzione dell'identità e differenziazione tra le comunità. Egli, partendo dai primi libri dell'opera di Tito Livio, nota che in questa sua prima fase Roma combatteva continuamente guerre di questo tipo contro i suoi vicini, gli Equi, gli Ernici, i Sanniti e gli abitanti di *Tusculum*. Non è un caso, scrive l'A., che il termine *populus* era anch'esso polisemico e recava il duplice significato di popolo ed esercito.

<sup>52</sup> A. CALORE, *Op. cit.*, p. 127, individua nell'episodio di Attilio Regolo e nelle parole che Cicerone utilizza per descrivere la fedeltà al giuramento prestato verso un *hostis iustus et legitimus*, un esempio istruttivo utile a riconoscere l'influenza delle forme giuridiche sulla flessione semantica. Il giuramento poteva considerarsi cogente nella misura in cui fosse stato prestato verso un rapporto regolato dal diritto, seppure di natura ostile. Era dunque nella dichiarazione del *bellum iustum*, secondo le regole dello *ius fetiale*, che il nemico assume lo status di *hostis*, viceversa il giuramento non aveva nessun valore e lo straniero era considerato unicamente un pirata.

<sup>53</sup> Per uno studio approfondito dell'istituto volto originariamente alla restituzione della *res* o degli *homines* catturati e sulle sue successive evoluzioni cfr. M.F. CURSI, *La struttura del "postliminium"*. *Nella repubblica e nel principato*, Napoli, Jovene, 1996.

## 1.2 L'ospitalità a Roma

Nel proseguo dello studio delle parole si incontra il termine *hospes* (che ha la sua radice proprio in *hostis*), da cui il diverso istituto che regola i rapporti con lo straniero sul versante opposto alla guerra, quello dell'accoglienza. *Hospes* dunque ha ereditato e conservato in sé il valore intrinseco di reciprocità e di mutuo scambio, all'opposto del primo termine – si è detto – non ha acquisito nel tempo anche l'accezione ostile. A lungo tempo, il paradigma con cui gli studiosi, guidati dall'autorevolezza di Mommsen, hanno guardato ai rapporti tra popoli nel mondo romano e in quello ellenico, fu lo stato di inimicizia naturale, per cui lo straniero era ostile per natura e privo della possibilità di intrattenere rapporti giuridici con i Romani, se non attraverso la stipula di un trattato internazionale che ne interrompesse l'inimicizia. In Italia fu Francesco De Martino a scardinare l'idea dello stato di guerra permanente tra romani e stranieri. L'esistenza di un nucleo di diritti riservati esclusivamente ai *cives* – lo *ius Romanum Quiritium* – non deve condurre ad escludere la presenza giuridica degli stranieri nell'ordinamento, ovvero a contemplarla solo previa stipula di un trattato internazionale. Ne era prova l'apertura dello *ius fetiale* anche ai popoli stranieri non legati da vincoli internazionali tramite *foedus* ovvero in base a trattati in generale<sup>54</sup>. Vi è di più, l'idea della guerra non necessaria e come rottura traumatica delle naturali relazioni pacifiche tra i popoli determinava il timore della vendetta delle divinità.

All'apertura dell'ordinamento giuridico-religioso dei feziali faceva da perno la divinità che era posta al suo centro, *Iuppiter*, contribuendo così a caratterizzare siffatto sistema giuridico col tratto di un'universalità virtuale. L'ospizio aveva dunque un'origine molto antica, quando ancora il sistema giuridico non si distingueva dalle pratiche sociali e dalle credenze religiose, l'ospite – per utilizzare un lemma moderno – era già considerato sacro.

L'*hospitium* rientrava nel novero dei trattati internazionali, accanto all'*amicitia* e al *foedus*: il primo ne costituiva spesso il presupposto, ma del secondo non condivideva la rigidità della forma. Secondo l'opinione più diffusa, l'istituto nacque per esigenze economiche, piuttosto che da un'evoluzione dell'antica prigionia di guerra.

I diritti scaturenti dal vincolo erano molteplici: diritto di soggiorno sul suolo romano, diritto all'ospitalità (a cura dello stato o del privato), diritto a ricevere accoglienza e *munera, loca lautiaque*: doni, asilo e ospitalità, nonché protezione in eventuali giudizi, cura ed assistenza e infine sepoltura. L'*hospitium* era un istituto che apparteneva sì alla sfera della religiosità ma è anche vero che da esso scaturivano diritti e obblighi, su tutti quello della reciprocità: l'istituto aveva una funzione pratica, poiché lo

---

<sup>54</sup> P. CATALANO, *Op. cit.*, ripropone, a sostegno della sua tesi, le fonti dell'età repubblicana da cui risultano il compimento di *repetitiones* (atti di *ius fetiale*) nei confronti delle popolazioni straniere in assenza della stipula di un precedente trattato. Livio 4, 30, 13-14 e 4, 58, 1 parlava dei *rerum repetitio* compiute nei confronti dei Veienti, verso i quali era stata in precedenza dichiarata solo *indutiae*; ancora Livio 7, 16, 2 parlava della *repetitio* dei feziali verso i Falisci, anche in questo caso nessun *foedus* o trattato li aveva in precedenza uniti al popolo romano; Servio Dan., *Aen.* 9, 52, che narrava della guerra contro Pirro fu dichiarata dai feziali, pur in assenza di precedente trattato.

straniero non ammesso al godimento dello *ius commercii* aveva bisogno del sostegno del cittadino romano nella quotidianità. A consacrarne l'intervenuta stipula e a connotarla giuridicamente attraverso un vero e proprio simbolo di riconoscimento da esibire in terra straniera: la *tessera hospitalis*, la cui morfologia richiamava l'esistenza un'altra tessera identica e speculare destinata a combaciare con la prima, spesso rappresentante l'iconografia di Iuppiter *hospitalis*, o una stretta di mano riportante i nomi dell'ospite e dell'ospitante.

Scrivendo Plauto nella *Cistellaria* 2.1.27 (503): «*hic apud nos iam, Alcesimarche, confregisti tesseram*», indicando la rottura del privilegio concesso e dunque come la fine dell'*hospitium* fosse segnata anche dalla rottura del simbolo che ne contrassegnava l'esistenza.

Non è semplice sciogliere il nodo della natura pubblica o privata dell'*hospitium*. Sebbene non si tratti di un istituto dello *ius civile*, ai suoi albori gli si può attribuire natura privatistica, nel senso che dall'ospitalità ricevuta dal singolo cittadino o da una famiglia romana scaturivano effetti precisi, per i quali l'*hospes* assumeva una situazione soggettiva protetta dalle garanzie prima elencate. Probabilmente in questa fase la stipula dell'accordo tra singoli era rafforzata dall'intervento dei questori.

Il dibattito dottrinale risalente si è arenato sulla posizione mommesiana, secondo il quale poteva avere dignità giuridica solamente l'*hospitium publicum*, attraverso il quale lo straniero poteva accedere al *commercium* e ad altri negozi del diritto civile; ovvero su quella di Gauthier, che all'opposto individuava nell'*hospitium privatorum* l'accordo sufficiente per l'accesso ai diritti prima elencati.

Sul versante intermedio si è posta una diversa dottrina<sup>55</sup>, che, ragionando sul passaggio dalla natura gentilizia a quella più tipicamente statale dell'assetto politico-sociale della comunità romana, ha individuato le ragioni del mutamento del rapporto di accoglienza, innestandosi quello di natura pubblicistica sul primordiale sistema privatistico. L'accentuarsi delle forme più tipicamente statuali ha fatto sì che la tutela del rapporto tra privati divenisse affare del popolo romano. Non sarebbe dunque possibile ridurre la differenza tra ospitalità pubblica e privata alla circostanza che l'ospite fosse un privato o un'intera comunità, del resto per entrambe le ipotesi sono state rinvenute testimonianze della deliberazione da parte di organi pubblici. Questo dato testimonierebbe una lettura evolutiva dell'istituto in cui gli aspetti privatistici si uniscono per commistione a quelli pubblicistici. Nel passo di Livio, di seguito riportato, si ritrova la concessione dell'*hospitium* da parte del senato ad un privato, l'arconte di Lipari:

Livio, 5.28.4-5, ...*et doni causam veritus ipse multitudinem quoque, quae semper ferme regenti est similis, religionis iustae implevit adductosque in publicum hospitium legatos cum*

---

<sup>55</sup> S. RANDAZZO, *Lo statuto giuridico dello straniero e l'hospitium del diritto romano arcaico*, in R. Astorri, F.A. Cappelletti (a cura di), *Lo straniero e l'ospite. Diritto. Società. Cultura*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 51 ss., evidenzia come l'entità territoriale sia marginale alla categoria della *civitas* nell'età arcaica, che si fondava invece sull'insieme dei *cives*, sul legame tra loro esistente e alla loro sottoposizione ad un diritto comune. Sarebbe da ricollegare a tale assenza iniziale e alla dimensione religiosa dell'ordinamento giuridico precivico il maggior favore con cui i romani hanno guardato agli stranieri e al modo di rapportarsi agli stessi.

*praesidio etiam navium Delphos prosecutus Roman inde hospites restituit. Hospitium cum eo senatus consulto est factum donaque publice data.*

Da tale ricostruzione deriverebbe che l'ospitalità, ai suoi albori, aveva natura privatistica, con taluni profili pubblicistici, poiché l'impegno ospitale era assunto dal singolo cittadino verso lo straniero. Quest'ultimo, tuttavia non limitava i suoi rapporti al solo ospitante, bensì li estendeva all'intera comunità in cui trovava accoglienza e riconoscimento il suo *status* di ospitato. Sebbene i *cives* non partecipassero all'assunzione dell'impegno, ne erano rispettosi, prendendone conoscenza attraverso la tessera. In questa prima fase è dunque già possibile riconoscere un impegno di natura giuridica con lo straniero. Su tale base, l'istituto, assieme alla trasformazione della *civitas*, si è poi evoluto, finendo per assumere una dimensione pubblicistica, ispirata a ragioni di natura politica e di relazioni con gli altri popoli.

D.49.15.5.2 (Pomp. 37 ad *Q. Muc.*): *In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt, quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit, et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum: idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat. Hoc quoque igitur casu postliminium datum est.*

Nel frammento del Digesto riportato Pomponio — in cui è presente la controversa frase *postliminium in pace*<sup>56</sup> sul ricorso alla “schiavitù di diritto” — è narrata la possibilità di applicare l'istituto del postliminio quando tra Roma e la comunità straniera non fosse stato stipulato nessun precedente legame di natura giuridica. Il brano interessa questo lavoro per due aspetti: il primo è l'elenco di quegli istituti la cui assenza poteva legittimare la cattura in terra straniera, *amicitia* ed *hospitium*, entrambi rivolti a disciplinare le relazioni e i rapporti internazionali con gli altri popoli e dalla cui stipula derivava la condizione giuridica di *hostes* per gli stranieri appartenenti a quella comunità, nel caso di dichiarazione di guerra. Tra l'altro, si intuisce che il trapasso terminologico da straniero a straniero-nemico fosse già intervenuto da tempo e che la sua accezione ostile fosse già ampiamente in uso tra i giuristi. Il secondo aspetto rilevante è l'accostamento tra l'istituto dell'ospitalità a quello dell'amicizia, che depone a favore di una forma collettiva di accoglienza, avente natura formale e pubblicistica.

Sorto il rapporto di *hospitium* con lo straniero, le modalità concrete in cui esso si traduceva erano duplici. La prima via era quella dell'assimilazione dello straniero al

---

<sup>56</sup> R. ORTU, «*Captus a piratis*»: *schiavitù di fatto?*, cit., p. 7, sottolinea come l'istituto del *postliminium* era applicato agli stranieri catturati a seguito di un *bellum iustum*. Depone in tal senso il passo di Livio *urb. cond.* 43.4.8-13, che riporta la vicenda degli Abderiti, rimessi in libertà dopo che il senato aveva dichiarato *iniusta* la guerra dei Romani contro di essi. In senso opposto si veda M. F. CURSI, *Op. cit.*, pp. 126 ss., che ammette la veridicità di quanto raccontato nel frammento, sottolineando che il carattere episodico della cattura dello straniero in tempo di pace da parte di un *populus extraneus* e di conseguenza l'applicabilità del postliminio in tempo di pace.

cittadino nei rapporti di diritto civile, tale parità si ammetteva limitatamente allo *ius commercii* e talvolta allo *ius connubi*<sup>57</sup>. La seconda è stata la creazione di un'area giuridica del diritto civile rivolta allo straniero, così nacquero gli istituti del *ius gentium*. È stato altresì evidenziato che l'equilibrio "dinamico" su cui si è retto il sistema giuridico così creato. Poiché la sola opzione assimilazionista sarebbe presto divenuta insostenibile, l'esercizio del *commercium* richiedeva infatti rituali specifici con un rigido formalismo che si sarebbe trasformato in un impedimento per quelle «popolazioni troppo estranee alla cultura e alle tradizioni dei *Prisci Latini*»<sup>58</sup>.

Più tardi con l'età imperiale, la diffusione del *ius gentium* e l'estensione dell'impero che ridusse il numero dei popoli stranieri ad esso non assoggettato, l'*hospitium* fu utilizzato sempre meno, fino ad esser assorbito nell'istituto dell'*amicitia*.

In ogni caso, anche quando la giuridicizzazione dell'istituto divenne più stabile, non si confondeva con gli altri due istituti di natura internazionale dell'*amicitia* e del *foedus*. Accanto all'ospizio, in riferimento ai rapporti con i popoli stranieri, si riconosce altro istituto, quello dell'*amicitia* dalla quale scaturiva *pax et aeterna pax*, la cui portata, in termini di diritti, era qualitativamente e quantitativamente maggiore dell'*hospitium*, i cui benefici erano "assorbiti" alla qualifica di *amicus*.

### 1.3 *Civis romanus sum*

L'ultimo termine oggetto di studio è quello di *civis*. Anche in tal caso soccorre l'analisi del linguista francese già in precedenza menzionato<sup>59</sup>, il quale nota il rapporto inverso che esisteva tra città e cittadino, a Roma e nel mondo ellenico. Non è *civis* che derivava da *civitas*, ma l'opposto e non si poteva tradurre *civis* semplicemente con *cittadino*. Il termine, infatti, esprimeva un rapporto di reciprocità e di riconoscimento dell'altrui posizione di cittadino, pertanto la traduzione più aderente al significato originario è quella di *concittadino* e dall'unione dei *cives* che si costruiva la nozione giuridica di *civitas*. Il dato relazionale e l'insieme dei rapporti connotavano la cittadinanza romana, come vincolo tra persone che si muovevano all'interno di uno spazio che non era già politico-istituzionale, ma da un legame fondativo.

Sul versante opposto si collocava invece il rapporto *polis-polites*. La *polis*, anzitutto, non indicava semplicemente un agglomerato urbano (l'insieme degli spazi e degli edifici in cui si svolgeva la vita delle persone era detto *asty*), ma aveva un significato decisamente più ampio, indicando la comunità politica composta già dai "cittadini".<sup>60</sup> La *polis* non era quindi lo spazio delle attività meramente private, ma

---

<sup>57</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della "civitas romana"*, Roma, La Sapienza, 2000, pp. 50 ss.

<sup>58</sup> *Ivi*, p. 66.

<sup>59</sup> É. BENVENISTE, *Deux modèles linguistiques de la cité*, in *Problèmes de linguistique générale* 2, Paris 1974, p. 276.

<sup>60</sup> E. CANTARELLA, *Op. cit.*, p. 97 s., ricostruisce la differenza tra *polis* intesa come "rocca" (in tempo di guerra) o come "agglomerato urbano" (in tempo di pace) a partire dai due poemi omerici. La studiosa precisa che la città greca era lo spazio dove di fusione tra la dimensione fisica e quella politico-sociale: la città si componeva di mura, case, templi, luoghi in cui sopra agli interessi privati vi era l'interesse collettivo. Anche l'iconografia richiamava

alludeva a un legame tra persone legate da una rete di rapporti che faceva di loro una comunità politica. I cittadini erano coloro che possedevano i diritti politici e che partecipavano agli atti essenziali (attività pubblica e rituali) della comunità, assumendone i doveri e i diritti che ne derivano. La cittadinanza greca era la dimensione istituzionale della vita in comune, della *koinōnía politikē* (secondo il lemma aristotelico), retta dalla *dike* e dal *nomos*. Scrive Aristotele nella *Politica* che il cittadino non poteva che esser definito dalla partecipazione alla vita pubblica e dall'attitudine ad amministrare la cosa pubblica, mentre tutte le altre qualità potevano ritrovarsi in qualsiasi abitante. La cittadinanza greca recava con sé una duplice prospettiva identitaria: da un lato quella politica derivante dall'appartenenza alla *polis*, dall'altro quella culturale derivante dalla condivisione dell'*hellenikón* ossia la comunanza di sangue, lingua, religione, costumi che connota propriamente la "greicità". Da qui il rifiuto verso la mescolanza con gli "stranieri di fuori" (i barbari) e la volontà di salvaguardare la purezza della greicità<sup>61</sup>.

Le due anime antonimiche della cittadinanza romana e greca emergono nella celebre *oratio* pronunciata da Claudio<sup>62</sup> a sostegno della richiesta dei *primores* della Gallia Comata di entrare nel senato romano.

---

questa tensione di significati, perché la *polis* era scolpita riproducendo scene di vita pubblica: il rito nunziale, una scena processuale, e così via, insomma la comunità nella sua dimensione sociale e giuridica.

<sup>61</sup> M. SORDI, *Integrazione, mescolanza, rifiuto nell'Europa antica: il modello greco e il modello Romano*, in G. Urso (a cura di), *Integrazione mescolanza rifiuto: incontri di popoli, lingue e culture in Europa dall'Antichità all'Umanesimo: atti del convegno internazionale. Cividade del Friuli, 21-23 settembre 2000*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2000, pp. 7 ss., mette a confronto il ricorso al mito della *syngbeneia*, ossia quello della comune discendenza con lo straniero, nell'esperienza greca e romana. Il primo caso nella letteratura classica è quello delle Supplici di Eschilo e della prosenia riconosciuta alle Danaidi dal re Pelasgo, unite agli argivi dalla comune discendenza dalla divinità Io. L'Autrice mostra come la *syngbeneia* fu mutuata come strumento di propaganda politica sia per compiere alleanze con i popoli stranieri sia per risolvere conflitti sociali nella *polis*. «Il recupero dell'autoctonia pelasgica nell'Atene di Pericle, delle tradizioni micenee nella Beozia di Epaminonda, della parentela eacide-eracleide nella Tessaglia di Aleva, serve a dimostrare che coloro che erano stati ritenuti stranieri da asservire erano in realtà autoctoni e che quelli che erano stati gli invasori erano in realtà legittimi discendenti degli antichi abitatori: in tutti e tre questi casi la *syngbeneia* serve a cementare la comunità eliminando il sospetto di una commistione con stranieri e assicurando l'identità di stirpe e di *physis* fra le sue componenti» (*ivi*, p. 21). Nel mondo romano tale mito fu utilizzato una sola volta, per giustificare «il diritto di Roma, erede di Troia e di Enea discendente di Atlante, ad un dominio universale che comprende l'Europa» (*ivi* p. 23).

<sup>62</sup> I.G. MASTROROSA, *La lungimiranza politica di Claudio fra storiografia antica e Ragion di stato dei moderni*, in *HISTORIKA Studi di storia greca e romana*, V. 8/2018, il resoconto dell'orazione è riportata, oltre che da Tacito, anche nella lacunosa *Tabula Lugdunensis*. Dai due testi emergono divergenze passate non inosservate agli studiosi. La prospettiva dell'Autrice è quella di considerare nelle argomentazioni di Tacito le tracce e l'adesione all'idea dell'impero 'globale'.

Tac., *Annales*, 11.23-25 (48 d.C.): *quid aliud exitio Lacedaemoniis et Atheniensibus fuit, quamquam armis polerent, nisi quod victos pro alienigenis arcebant? At conditor nostri Romulus tantum sapientia valuit ut plerosque populos eodem die hostis, dein civis habuerit. Advenae in nos regnaverunt: libertinorum filiis magistratus mandare non, ut plerique falluntur, repens, sed priori populo factitatum est. At cum Senonibus pugnavimus: scilicet Vulsi et Aequi numquam adversam nobis aciem instruxere. Capti a Gallis sumus: sed et Tuscis obsides dedimus et Samnitium iugum subiimus. Ac tamen, si cuncta bella recenseas nullum brevioris spatio quam adversus Gallum confectum: continua inde ac fida pax. Iam moribus artibus adfinitatibus nostris mixti aurum et opes suas inferant potius quam separati habeant. Omnia, patres conscripti, quae nunc vetustissima creduntur, nova fuere: plebei magistratus post patricos, Latini post plebeios, ceterarum Italiae gentium post Latinos. Inveterascet hoc quoque, et quod hodie exemplis tuemur, inter exempla erit.*

Che cosa ha determinato la fine dell'esperienza politica greca, degli Ateniesi e degli Spartani che pure erano forti nelle armi? La risposta di Claudio è secca: la mancata integrazione nel tessuto cittadino dei vinti, considerati stranieri e nemici. Il declino dell'antica civiltà greca era, secondo l'imperatore, da attribuire alla chiusura verso l'esterno. Al contrario. Roma si era costruita a partire da quell'apertura negata nell'antica civiltà greca; a cominciare dai primi re, l'assimilazione dello straniero è stata presentata in linea evolutiva con la crescita dell'impero, insieme alle novità (magistrati plebei, poi latini e poi di altri popoli d'Italia) derivanti dalla mobilità sociale e territoriale, della città. È stata dunque la stratificazione delle decisioni che determinarono l'apertura verso l'Altro (diverso per sangue o per classe sociale), a scandire valore e gloria dei Romani. Claudio rifiutò l'argomento della *consanguinitas*<sup>63</sup>, cui avrebbe potuto far ricorso attesa la tradizione di una discendenza comune tra Romani ed Edui, poiché esso avrebbe tradito la vocazione universale dell'Impero ed introdotto così gerarchie etniche, contraddicendo l'intero impianto argomentativo. La nozione di cittadinanza romana non fu tuttavia statica, ma si è dipanata tra avvenimenti che ne mutarono il significato e la ragion d'essere, modi d'acquisto e prerogative che ne scaturivano. Utile è dunque per una sua corretta ricostruzione l'*excursus* dall'*asylum* aperto da Romolo, al periodo arcaico e repubblicano, fino alla guerra sociale; dall'età imperiale, in cui la nozione subirà ancora trasformazioni, come attesterà in seguito la *constitutio Antoniniana* del 212 d.C. e, infine, l'intervento di Giustiniano.

L'idea del popolo come mescolanza di diversità etnica, linguistica e perfino di costumi fu all'origine della nascita della Città, con l'incontro dei Latini, i Sabini e gli Etruschi.

---

<sup>63</sup> V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.). Una sintesi*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 52, si chiede se il discorso della connaturata apertura verso l'esterno fosse stato reiterato anche dai predecessori di Claudio e che rapporto intercorresse con la creazione dell'identità italiana. Rispetto a quest'ultima, l'Autore ricava un chiaro esempio della sua costruzione, in chiave oppositiva rispetto alle province, nella scelta da parte di Augusto dei nomi da dare alle *regiones*, utili a rimarcare i confini. La storia imperiale, nota ancora, è connotata da un'eterogeneità dei fini: alla immediata volontà dei singoli imperatori fanno da contraltare gli eventi che unirono conquistati e conquistatori.

Sallustio, *Bellum Catilinae*, 6: *Urbem Romam, sicuti ego accepi, condidere atque habuere initio Troiani, qui Aenea duce profugi sedibus incertis uagabantur, et cum his Aborigines, genus hominum agreste, sine legibus, sine imperio, liberum atque solutum. Hi postquam in una moenia convenere, dispari genere, dissimili lingua, alius alio more viventes, incredibile memoratu est quam facile coaluerint: ita breui multitudo dispersa atque vaga concordia civitas facta erat.*

Cicerone, riprendendo Catone, sulla costituzione dello Stato romano ha messo in luce la contrapposizione con le esperienze delle città greche, ove i singoli statisti avevano eretto la *polis* con leggi e istituzioni proprie, come Minosse a Creta, Licurgo a Sparta, e ad Atene, con continui cambiamenti, ora Teseo, ora Dracone, ora Solone, ora Clistene. Roma nacque invece dalla stratificazione e dall'incontro di popoli diversi, come mostra del resto l'avvicendamento dei re di origine straniera: erano sabini Tito Tazio e Numa Pompilio; figli di donne sabine, Tullo Ostilio e Anco Marzio; figlio di un greco di Corinto e di una etrusca di Tarquinia, Tarquinio Prisco.

Cicerone, poi, ben descrive l'altra caratteristica che connotò l'esperienza romana nel suo successivo sviluppo (che sarà ripresa anche da Polibio nel II sec. d. C.), ossia appunto la prassi di non rifiutare apriori le usanze straniere, bensì di accoglierle, imitarle e infine migliorarle.

*De Rep.*, II, 1, 2: *Cato dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod in illis singuli fuissent fere quorum suam quisque rem publicam constituisset legibus atque institutis suis, ut Cretum Minos, Lacedaemoniorum Lycurgus, Atheniensium, quae persaepe commutata esset, tum Theseus tum Draco tum Solo tum Clisthenes tum multi alii [...] nostra autem res publica non unius esset ingenio sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot constituta saeculis et aetatibus.*

II, 16, 30: *Hoc ipso sapientiam maiorum statutes esse laudandam, quod multa intelleges etiam aliunde sumpta meliora apud nos multo esse facta, quam ibi fuissent unde huc traslata essent atque ubi primum extitissent, intellegesque non fortuito populum Romanum sed consilio et disciplina confirmatum esse, nec tamen adversante fortuna.*

Il tema dell'arricchimento originato dall'incontro con il diverso ebbe una valenza più ampia, che non si arrestò al piano interpersonale, non temeva di ricomprendere anche istituzioni e usi stranieri, con cui affinare quelli autoctoni <sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Tra i passi più celebri vi è il discorso che Sallustio attribuisce a Cesare per dissuadere l'esecuzione sommario dei catilinari, *Cat.*, 51, 37: «Maiores nostri, patres conscripti, neque consili neque audaciae umquam eguere; neque illis superbia obstat, quo minus aliena instituta, si modo proba erant, imitentur. Arma atque tela militaria ab Samnitibus, insignia magistratuum ab Tuscis pleraque sumpserunt. Postremo, quod ubique apud socios aut hostis idoneum videbatur, cum summo studio domi exsequabantur: imitari quam invidere bonis malebant. Sed eodem illo tempore Graeciae morem imitati verberibus animadvortebant in civis, de condemnatis summum supplicium sumebant. Postquam res publica adolevit et multitudine civium factiones valere, circumveniri innocentes, alia

In questa prima fase, la cittadinanza era dei membri dell'unico gruppo detentore dei diritti, del nucleo originario della città: le famiglie gentilizie. Con l'ampliamento della comunità la cittadinanza veniva trasmessa non solo per consanguineità, ma era riconosciuta anche a chi non era parte del gruppo ristretto (*plebei* o *clientes*) e agli stranieri (vinti o alleati che fossero). La crescita della *civitas* (intesa come unione di *cives*) derivò dalla volontà delle famiglie gentilizie<sup>65</sup>. Ora è possibile cogliere appieno il significato che Benveniste attribuiva al binomio *civis/civitas* e al riconoscimento di tale *status* promanante da *civis* a *civis* (per nascita, per manomissione, per adozione, per *migratio*): mentre l'elemento territoriale o quello etnico ebbero scarsa rilevanza, *concordia civitas facta est*, la comunione fu offerta dal diritto e dalla religione.

Peculiarità dello *status civitatis*<sup>66</sup> non fu tanto la partecipazione politica (senza voler negare un nucleo di diritti politici), ma la capacità giuridica che in maniera piena apparteneva solo ai *cives* e che costituì, come è emerso nel corso della guerra sociale, la ragione che determinò il desiderio degli italici di ottenere lo *status* di cittadini romani. Nell'esperienza giuridica romana, come in quelle di altre epoche e civiltà antiche, non vi era ragione di distinguere capacità giuridica e *status civitatis*, perché intimamente connesse: il secondo era pre-condizione della prima, «la disciplina giuridica dell'attività del singolo (e di conseguenza i suoi diritti e doveri) si fondava necessariamente sulla qualità di membro di una comunità (cioè sullo *status* del

---

huiusce modi fieri coepere, tum lex Porcia aliaeque leges paratae sunt, quibus legibus exsilium damnatis permissum est. Hanc ego causam, patres conscripti, quo minus novum consilium capiamus, in primis magnam puto. Profecto virtus atque sapientia maior illis fuit, qui ex parvis opibus tantum imperium fecere, quam in nobis, qui ea bene parta vix retinemus».

<sup>65</sup> A. CALORE, "Cittadinanza" tra storia e comparazione, in M. BRUTTI, A. SOMMA, *Diritto: storia e comparazione Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2018, pp. 81-94, descrive la primissima fase della cittadinanza romana come espressione e intreccio di sangue e potere, che apparteneva ai gruppi gentilizi più potenti, dai quali poi scaturì la classe patrizia. La cittadinanza romana nel periodo regio era connotata da un forte dinamismo.

<sup>66</sup> E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Padova, Cedam, 1997, pp. 100-101, evidenzia come l'anima principale dello *status civitatis* fosse da rinvenire nella titolarità della capacità giuridica. I *peregrini* non a caso erano distinti in *peregrini alicuius civitatis* ovvero *peregrini deditii*, solamente ai primi in quanto titolari di *status civitatis* (seppure non romano) era riconosciuto il godimento di un proprio *ius civile*, capacità non riconosciuta ai secondi perché privi di *civitas*. A. PALMA, *Note in tema di cittadinanza romana e sovranità*, in *Koinwnia*, Rivista dell'Associazione di Studi Tardoantichi, 38, 2014, pp. 279-304 (spec. p. 292 s.), continua il discorso sullo *status civitatis* come potere di disporre della capacità giuridica, scandendone e tre *status* antecedenti necessariamente al primo: lo *status libertatis*, ossia la condizione di uomo libero in opposizione a quella di schiavo; lo *status civitatis*, nel discriminare tra chi è in possesso o meno della cittadinanza romana; lo *status familiae*, che distingueva il *pater familias* dagli altri membri della famiglia. Il possesso dei tre determinava l'appartenenza ad un gruppo e ai diritti e doveri che ne sarebbero derivati.

soggetto)»<sup>67</sup>. In altre parole, lo *status civitatis* era fondamento e limite della stessa capacità giuridica.

Nel rapporto verticale tra cittadino ed autorità, il primo si differenziava dagli stranieri e dagli schiavi per la piena capacità giuridica e la possibilità di proteggere i propri diritti individuali contro *l'imperium* dei magistrati attraverso il ricorso alla *provocatio ad populum*.

La cittadinanza così intesa, con la sua elasticità, si asservì agli interessi di Roma e alla sua costruzione identitaria, in una prima fase, e alla politica espansiva, nella seconda fase. L'incontro col diverso fu altresì un momento per ripensare i propri usi ed istituzioni. Tale paradigma, è bene tuttavia chiarire, è scevro da connotazioni filantropiche, ma è innegabile che abbia costituito strumento di unione di popoli, lingue, costumi, culture diverse.

Celebri sono le parole dell'orazione di Elio Aristide nell'*Encomio di Roma*, nei riguardi l'attitudine espansiva della cittadinanza romana: «Il mondo non ha mai visto nulla di simile (...). Né il mare, né le enormi distanze di terre impediscono di essere cittadini romani, né, a questo riguardo, c'è più differenza tra l'Asia e l'Europa, ma tutte le opportunità sono a disposizione di tutti: nessuno che sia degno di posti di comando o di fiducia è infatti considerato uno straniero»<sup>68</sup>.

La Roma repubblicana, come noto, si caratterizzò per la sua espansione nel Lazio e nel territorio italico, specularmente si assisteva alla moltiplicazione dello *status civitatis*, moltiplicazione intesa non solo in senso quantitativo ma anche qualitativo: più che di cittadinanza romana potrebbe parlarsi di cittadinanze romane<sup>69</sup>, o meglio di cittadinanza scalare<sup>70</sup>. Il quadro è piuttosto composito: le colonie romane, fondate lungo la costa tirrenica con l'obiettivo di difendere la città da attacchi via mare; le colonie latine, insediate per difendere le vie di comunicazione e tenere sotto controllo le popolazioni più restie al dominio romano; i *municipia sine suffragio* e *cum suffragio*, a seconda che fosse riconosciuto ai neocittadini l'elettorato; i *socii*, città (e popoli) aventi un legame con Roma attraverso un *foedus* e alla sua egemonia, seppur formalmente indipendenti, erano sottoposte. L'espansione della *civitas* romana andò di pari passo a quella nel territorio italico e

---

<sup>67</sup> M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1997, p. 39.

<sup>68</sup> Brano tratto dall'orazione *Eis Romanen* (vv. 59-60) che il retore pronunciò dinanzi all'imperatore Antonino Pio. G.D. MEROLA, *Roma: un impero di città*, in *Diritto@Storia, Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 15/2017, invita a leggere con prudenza il brano di encomio alla città, ma a non sottovalutarne gli spunti di interesse storico. Emergono due caratteristiche importanti, sia quella di una cittadinanza non esclusiva, che potrebbe definirsi meritocratica, utile quindi a captare il favore delle *élite* locali e degli uomini più nobili e potenti, sia «quella dell'impero di Roma come un impero di città, in cui i Romani si propongono come coordinatori, non dominatori», rispettando l'autonomia delle comunità urbane, favorendo e non offuscando il loro pluralismo culturale ed istituzionale».

<sup>69</sup> A. CALORE, *"Cittadinanza" tra storia e comparazione*, cit., p. 88.

<sup>70</sup> L'espressione è mutuata da V. MAROTTA, *Op. cit.*, p. 17, che la usa per indicare la coesistenza di diversi *status civitatis* in rapporto alla medesima città.

tra le ragioni che consentirono tale diffusione vi era sicuramente la più volte ricordata elasticità che connotò la cittadinanza romana. In particolare, due sono le notazioni da compiere circa questa fase: la prima è notare un'adesione spontanea agli usi e al diritto romano<sup>71</sup>, la seconda è quella dell'autonomia riconosciuta ai *municipia*. De Visscher, nelle sue conferenze romanistiche, mette in evidenza come la romanizzazione delle province — prima occidentali e poi orientali — non poteva esser considerata un processo calato dall'alto e improvviso, ma in realtà opportunamente preceduto da una diffusione del diritto romano, reso possibile da una precedente convivenza con gli usi locali; in tale contesto la concessione della cittadinanza romana appariva come il riconoscimento di una romanizzazione già raggiunta. L'Autore sostiene dunque l'idea di una romanizzazione progressiva, espressione di un modello di cittadinanza che fa dell'elasticità e dell'attitudine a creare unione fra popoli diversi la sua chiave di successo. Non possono sottovalutarsi inoltre altri due fattori nel processo di romanizzazione: la creazione dello *ius gentium* e del processo formulare, con cui fu riconosciuta e tutelata la posizione giuridica dello straniero nell'ordinamento e nel processo romano. L'arrivo di un ingente numero di stranieri, ricordava Pomponio<sup>72</sup>, nella città

---

<sup>71</sup> Si segnala l'annosa questione sulla possibilità o meno di esser titolari di doppia cittadinanza. Occorre preliminarmente dire che differente è la posizione per i cittadini romani, rispetto ai *peregrini* diventati romani. Celebre e lapidaria la formula ciceroniana, in *Balb.*, 28, *Duarum civitatum civis noster esse iure civili nemo potest; non esse huius civitatis qui se alii civitati dicarit, potest...*, che definiva contraria al diritto la doppia cittadinanza, sia per chi voleva acquistare quella straniera, sia per chi voleva acquistare quella romana. Nota M. TALAMANCA, *I mutamenti della cittadinanza*, in *MEFRA*, n. 2/1991, pp. 714 ss., che nella fase repubblicana e con lo scioglimento della Lega latina si è assistito a poco a poco, e senza grandi proclami, ad un mutamento e alla diffusione di deroghe alla regola appena ricordata. Si riconobbe dapprima ai *coloni* latini che avevano esercitato la magistratura di acquisire la cittadinanza romana senza perdere quella della *colonia*; contemporaneamente, nelle province romane continuava a sopravvivere l'ordinamento giuridico e processuale preesistente. È possibile che per i *novi cives* fosse ammessa una doppia cittadinanza in via di fatto. Nel periodo imperiale il ricorso alla doppia cittadinanza era già largamente in uso ed essa fu sfruttata per creare un legame più saldo e di fedeltà all'impero, alle nuove città conquistate e alle sue *élite* governanti, giacché non era coerente concedere la *civitas romana* in via onoraria, e al tempo stesso degradarle a straniere nella propria città. Il quadro delineato è arricchito dal ritrovamento della *Epistula ad Athenienses* di Marco Aurelio, circa quarant'anni prima dell'Editto di Caracalla, che riporta casi giudiziari di cittadini ateniesi in possesso della cittadinanza romana, sottoposti all'imperatore, sotto forma di gravame, decise in base all'ordinamento attico. Non può non essere sottolineato il cambio di paradigma e di approccio alla doppia cittadinanza, che finì così ad essere ammessa come istituto giuridico, non più sopportata in fatto, ma riconosciuta in diritto. La lettera restituisce l'indubbia testimonianza dell'applicazione del diritto attico a cittadini romani e ateniesi allo stesso tempo.

<sup>72</sup> D.1.2.2.28: «non sufficiente eo praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat».

determinò, poi, dopo il 242 a.C. la nascita della nuova figura del pretore peregrino<sup>73</sup>.

Con le due *rogationes* di Fulvio Flacco (125 a.C.) e Caio Gracco (122 a.C.), la questione dell'estensione della cittadinanza alle popolazioni latine e italiche fu mutata a strumento utilitaristico di risoluzione dei vari problemi di politica interna<sup>74</sup>: dalla questione agraria, a quella del rifocillamento demografico e dell'esercito, infine, alle logiche clientelari. La cronologia degli eventi che portò alla guerra sociale è nota: l'espulsione dei Latini immigrati a Roma,<sup>75</sup> provvedimento che fece seguito al ricorso sempre più frequente dell'abusiva iscrizione dei latini nelle liste dei censori romani; la *provocatio* del console Flacco; la distruzione della colonia latina di Fregelle; la *rogatio* di Gracco e il ritorno *in auge* della sua proposta con Livio Druso. Seguì il *bellum Italicum*, guerra intestina combattuta per ottenere l'estensione della cittadinanza romana, e il gruppo delle tre leggi sulla cittadinanza (la *lex Iulia*, la *lex Plantia Papiria* e la *lex Calpurnia*). La cittadinanza romana estesa a tutto il territorio italico si compì alla luce del principio della convivenza tra la *communis patria* e la *germana patria*. Nel 49 a.C. anche gli abitanti della Gallia Cisalpina, dopo la concessione della latinità, ottennero la cittadinanza. Alla guerra scoppiata prevalentemente a causa di pretese aventi natura economica e/o politica, fece da sfondo la rivendicazione della cittadinanza romana degli italici, in ragione dei privilegi scaturenti da tale *status*: somma delle guarentigie della *libertas* e delle misure di politica sociale<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> F. MERCOGLIANO, *Op. cit.*, p. 21 s., ricorda che la denominazione di peregrino fu data secoli dopo, come testimoniano Cicerone e Livio, che mai la utilizzarono. L'istituzione di questa figura segnò in definitiva il momento in cui Roma si fece carico della regolamentazione dei rapporti con gli stranieri, settore nevralgico fu quello contrattuale, la cui estensione non si verificò appieno, restavano inaccessibili agli stranieri diverse tipologie contrattuali e modi d'acquisto, tra cui *mancipatio*, *in iure cessio*, *usucapio*.

<sup>74</sup> G. LURASCHI, *La questione della cittadinanza nell'ultimo secolo della repubblica*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, LXI, 1995, rifiuta la prospettiva di chi ritiene che i Gracchi ebbero l'intuizione della necessità di ampliare gli stretti confini del modello della città-stato, sottolineandone all'opposto la forte vocazione utilitaristica e romano-centrica.

<sup>75</sup> Dell'espulsione del 187 troviamo traccia nei racconti di Livio: 39.3.4-6. *Legatis deinde sociorum Latini nominis, qui toto undique ex Latia frequentes convenerant, senatus datus est. His querentibus magnam multitudinem civium suorum Romam commigrasse et ibi census esse, Q. Terentio Culleoni praetori negotium datum est ut eos conquireret, et quem C. Claudio M. Livio censoribus postea eos censores ipsum parentemve eius apud se censum esse probassent socii, ut redire eo cogeret ubi censi essent. Hac conquisitione duodecim milia Latinorum domos redierunt, iam tum multitudine alienigenarum urbem onerante.*

<sup>76</sup> Per E. GROSSO, *Op. cit.*, pp. 115 ss., da un lato la *libertas* è il tratto caratterizzante della cittadinanza romana, quel che preme al *civis* non è tanto la partecipazione politica alla comunità, quanto affermare che egli era cittadino libero ed eguale di fronte alla legge e al potere dei magistrati, essendo egli titolare del diritto di *provocatio ad populum*; dall'altro lato non può sottrarsi l'interesse al godimento delle prerogative di natura sociale riconosciute al cittadino, tra i privilegi principali della cittadinanza nell'età repubblicana vi era la distribuzione di beni e risorse alimentari; lo *status* di cittadino libero dal dominio di un terzo;

Tale assetto, così venuto fuori alla fine della guerra sociale, ritrovò nell'unificazione del regime giuridico dei suoli e nella diffusione dello *ius Italicum* (in età imperiale), il senso della cittadinanza inteso come unico *status* giuridico, in contrapposizione ai molteplici *status* delle vecchie vicende repubblicane.

Nel corso dell'età imperiale, la *libertas* si incrinò. La diffusione della cittadinanza non garantiva più il rispetto delle antiche guarentigie (si pensi allo *ius gladii* delegato ai governatori di rango senatorio, ridimensionando così la *provocatio*), l'idea della cittadinanza come *status* da cui promanano diritti politici e titolarità di diritto civile, si ruppe di fronte alla *maiestas principis*, con la supremazia della sovranità statale sull'autonomia privata<sup>77</sup>.

Con l'editto di Caracalla nel 212 d.C. e la compilazione di Giustiniano, non fu solamente la nozione di *peregrinus* a scomparire dall'orizzonte dell'Impero Romano. L'anima della *civitas* non ha seguito l'espansione dell'impero, da un rapporto verticale tra cittadino e potere, si passò all'accentramento dei poteri, appiattendolo le prerogative dei cittadini a quelle degli altri abitanti dell'impero. Il crepuscolo definitivo si compì con la trasformazione del cittadino in suddito sotto l'egida di Giustiniano. Nelle *Institutiones* giustinianee<sup>78</sup> scomparve la parola straniero, ma anche la parola cittadino, che fu sostituita da *subiectus*. La cittadinanza romana ha perso nel corso dell'età imperiale la sua antica accezione: la volontà di unirsi e costituirsi come cittadini, dietro la tensione verso un'uguaglianza, intesa come comunanza dello *ius civile* e di dipendenza al solo ordinamento giuridico si incrinò di fronte alla soggezione all'imperatore.

---

il riconoscimento della piena tutela giuridica; il diritto di voto da esprimere nei corpi intermedi.

<sup>77</sup> S. RANDAZZO, *Gli equilibri della cittadinanza romana, fra sovranità e impatto sociale*, in *TSDP*, V, 2012, pp. 36-37, ne mostra i riflessi anche nel processo. Al rapporto pubblico-privato dell'età repubblicana corrisponde il modello processuale bifasico: una prima fase dinanzi al pretore e la seconda fase davanti un giudice/arbitro privato; viceversa nel processo *extra ordinem* dell'età imperiale si passò dal rapporto pubblico-privato all'egida imperiale, che in sede processuale si rifletteva nella giurisdizione attribuita al solo giudice-funzionario.

<sup>78</sup> Nov. Iust. 78.5 (a. 539): *Facimus autem novum nihil, sed egregios ante nos imperatores sequimur. Sicut enim Antoninus Pius cognominatus, ex quo etiam ad nos appellatio haec pervenit, ius Romanae civitatis prius ab unoquoque subiectorum petitus et taliter ex eis qui vocantur peregrini ad Romanam ingenuitatem deducens ille hoc omnibus in commune subiectis donavit, et Theodosius iunior post Constantinum maximum sacratissimae huius civitatis conditorem filiorum prius ius petitus in commune dedit subiectis, sic etiam nos hoc videlicet regenerationis et aureorum anulorum ius unicuique petentium datum et damni et scrupulositatis praebens occasionem et manumissorum indigens auctoritate omnibus similiter subiectis ex hac lege damus. Restituimus enim naturae ingenuitate dignos non per singulos de cetero, sed omnes deinceps qui libertatem a dominis meruerunt, ut et hanc magnam quandam et generalem largitatem nostris subiectis adiciamus.*

## Parte seconda

### *Ius migrandi*, la nascita di un diritto asimmetrico

#### 2. Alle origini del diritto di polizia

Le peculiarità della cittadinanza medievale sono esemplificate dalla polisemia della parola *civitas*<sup>79</sup> in quel contesto essa indicava: la città intesa quale luogo fisico e ordinamento giuridico (nell'accezione di ordinamento particolare); la comunità di cittadini e il loro *ius civium*; infine essa indicava anche l'organizzazione politica.

La varietà e la frammentazione del mondo medievale non consentono di ricostruire una visione unitaria di cittadino, inteso quale soggetto che ha un legame di appartenenza con la città e da cui derivano un insieme di diritti e doveri definiti. In altri termini «non vi è *una* cittadinanza, ma una pluralità di condizioni soggettive differenziate e gerarchizzate. La cittadinanza non è uno *status* uniforme...»<sup>80</sup>.

Il tema della cittadinanza nel mondo medievale inteso nei suoi termini corretti e che non tendano ad una modernizzazione della nozione dovrebbe esser affrontato con un approccio microstorico<sup>81</sup>. Avendo come coordinate di riferimento: l'assenza dell'idea di eguaglianza tra i membri della medesima città (che invece si affermerà con le rivoluzioni settecentesche); il fondamento pattizio del legame di cittadinanza; il corporativismo medievale.

In questa complicata trama di appartenenze ancor più complessa è l'indagine che voglia ricostruire il rapporto con l'estraneo. O meglio essa ancora una volta incorrerebbe nel rischio di assumere la lente della modernità. Gli studiosi hanno ritenuto certamente più corretta un'impostazione che tenga conto dei meccanismi di inclusione ed esclusione della cittadinanza, da cui nemmeno il cittadino era messo al riparo, ove si pensi ad esempio al *bannitus* (un non-straniero trasformato in nemico).

La circolazione delle persone, beni e capitali nell'età medievale e moderna era da un lato molto intensa e allo stesso tempo priva di una visione (e di conseguenza, di una disciplina) unitaria, come per la cittadinanza. In assenza di una regola generale, la condizione giuridica dello straniero era legata ad un doppio filo, quello del suo *status civitatis* (in virtù della regola della reciprocità) e quello della sua categoria di appartenenza: professore, studente, banchiere, mercante, soldato, ambasciatore, artigiano, pellegrino, vagabondo o straniero di passaggio<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Sul tema si veda P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, *passim*.

<sup>80</sup> *Ivi*, p. 15.

<sup>81</sup> *Ivi*, p. 14.

<sup>82</sup> C. STORTI, *Alcune considerazioni sul trattamento dello straniero in età medievale e moderna tra flessibilità e pragmatismo*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, EUM, 2012, pp. 123-148. L'A. nota due tendenze di carattere generale: la prima è che

La frammentazione giuridica pre-moderna non interessava dunque esclusivamente il rapporto con l'Altro, giacché era tipica dell'assetto pluralistico e variegato degli ordinamenti politici e giuridici locali feudali.

Alla luce di questo breve scenario tratteggiato si ritiene che un'impostazione corretta di questa parte della storia rischierebbe di allontanarci eccessivamente dall'oggetto dell'indagine.

Da questo momento in poi infatti si privilegerà l'indagine diacronica che sia in grado di ricostruire le fila storiche del rapporto tra lo straniero e lo Stato, sì da riflettere maggiormente sugli aspetti di continuità e di discontinuità con la riflessione odierna.

Nel 1539 il teologo spagnolo Francisco de Vitoria aveva configurato lo *ius migrandi* come diritto naturale universale, che tuttavia nella pratica fu utile ad affermare il diritto degli spagnoli alla conquista del nuovo mondo. Anche nella tradizione liberale classica lo *ius migrandi* era considerato corollario della libertà individuale, del diritto di proprietà e del lavoro, scriveva John Locke che è il diritto di proprietà inteso come diritto a possedere quel tanto di cui si può far uso «può sempre valere nel mondo senza pregiudicare nessuno, poiché vi è terra sufficiente nel mondo da bastare al doppio di abitanti»<sup>83</sup>.

Un diritto che dunque fin dall'inizio anchorchè fu teorizzato come universale di fatto era concepito ad uso esclusivo degli occidentali «non essendo certo esercitabile dalle popolazioni dei “nuovi” mondi, nei cui confronti, al contrario, servì a legittimare conquiste e colonizzazioni»<sup>84</sup>.

Nel corso del XVI secolo iniziarono ad essere sperimentati i primi meccanismi di controllo del movimento di cittadini e non cittadini affidate alle autorità locali, con l'introduzione del passaporto. Strumento volto alla restrizione della libertà di movimento interna ai confini locali e che si prestava ad essere dispositivo per la lotta al vagabondaggio e alla mendacità<sup>85</sup>, utile quindi all'equilibrio del nascente *welfare* locale.

---

l'elasticità del sistema giuridico medievale garantiva una forte capacità inclusiva negli ordinamenti locali dettata per lo più da esigenze di natura demografica o professionale; la seconda che i gruppi di stranieri, divisi all'interno delle città per categorie professionali o grado sociali, riproducevano nelle forme associative, di volta in volta poste in essere, le strutture dei modelli comunali. Questo tipo di organizzazione riusciva a tutelare gli interessi “di origine” di fronte agli interessi e poteri locali, a mantenere un controllo e a offrire una sorta di tutela da parte della lontana madrepatria. Altra questione è quella della regola della non extraterritorialità delle legge, che creava non poche iniquità tra cittadini e stranieri, non solo teoriche, ma anche pratiche e si accompagnava all'applicazione della *lex loci* agli stranieri, limitatamente a taluni diritti, attraverso *fictiones iuris* in via interpretativa e dei criteri collegamento *ratione contractus, vel quasi delicti, vel rerum*.

<sup>83</sup> J. LOCKE, *Due trattati sul governo. Secondo trattato*, trad. it., Torino, Utet, 1986, pp. 266-267.

<sup>84</sup> L. FERRAJOLI, *Politiche contro gli immigrati e razzismo istituzionale in Italia*, in P. Basso, (a cura di), *Razzismo di stato. Stati Uniti, Europa, Italia*, Milano, Franco Angeli, 2010, p. 118.

<sup>85</sup> M. SAVINO, *Op. cit.*, pp. 56 ss., evidenzia il legame tra le prime misure restrittive alla libertà di circolazione interna e l'erogazione dei primi sussidi di povertà. Le prime misure espulsive erano infatti dirette ai forestieri che chiedevano sussidi. L'inasprimento di questa regola nell'Inghilterra del 1662 condusse all'adozione del *Poor Relief Act*, che consentiva l'espulsione

Verso la fine del sec. XVIII la *Declaration of Rights* della Virginia del 1786 e la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino* francese del 1789 segnarono un passaggio dirompente in materia di cittadinanza e di diritti. Quanto alla prima, essa «ritrova nell'appartenenza ad una comunità e nell'impegno civico gli elementi-base costituenti l'identità politica del soggetto, mettendo in luce la dimensione partecipativa»<sup>86</sup>. Quanto alla titolarità dei diritti e delle libertà, l'uomo<sup>87</sup> prendeva il posto del cittadino: affermando così che vi erano taluni diritti inviolabili che spettavano all'uomo in quanto tale, altri riconosciuti solamente al cittadino<sup>88</sup>. Siéyès<sup>89</sup> meglio di altri definì la cittadinanza rivoluzionaria e il nuovo soggetto politico della Nazione, scrivendo che tutti gli abitanti di un Paese avevano diritto a godere dei diritti del cittadino passivo, mentre non tutti avevano diritto di partecipare attivamente alla cosa pubblica. Nel coppia cittadinanza attiva/passiva si inserì la figura dello straniero, che nella costituzione del 1791 trovò specifico riconoscimento nel titolo VI dedicato a *Des rapports de la Nation française avec les*

---

di «any person or persons that are likely to be chargeable to the Parish». Anche nel territorio prussiano furono adottate misure di questo tipo. Nel 1548 la prima ordinanza di polizia rivolta a mendicanti e vagabondi, considerati una minaccia per l'ordine pubblico. Il primo ad introdurre tuttavia l'obbligo di possesso del passaporto rivolto ai forestieri fu Federico Guglielmo I, che limitò la libertà di movimento anche a contadini e autoctoni, ai primi vietando di emigrare e obbligando i secondi a spostarsi previo possesso di apposito salvacondotto. Del pari, in Francia la prima misura restrittiva della libertà di movimento interna risale al 1718 con un'ordinanza reale che obbligava contadini, mercanti e operai diretti a Parigi di munirsi di passaporto; due anni più tardi la misura verrà estesa a tutte le classi povere. In definitiva, si ricava un quadro di controllo non dello straniero in sé, ma delle classi povere, considerate un pericolo per l'ordine pubblico.

<sup>86</sup> G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, Jovene 2007, pp. 16 ss.

<sup>87</sup> La sez. 1 della *Carta dei diritti* statunitense recita: «That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.», parallelamente la Dichiarazione d'Indipendenza del 1776 apre: «We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness». Allo stesso modo, al di là dell'oceano, la Dichiarazione francese all'art. 1 sancisce che «Gli uomini nascono e rimangono liberi ed uguali nei diritti».

<sup>88</sup> F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 7 ss., il quale non trascurava la circostanza che le Dichiarazioni dei diritti settecentesche ebbero come *humus* la lotta ai privilegi della classe aristocratica e tuttavia ritiene che non possa esser trascurato nelle stesse si trovi il seme dell'universalismo di taluni diritti.

<sup>89</sup> G. BASCHERINI, *Op. cit.*, pp. 20 ss., nota come l'idea di cittadinanza di Siéyès tradisse una forte disuguaglianza, tramite un suffragio censitario e progressivo. La cittadinanza gerarchizzata (nella distinzione tra attiva e passiva) costituiva in fondo, peraltro, solo un momento della transizione da un'idea ancora monarchica ad una concezione repubblicana. Sulle opere dell'abate in tema, cfr. ivi le note 13 e 14.

*Nations étrangères*, con cui fu abolito l'albinaggio, protetto il diritto di proprietà, il diritto di petizione e di ingresso nell'esercito nazionale. Allo straniero erano negati i diritti politici, perché non appartenente territorialmente alla Nazione. Il meccanismo di esclusione dalla cittadinanza attiva che si fondava sul censo finì per escludere vagabondi, mendicanti, contadini e buona parte degli artigiani. Il prisma attraverso il quale si guardava lo straniero mutò radicalmente con il Terrore: la figura divenne in tale fase quella del sospettato per eccellenza, dunque un pericolo per la Rivoluzione. Con l'opera di codificazione operata da Napoleone, la cittadinanza scomparì dalle costituzioni per insediarsi nei codici civili «e renderla elemento dello statuto di personalità dell'individuo, basato sul principio di nazionalità»<sup>90</sup>.

Nel frattempo, le vicende dell'Italia pre e post-unitaria furono fortemente influenzate dalla dominazione austriaca e napoleonica. Sotto la spinta della dominazione francese fu adottato anche nel regno il primo regolamento di polizia su passaporti e stranieri. Con Ordinanza del Ministro degli Affari Interni sul "Regolamento per la Polizia generale"<sup>91</sup> del 27 marzo 1802, n. 15, furono stabiliti, tra gli altri, gli obblighi in capo a chiunque avesse fatto ingresso nella Repubblica italiana (art. IV-VIII) e le modalità che i forestieri avrebbero dovuto osservare per prendervi domicilio (art. IX-XIII). Siffatta normativa coinvolgeva sia restrizioni riguardanti i soli cittadini stranieri, sia quelle contro oziosi, vagabondi e mendicanti. Essa inoltre conteneva *in nuce* tutti quegli aspetti e poteri che ancora oggi caratterizzano il diritto dell'immigrazione: la necessità di recare con sé il *passaporto* e la *carta di sicurezza*, da consegnare al Prefetto, *l'abilitazione del ministro dell'interno* per chi volesse soggiornare regolarmente sul territorio e infine poteri ablatori di espulsione<sup>92</sup>.

Le prime restrizioni di carattere nazionale all'ingresso degli stranieri (non nella dimensione individuale, ma intesi come gruppo e massa) furono introdotte alla

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>91</sup> Consultabile online all'url: <http://www.lombardiabeniculturali.it/leggi/schede/300171/>

<sup>92</sup> M. SAVINO, *Op. cit.*, p. 65 e ss. descrive in maniera accurata gli aspetti della disciplina indicata e ritrova l'aspetto di maggior interesse nella sua completezza «essa già disciplinava i poteri di certificazione (dichiarazione di soggiorno), autorizzatori (permesso di soggiorno nella forma della carta di abilitazione), ablatori (espulsione) e di esecuzione (allontanamento volontario e coattivo, nonché detenzione amministrativa) che costituiscono lo strumento tipico della regolazione dei flussi migratori del XXI secolo» (*ivi*, p. 69). In sintesi, lo straniero che avesse voluto trattenersi per più di ventiquattro ore nel territorio della Repubblica Italiana (quella proclamata il 26 gennaio 1802 dalla consulta straordinaria cisalpina convocata a Lione con legge del 12 novembre 1801) era fatto obbligo di darne comunicazione alla polizia locale. Se egli poi avesse voluto domiciliarsi e ottenere la carta di abilitazione, avrebbe dovuto dare dimostrazione dei requisiti morali, economici e di collaborazione con le autorità di sicurezza locali, pena l'allontanamento. Per gli stranieri era stata introdotta una fitta e macchinosa procedura: per fare ingresso questi avevano bisogno di un passaporto rilasciato da un Paese amico, dopodiché alla frontiera gli veniva rilasciato una *carte di passo* e per i soggiorni prolungati una *carta di sicurezza*.

fine del XVIII secolo da Francia, Stati Uniti e Gran Bretagna, nel timore della diffusione del radicalismo delle posizioni politiche della rivoluzione<sup>93</sup>.

A cavallo tra XIX e XX secolo si sublimò la convivenza tra controllo dell'ordine pubblico e visione liberale dello Stato: quanto più i processi migratori si fecero imponenti, tanto più si radicalizzò la pretesa di sovranità sull'estraneo. In continuità con l'assolutismo seicentesco ma forte della rottura rivoluzionaria, lo Stato sovrano ottocentesco proclamò di assumere il garantismo dello Stato di diritto, salvo poi affidare ampio spazio — nella prassi — alla polizia in ordine all'applicazione discrezionale della normativa sulla libertà di movimento<sup>94</sup>.

Il binomio autorità/libertà a cavallo tra il XIX e il XX secolo ha lasciato all'odierno approccio del governo delle migrazioni un'eredità, che si cercherà di mettere a fuoco nelle pagine successive.

Per comprendere in quale modo e misura le politiche attuali dell'immigrazione siano il risultato complessivo di *differenza* e *ripetizione* della dialettica sovranità pubblica e libertà individuale, migrazione di massa e migrazioni individuali, cristallizzatosi nel XIX secolo, è allora da approfondire come il rapporto con lo straniero sia cambiato nel corso dei due secoli e quali sono invece quegli aspetti che si sono sedimentati<sup>95</sup>. Alcuni dei *tópoi* attuali del diritto dell'immigrazione hanno radici proprio a cavallo tra '800 e '900: l'amministrativizzazione dei diritti degli stranieri, la criminalizzazione dei migranti, l'utilizzo di immigrazione ed emigrazione per costruire l'identità sociale-culturale della nazione e per unirsi intorno ad un sentimento comune, ossia il *nation building*<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, Carocci, pp. 27 ss. L'A. analizza singolarmente i provvedimenti adottati nei rispettivi Paesi all'epoca di cui si sta parlando ora. In Francia a partire dal 1792 fu sancito l'obbligo del passaporto per stranieri e cittadini che si fossero allontanati dal loro domicilio, che si completava con quello di registrazione presso le autorità municipali, avviando così la politica di sorveglianza. Con la l. 23 Messidoro anno III furono banditi dal territorio francese gli stranieri entrati dopo il 1792, mentre i nuovi entrati erano obbligati alla consegna del passaporto presso le autorità. In Inghilterra nel 1793 fu introdotto il primo *Alien Act*, che riconosceva all'esecutivo il potere di determinare i requisiti di ingresso e soggiorno degli stranieri, nonché il potere di arresto e di espulsione. Negli Stati Uniti, poco dopo (nel 1798), furono adottati gli *Alien and Sedition Acts* che si sostanziavano nel *Naturalization Act*, nell'*Alien Enemy Act* e nell'*Alien Act*, il primo disciplinava l'acquisto della cittadinanza, il secondo il trattamento dello straniero in tempo di guerra e il terzo in tempo di pace. L'ultimo dei provvedimenti suscitò maggiore preoccupazione, in quanto riconosceva il potere di detenzione ed espulsione dello straniero per motivi di sicurezza nazionale in assenza di una situazione di emergenza.

<sup>94</sup> P. COSTA, *Costituzione italiana: articolo 10*, Roma, Carocci, 2018, pp. 38-39.

<sup>95</sup> Il riferimento è ai fondamenti teorici dell'indagine storica di Koselleck e al suo approccio di esplorazione degli strati temporali e delle strutture sociali dell'epoca di indagine, che rinviano al concetto della *Mebrschichtigkeit* (multistratificazione di significati), indicante il risultato di *durata*, *cambiamento*, *novità* dell'esperienza oggetto di comparazione diacronica.

<sup>96</sup> M. PIFFERI, *Antinomie e caratteri costanti dello ius migrandi tra otto e novecento*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2019, pp. 395-407, le definisce «costanti storiche» che

La frizione tra il diritto di migrare, pensato come universale e i limiti nazionali ad esso, come si vedrà presente anche nell'ordinamento italiano, ebbe un importante legame con il passaggio dalle migrazioni individuali a quelle di massa e la crisi dello Stato liberale: dallo Stato monoclasse ottocentesco allo Stato pluriclasse novecentesco, agli albori dei primi interventi in materia di politiche sociali.

A partire dagli ultimi decenni dell'800 fa appunto la sua comparsa nel linguaggio delle scienze sociali<sup>97</sup> il termine "immigrazione" che si affiancò a quello di "straniero", usato invece da sempre. Mentre il secondo rimandava, sul piano giuridico, allo statuto del singolo individuo, il primo rinviava alla gestione di spostamenti collettivi.

Agli interventi legislativi che introdussero nuove forme di controllo e sorveglianza delle *mass migration*, non ne seguirono anche di natura economico-sociale. Mentre la percezione, anche giuridica, del singolo sul territorio non destava particolari preoccupazioni ed era anzi incoraggiata per l'arricchimento degli scambi economici che in linea di massima le si accompagnava, quella del corpo collettivo estraneo rappresentava la messa in crisi di unità, rete sociale ed economica. Questo timore emergeva nettamente nelle riflessioni della dottrina italiana dell'epoca. Si legga, a questo proposito, Ferdinando Laghi che senza dubbi riconduceva il diritto di soggiorno dello straniero, di cui all'art. 3 del codice civile italiano del 1865, tra quelli naturali e civili ma allo stesso tempo temeva la loro presenza massiva sul territorio, ritenendo che al singolo dovesse riconoscersi la libertà di incolato, ma alla massa poteva essere vietata la presenza da parte dello Stato, minacciato da «costumi e tendenza in aperta opposizione alla nostra civiltà, ai nostri sentimenti morali, religiosi, politici»<sup>98</sup>, oltre che da una incapacità di tenuta economica.

Emblematico a tale proposito fu il caso statunitense che, proprio a partire dall'*Immigration Restriction Act* del 1875, ridisegnò in senso restrittivo il mito fondativo del *melting pot* inclusivo e inventò una nuova categoria per limitare gli ingressi di interi gruppi di stranieri nel Paese, quella degli *indesiderabili*.

Agli organi amministrativi furono affidati i controlli sull'ingresso, i respingimenti e le espulsioni. A completare gli strumenti di controllo e selezione dei cittadini stranieri vi fu l'esordio, nelle politiche migratorie del trattenimento per via amministrativa, misura rivolta principalmente agli stranieri in entrata (tra le strutture più note vi erano Ellis Island ed Angel Island), in seguito esteso anche allo straniero divenuto col tempo *undesirable*. In particolare fu elaborata lo stratagemma della *entry fiction*, ossia gli stranieri detenuti erano considerati solo fisicamente e non anche giuridicamente presenti sul suolo statunitense. L'espedito era funzionale ad escluderli dalle garanzie del V e del XIV emendamento, provocando quindi l'impossibilità di invocare, in ragione della restrizione della libertà personale, il *writ of habeas corpus*, il *due process of law* e ancora il *trial by jury*. La decisione delle autorità

---

attraversano non solo il tempo ma anche le nazioni che adottano un approccio comune sia nel Continente europeo che negli USA.

<sup>97</sup> Il riferimento è al *Grand Dictionnaire universel du XIX siècle* di Larousse.

<sup>98</sup> F. LAGHI, *Il diritto internazionale privato nei suoi rapporti colle leggi territoriali*, I, Bologna, Zanichelli, 1888, p. 312.

amministrative era quindi inappellabile, perché inerente a profili non rimettabili allo scrutinio dell'autorità giudiziaria: «The right to exclude or to expel aliens, or any class of aliens, absolutely or upon certain conditions, in war or in peace, is an inherent and inalienable right of every sovereign nation», (*Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 1893).

Lungo lo stesso scia si mosse il Regno Unito nel 1905 con l'*Alien Act* che ripercorreva la tensione tra tendenze liberali e restrittive, introducendo anche qui la categoria degli *undesirable*, il trattenimento in custodia legale, il controllo in via amministrativa degli ingressi e dei respingimenti. Oltre a rappresentare un passo indietro rispetto al precedente approccio tollerante inglese, esso «has always had symbolic importance as representing the onset of modern immigration control, an irreparable breach in the principle of free movement which permitted all that came after»<sup>99</sup>.

L'Italia sembrò non preoccuparsi di introdurre limiti all'ingresso rivolti ai gruppi o alle masse di cittadini stranieri e le norme adottate all'indomani della Grande Guerra sono ancora rivolte al controllo di singoli cittadini. La ragione è evidente. Il Paese non era investito da fenomeni migratori in entrata, ma terra di abbandono, pertanto colpita da un'emigrazione di massa. L'espatrio costituì un'indubbia valvola di riequilibrio sociale ed economico, che offriva una soluzione alla condizione di indigenza e al tempo stesso all'incapacità di trovare sul suolo patrio migliori condizioni occupazionali<sup>100</sup>: «Non una scelta politica frutto di nobili ideali liberali, bensì una consapevole strategia di contenimento della disoccupazione, calmieramento dei salari, prevenzione di sommosse popolari causate dalle condizioni di misera delle fasce più deboli»<sup>101</sup>. Anch'essa rifletteva peraltro la contraddizione di una libertà di emigrazione limitata e imbrigliata dal controllo della pubblica autorità.

Ai suoi albori, in assenza di una disciplina organica, la questione emigrazione era trattata nella legge di pubblica sicurezza Allegato B della l. 20 marzo 1865, n. 2248 relativa all'unificazione amministrativa del Regno d'Italia) a cui si affiancavano i

---

<sup>99</sup> H. WRAY, *The Aliens Act 1905 and the Immigration Dilemma*, in *Journal Of Law And Society* V. 33, n. 2/2006, p. 303.

<sup>100</sup> E. SANTORO (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Torino, Giappichelli, 2010; A. ANNINO, *La politica migratoria dello stato post-unitario*, in *Ponte*, II, n. 10-11/1974; M. VITIELLO, *Le politiche di emigrazione e la costruzione dello Stato unitario italiano*, in *Percorsi storici, Rivista di storia contemporanea, Fughe e ritorni. Aspetti delle migrazioni nel XIX e XX secolo*, n. 1/2013; A.M. DI STEFANO, «Non potete impedirla, dovete regolarla». *Giustizia ed emigrazione in Italia: l'esperienza delle Commissioni arbitrali provinciali per l'emigrazione (1901-1913)*, Historia et Ius, 2020.

<sup>101</sup> M. PIFFERI, *Ius peregrinandi e contraddizioni dell'età liberale. Qualche riflessione sulla "falsa" libertà di migrare in Italia e negli USA*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, eum, 2012, p. 262.

primi atti amministrativi come la circolare Menabrea<sup>102</sup> (1868), la circolare Lanza<sup>103</sup> (1873), e la circolare Nicotera<sup>104</sup> (1876), che riconoscevano ai sindaci e ai prefetti il potere di vigilare ed impedire l'espatrio per i soggetti privi di mezzi economici, con l'evidente paradosso di richiedere all'emigrante quei mezzi la cui mancanza costituiva proprio il motivo dell'espatrio.

L'imponenza del fenomeno richiese presto un intervento legislativo *ad hoc*, che si concretò nella legge Crispi, 5866/1888 e nei suoi regolamenti di attuazione. Anche questo intervento testimoniava peraltro un approccio "poliziesco", riconoscendo ampi poteri alle autorità di pubblica sicurezza in nome della tutela dell'ordine pubblico. La legge non riusciva a dare attuazione alle intenzioni che ne avevano motivato l'approvazione, ossia proteggere l'emigrante dall'armatore e dagli agenti di emigrazione, ai quali fu ancora una volta riconosciuto il potere di intermediazione tra il migrante e il vettore. Essa ebbe tuttavia il merito di intervenire in maniera organica e di introdurre una giurisdizione speciale per la tutela dei migranti<sup>105</sup>.

La riscrittura della norma nel periodo giolittiano e le nuove garanzie riconosciute agli emigranti<sup>106</sup>, nemmeno la legge 23/1901 riuscì a colmare lo scarto tra libertà

---

<sup>102</sup> A.M. DI STEFANO, *Op. cit.*, p. 22. La circolare del 23 gennaio del 1868 fu diramata per arginare l'emigrazione verso l'America del Nord e l'Algeria, entrambe in forte crisi occupazionale: «Il timore del Governo era quello di vedersi obbligato "per decoro della Nazione" ad affrontare ingenti costi o per mantenere in loco "gli emigrati privi di occupazione e di mezzi" o per facilitare il loro rientro in patria».

<sup>103</sup> *Ivi*, pp. 23 ss., (spec. p. 24). La circolare del 18 gennaio 1873 invitava le autorità competenti a dissuadere gli emigranti e di controllare che l'emigrante avesse i mezzi di viaggio e di mantenimento nella terra di espatrio nonché indicare un familiare in Italia che avrebbe dovuto farsi carico di eventuali spese di rimpatrio. Nota la studiosa che scopo dell'atto fu quello di «di rispondere alle pressanti richieste dei proprietari terrieri, ben rappresentati in Parlamento, che temevano che la forte ondata migratoria potesse compromettere "la struttura produttiva delle campagne" facendo aumentare il costo della manodopera e innescando "una revisione dei patti colonici"». La circolare fu sottoposta ad aspre critiche, in special modo dall'inchiesta privata condotta nel 1876 da Franchetti e Sonnino, i quali evidenziavano l'aporia di richiedere la garanzia di un capitale per l'espatrio, non considerando che la ristrettezza economica era nella maggior parte dei casi la ragione dell'espatrio, contraddizione che finì per alimentare l'emigrazione clandestina.

<sup>104</sup> *Ivi*, p. 25. Anche l'ultima circolare fu pensata come strumento di dissuasione per ragioni di ordine economico. Il Ministero dell'Interno, se esordiva dichiarando di voler proteggere il diritto naturale all'emigrazione (quando essa fosse "naturale"), «dall'altro affermava che l'autorità di governo sentiva "il dovere e il diritto di opporsi, con tutti i mezzi che [stavano] in suo potere per impedire la emigrazione artificiale eccitata in danno delle illuse popolazioni da ingordi speculatori"».

<sup>105</sup> Sul tema delle Commissioni d'arbitri in materia di emigrazione si rinvia al secondo capitolo del già citato volume di A.M. DI STEFANO.

<sup>106</sup> *Ivi*, p. 51« Fu osservato che "il pregio intrinseco della nuova legge» consistesse nell'attuare non una mera tutela «preventiva degli emigranti», come aveva fatto la legge del 1888, ma nell'assistere l'emigrante in tutte le tappe del suo percorso migratorio: prima della partenza, durante il viaggio e all'arrivo nel porto di destinazione». Fu istituito infatti presso il Ministero degli Esteri il Commissariato dell'emigrazione per controllare, regolamentare e

individuale e sovranità pubblica, come evidenziarono i lavori parlamentari<sup>107</sup> e come mostra il suo primo articolo. In ogni caso, per la prima volta al centro di una previsione legislativa fu posto l'emigrante, con specifici meccanismi di tutela economica e sociale, che rendevano il dettato normativo tendenzialmente effettivo. Tra le previsioni di carattere "protettivo" vi era il potere in capo al Ministro degli Esteri, di concerto col Ministro dell'Interno, di «sospendere l'emigrazione verso una determinata regione per motivi d'ordine pubblico o quando possano correre grave pericolo la vita, la libertà, e gli averi dell'emigrante»<sup>108</sup>.

Specularmente, da questi interventi legislativi emergeva una spiccata tendenza performativa verso l'assimilazione tra la presenza degli stranieri e la percezione di un maggior livello di diffusione della criminalità, la cosiddetta *crimmigration*, crasi di *crime* e *migration*. Un approccio che simultaneamente insinuava nell'opinione pubblica il pericolo di un conflitto sociale e al tempo stesso ne offriva gli strumenti di risoluzione. Paradigmatico in tal senso è stato il caso dell'emigrazione italiana in Argentina<sup>109</sup> e il sentimento anti-italiano che si andò sviluppando a partire dagli anni '80 del XIX sec. Tra i veicoli principali degli stereotipi xenofobi vi furono la letteratura narrativa<sup>110</sup> e la scienza penale positiva lombrosiana<sup>111</sup>, alimentata da

---

tutelare i flussi migratori dall'Italia verso gli altri paesi, sopprese le figure dell'agente e del subagente di emigrazione e la sostituzione con il vettore d'emigranti.

<sup>107</sup> M. PIFFERI, *Op. loc. cit.*, ne riporta alcuni momenti: quello del senatore Majorana-Calatabiano, che censurò il potere di ingerenza statale che finiva per rendere impossibile la libertà; quello del relatore della legge De Zerbi, che si richiamò a un diritto della patria anteriore al diritto individuale; quello del deputato socialista Ciccotti, che dichiarò: «Quando io m'imbatto nell'aggettivo libera cui segue immediatamente un ma, un se, un però, mi nasce subito la preoccupazione che il ma, il se, il però, finiscano per distruggere tutto l'effetto della stessa legge» (*ivi*, p. 258).

<sup>108</sup> D. FREDA, *La regolamentazione dell'emigrazione in Italia tra Otto e Novecento: una ricerca in corso*, in *Historia et Ius*, 6/2014, p. 8, così definisce lo strumento previsto all'art. 1 della l. 23/1901; dello stesso avviso è anche A.M. DI STEFANO, *Op. cit.*, p. 53, che scrive: «Qualora, infatti, si fossero manifestate improvvise situazioni di crisi o di pericolo in uno dei luoghi verso cui era normalmente diretta l'emigrazione italiana, il governo, trattandosi di situazioni eccezionali che non potevano essere conosciute e autonomamente valutate dal singolo cittadino, si riservava il potere di sospendere l'emigrazione verso quei territori. Il divieto di emigrare imposto in queste circostanze non voleva essere un modo per limitare la libertà di emigrare, ma al contrario un sistema attraverso il quale lo Stato proteggeva le fasce più deboli e più facilmente esposte ai raggiri della popolazione».

<sup>109</sup> Cfr. F. ROTONDO, *Italiani d'Argentina. Dall'accoglienza alla "difesa sociale" (1853-1910)*, in *Historia et ius*, n. 12/2017.

<sup>110</sup> *Ivi*, p. 26 s. l'A. ripercorre le novelle argentine e registra una presenza dai tratti più negativa che positiva di personaggi italiani.

<sup>111</sup> *Ivi*, p. 28. Con il paradosso che la distinzione tra buona (nord-europei) e cattiva (italiani e spagnoli) immigrazione sostenuta dal positivismo criminologico argentino si fondò sugli strumenti importati dalla scienza nata in Italia.

giuristi e medici<sup>112</sup>. In tale clima a soli venticinque anni dall'approvazione della legge Avellaneda<sup>113</sup>, nel 1902 fu approvata la *Ley n. 4144 de Residencia*, con cui si riconobbe al potere esecutivo la facoltà di espellere o impedire l'ingresso degli stranieri pericolosi. Gli studiosi che si sono dedicati ad indagare le ragioni profonde di un mutamento così repentino e netto nei riguardi degli stranieri hanno evidenziato che essa si verificò allorché gli argentini si resero conto che la manodopera europea esportò insieme alla forza lavoro anche il conflitto di classe<sup>114</sup>. In tal senso può leggersi l'antefatto che accompagnò l'approvazione della legge di Residenza, quel giorno: «le città argentine erano invase da centinaia di migliaia di lavoratori che partecipavano allo sciopero generale più grande che l'America latina avesse mai conosciuto»<sup>115</sup>.

Criminalità ed efficientismo amministrativo divennero due facce della stessa medaglia, essendo il secondo funzionale ad annullare la minaccia causata dagli stranieri indesiderabili. La peculiarità di questo tipo di atteggiamento è rappresentata dal passaggio dell'adozione di strumenti di difesa sociale rivolti non più contro il singolo individuo, considerato pericoloso, bensì contro lo straniero-massa. Il paradigma che unisce criminalizzazione e misure poliziesche era rivolto contro due elementi da sempre ritenuti circospetti e che uniti aumentano esponenzialmente la loro innata pericolosità: lo straniero (inteso come ciò che è estraneo, diverso da sé) e la massa<sup>116</sup>.

## **2.1 Lo straniero nello Stato liberale italiano e nella dialettica individualismo/statualismo**

La disciplina sulla cittadinanza, nonché la libertà di circolazione e soggiorno dello straniero nello Stato liberale italiano all'indomani dell'Unità non erano regolate all'interno dello Statuto concesso da Carlo Alberto, bensì rispettivamente nella legge elettorale del 1848, nei codici civili e penali, nella legge di pubblica sicurezza, in aderenza all'opera di codificazione iniziata in età napoleonica. Di conseguenza,

---

<sup>112</sup> *Ivi*, p. 29 s., il riferimento è agli studi intorno alla figura del *loco inmigrante*. Molti infatti furono gli alienisti sudamericani che pubblicarono studi sulla maggiore propensione alla malattia psichiatrica degli immigrati, tra cui gli italiani. Tra i principali di tale corrente disciplinare vi fu José Ingenieros.

<sup>113</sup> *Ley Avellaneda* n. 817 di *Inmigración y Colonización*, celebre provvedimento del 1876 noto per la sua propensione ad incentivare l'immigrazione verso l'Argentina e le tutele verso gli immigrati.

<sup>114</sup> *Ivi*, p. 35.

<sup>115</sup> *Ivi*, p. 39.

<sup>116</sup> A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 2/2017, p. 512, parla di contaminazione asimmetrica da diritto penale e diritto dell'immigrazione, perché funzionale all'esclusione dello straniero-massa dal progetto politico-territoriale degli Stati. La *crimmigration* assolve così ad una duplice funzione: da un lato rendere più agevole l'espulsione da un punto di vista procedimentale e processuale; dall'altro lato creare l'*humus* nella società civile e nell'opinione pubblica che fa percepire necessaria la misura espulsiva.

anche la posizione giuridica dello straniero fu ripensata in chiave privatistica e proprietaria<sup>117</sup>. L'affermazione che i diritti all'ingresso e al soggiorno dello straniero erano considerati posizioni giuridiche subietive garantite dall'ordinamento e non meri atti di tolleranza<sup>118</sup> non può essere correttamente compresa senza essere contestualizzata nel costituzionalismo liberale<sup>119</sup> e senza ragionare sulle misure legislative di contrappeso al diritto di incolato.

Il contesto teorico è preordinato alla comprensione dell'equazione libertà/legalismo, i limiti imposti alla libertà degli stranieri rispecchiano il rovesciamento dell'art. 3 e della sua portata giusnaturalista verso la spinta statualista, realizzata con la riforma delle legge di pubblica sicurezza e del codice penale, che mutarono gli aspetti essenziali dell'ordine di espulsione. Quest'ultima infatti, da misura di carattere affittivo vincolata ai casi previsti dalla legge, divenne misura di natura preventiva amministrativizzata.

Nel XIX secolo la legislazione ordinaria era considerata lo strumento privilegiato di tutela e di modulazione dei diritti. I due caratteri tipici del sistema dei diritti di libertà erano universalismo e garantismo, più precisamente l'universalità assumeva la forma del complesso sistema delle garanzie giuridiche della libertà<sup>120</sup>.

Nello Stato monoclasse borghese la garanzia dei diritti finì per confluire nel positivismo giuridico e nel principio di legalità, che si arrestò al piano formale dello stretto legalismo. Del resto, le assemblee parlamentari rispecchiavano il corpo sociale elettorale rappresentato, pertanto nelle dinamiche politico/parlamentari finì per esprimersi il costituzionalismo liberale<sup>121</sup>. Più che di "Stato di diritto" la dottrina ha parlato di "Stato di legislazione"<sup>122</sup>, descrivendo così la trasformazione del garantismo giuridico tipico del primo liberalismo in positivismo giuridico. L'intreccio fra diritti e stato di legislazione in Italia si correde di un altro aspetto,

---

<sup>117</sup> G. BASCHERINI, *Op. cit.*, pp. 40 ss.

<sup>118</sup> M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 22 ss.

<sup>119</sup> L. LACCHÈ, *Il costituzionalismo liberale*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, 2012 (consultabile a [http://www.treccani.it/enciclopedia/il-costituzionalismo-liberale\\_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/il-costituzionalismo-liberale_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/)) ricostruisce i formanti del costituzionalismo liberale italiano, tra i quali spicca indubbiamente l'influenza francese che si registrò soprattutto da parte del *Code Napoléon*, nel quale si racchiudevano principi e valori della cosiddetta costituzione materiale. Scrive l'A. «Lo spazio del codice civile possiede un'indubbia vocazione 'costituzionale' e una forte pretesa di stabilità e di autonomia».

<sup>120</sup> P. RIDOLA, *Il principio di libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 73 s., chiarisce che il garantismo era il *topos* intorno a cui ruotava il liberalismo giuridico della prima metà del XIX sec., tant'è che intorno alla funzione di protezione dei diritti individuali che costruisce l'organizzazione e l'assetto dei poteri statali. Ciò evidenziava il legame fortissimo tra diritti di libertà e la loro protezione, tra costituzionalismo e garantismo. Il ruolo dello Stato non "fine" ma "mezzo" legittimante lo spazio di libertà individuale.

<sup>121</sup> «In definitiva, negli ordinamenti liberali il costituzionalismo si identificò e si confuse nel parlamentarismo», P. RIDOLA, *Profilo storico del costituzionalismo*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 18.

<sup>122</sup> P. RIDOLA, *Il principio libertà...*, cit, p. 63.

ossia un numero importante di poteri normativi riconosciuti al potere esecutivo e all'amministrazione.

Questo modello statualistico, a partire dall'età crispina, si affermò sempre più anche da noi, finendo per riservare spazi sempre più ampi nella sfera delle libertà riconosciute nello Statuto alle autorità di sicurezza, fino a riconoscersene puntualmente i poteri nelle leggi di p. s. del 1859 e del 1889.

L'ibridazione del costituzionalismo liberale con le spinte statualistiche aveva matrice nella Germania di metà secolo. In particolare, la concezione organicistica dello Stato di ispirazione fichtiana ed hegeliana rovesciò il primato assoluto dell'individuo sullo Stato approdando ad una concezione di preminenza della sfera pubblica così individuata.

All'indomani dell'unificazione tedesca fu avvertita l'esigenza di un fondamento teorico che articolasse meglio il rapporto tra libertà del singolo e sovranità dello Stato ed esso fu trovato nell'elaborazione di Jellinek della categoria dei diritti pubblici subiettivi, secondo la quale essi erano il prodotto di una progressiva autolimitazione dello Stato nel mondo del diritto.

L'altro lato della questione, ossia le garanzie che lo Stato doveva apprestare alla sfera dei diritti individuali fu esplorato da Vittorio Emanuele Orlando nella *Teoria giuridica delle garanzie della libertà*, intendendosi con la parola una nozione meramente tecnica, ossia di strumento di difesa della libertà civile, se illegittimamente "invasa" dall'azione statale. In ossequio alla dimensione solo positiva dei diritti dei singoli e all'idea della legge come espressione dell'interesse generale, dunque appunto al modello dello Stato di legislazione, si nutriva una fiducia illimitata nel potere legislativo e nella sua capacità regolatrice, contro il quale era esclusa qualsivoglia garanzia: era di là da venire il complesso degli strumenti di giustizia costituzionale. Residuava unicamente lo spazio giuridico per reagire avverso atti o fatti illegittimi provenienti dal potere esecutivo, dal momento che il potere giudiziario operava per garantire il rispetto della legge e il potere legislativo era espressione immediata del diritto<sup>123</sup>.

Alla deriva statualista del liberalismo italiano si riconnetteva anche la condizione giuridica dello straniero. Essa era regolata dall'art. 3 nel codice civile del 1865, che lo ammetteva al godimento dei diritti civili riconosciuti al cittadino, accogliendo da un lato la concezione cosmopolita e giusnaturalista del dibattito ottocentesco sulla libertà di movimento, dall'altro quella di un liberalismo favorevole al commercio, alla circolazione di merci e allo scambio. Il carattere di avanguardia della disposizione era poi costituito dalla rinuncia alla clausola di reciprocità<sup>124</sup>, cara invece ai Francesi.

---

<sup>123</sup> P. RIDOLA, *Garanzie, diritti e trasformazioni del costituzionalismo*, consultabile online all'url: [https://www.scienze giuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/docenti/ridola/Ridola\\_garanzie-diritti-etc.pdf](https://www.scienze giuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/docenti/ridola/Ridola_garanzie-diritti-etc.pdf)

<sup>124</sup> Sulla condizione di reciprocità si può leggere il contributo di Giuseppe Pisanelli, come ricorda E. JAYME, *Pisanelli fondatore del diritto processuale civile internazionale*, in C. Vano (a cura di), *Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo. Cultura delle leggi e avvocatura tra periferia e nazione*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 113 ss. L'A. ricorda il giudizio di Pisanelli, influenzato da quello del professore Mittermaier, sulla clausola di reciprocità considerata alla stregua della rappresaglia. Entrambe «sono state due leve opportune ne' tempi barbari per far astenere

Questa era d'altra parte anche l'età dei diritti, in primo luogo quelli liberali, terreno del riconoscimento e delle rivendicazioni dei *moral rights*<sup>125</sup>, di lotta dei diritti universali, che tuttavia si scontrava con l'assenza di una riflessione teorica che avesse fatto diventare *communis opinio* la necessità di superare le discriminazioni esistenti. Il sentimento di solidarietà guidato dalla morale cristiana non riusciva a fare a meno della distinzione tra "noi" e "loro" e, seguendo questa strada, ad affermare la legittimità della colonizzazione<sup>126</sup>.

Il dibattito italiano all'indomani della nuova previsione codicistica si polarizzò, prevalentemente, su due posizioni: quella dei giusnaturalisti, che ricomprendevano la libertà di movimento degli stranieri tra i diritti civili e quella degli statualisti che al contrario ne individuavano la matrice nei rapporti politici. Tra i due poli emerse la posizione di Oreste Ranelletti che, all'inizio del '900, iscrisse il rapporto tra libertà ed autorità dell'incolato nella categoria degli interessi legittimi.

La tesi dei giusnaturalisti — che trovò accoglimento nel codice — considerò la libertà di circolazione e il diritto di incolato diritti civili, speculari alla libertà personale, prosecuzione di essa, preordinati non al godimento dei diritti politici, ma alle attribuzioni della personalità, cioè a tutti gli altri diritti civili. Circolazione e incolato erano cioè concepiti come dimensioni in movimento della libertà personale.

In questa prospettiva il diritto di soggiorno poteva incontrare limiti solo nella pena irrogata dal giudice. Un diritto civile assegnato alla discrezionalità della p.a. e monco di garanzie giurisdizionale, avrebbe viceversa svuotato l'uguaglianza di principio posta dall'art. 3 del codice civile.

«Come si può conciliare la parificazione degli stranieri nel godimento di tutti i diritti civili, colla facoltà, lasciata al potere esecutivo, di privare lo straniero del godimento di codesti diritti con una semplice misura di polizia? La proclamazione dell'art. 3

---

le altre nazioni da atti violenti, o sospingerle sulla via della giustizia; ma oramai sono assicurati altri mezzi più ragionevoli per questo intento» (*Trattato sulla competenza*, in Mancini, Pisanelli, Scialoja, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi con la comparazione degli altri codici italiani e delle principali legislazioni straniere*, I, 1, Torino, p. 524).

<sup>125</sup> P. COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Carlos III University of Madrid, 2014, p. 54, nota che essi hanno perduto il dato ontologico dei diritti naturali appartenenti a tutti gli uomini in quanto tali, traducendosi invece nell'istanza (o meglio una rivendicazione) universale di uguaglianza.

<sup>126</sup> Già nel Settecento Kant giudicò inospitale l'atteggiamento dei prevaricatori e colonizzatori Stati Europei, contrario non solo al raggiungimento della pace perpetua ma al complesso di regole morali. « Il peggio (o da un punto di vista morale) il meglio si è che tali Stati non fruiscono punto delle violenze loro, che tutte queste società commerciali sono alla vigilia del fallimento, che le Isole dello zucchero, sedi della schiavitù più crudele e raffinata, non danno alcun reddito diretto, ma soltanto mediato, servendo nella poco lodevol mira di educare, per uso delle navi da guerra, marinai che a tale scopo vengono poi adoperati in Europa; e questo il fanno potenze che menan vanto di pietà e che, pur tuttavia, commettono ingiustizie a man salva, vogliono esser tenute per elettissime nell'osservanza del diritto». I. KANT, *Per la pace perpetua. Progetto filosofico*, trad. it, Milano, Sonzogno, 1883, p. 42.

sarebbe una ironia o una menzogna. Un diritto che dipende dal beneplacito del Governo non è un diritto: è un favore, una concessione, nulla più»<sup>127</sup>.

Di matrice opposta era l'idea degli statualisti, per i quali il diritto di incolato rientrava tra quelli politici soggettivi, il cui godimento avrebbe richiesto un'opera di autolimitazione dei poteri statali. Come tale, l'incolato poteva esser riconosciuto solo ai cittadini, mentre agli stranieri si sarebbe dovuta riconoscere una facoltà, come tale relativa ed estemporanea.

Il Ranelletti aderì in parte alla tesi statualista, ragionando da un lato sul diritto alla circolazione e soggiorno dello straniero e dall'altro sulle prerogative statali dell'espulsione, da salvaguardare. Di fronte agli interessi e ai rapporti interdipendenti tra gli Stati, tuttavia, gli stranieri vantavano non mera tolleranza, ma un vero e proprio diritto di ingresso: un diritto che tuttavia per l'Autore non era da intendersi come pieno, bensì subordinato e dipendente dalle esigenze di interesse pubblico, insomma un interesse legittimo (secondo la ricostruzione della figura tipica dell'epoca), ossia un diritto soggettivo (sì, ma) più debole, che si estendeva e restringeva in ragione della tutela dell'interesse pubblico.

«Il diritto dello straniero è posto come subordinato e dipendente dalle esigenze dell'interesse pubblico, in modo che solo in tanto può dirsi esistente, in quanto esso consente e di fronte ad esso è riconosciuto un potere discrezionale dell'autorità per l'apprezzamento delle esigenze della tutela dell'ordine pubblico, da cui il diritto medesimo dipende»<sup>128</sup>.

In altre parole, il diritto di incolato era teorizzato come diritto positivizzato per effetto dall'autolimitazione della sovranità statale che trovava la sua fonte, o meglio la sua liceità, nelle stesse norme che disciplinavano il potere di espulsione in capo alla polizia per ragioni di ordine pubblico<sup>129</sup>.

La libertà dello straniero dipendente dalla tutela dell'ordine pubblico come atto della pubblica amministrazione avrebbe dovuto esser considerata non atto di natura politica insindacabile, bensì atto di polizia impugnabile dinanzi alla IV sezione del Consiglio di Stato, coerentemente all'impianto garantista elaborato dall'Orlando.

Si deve tuttavia rilevare che, nonostante gli sforzi teorici della dottrina, tra cui spicca l'intervento dello studioso qui ricordato e di quelli elaborati in seno all'*Institut du droit International*, di cui si dice in sintesi oltre, l'ordinamento non ne accolse i suggerimenti e si continuò a qualificare il provvedimento di espulsione come atto politico di sovranità, non passibile di rimedi giurisdizionali e più in generale di guarentigie.

Rimane nella sua teoria una nota criticabile: la garanzia del diritto di ingresso e uscita dello straniero non potevano essere rimesse unicamente al controllo successivo dell'autorità giudiziaria, fintantoché i presupposti rimanevano svincolati dalla tassatività della legge e affidati ad una clausola indefinita quale quella dell'ordine

---

<sup>127</sup> F. LAGHI, *Op. cit.*, p. 294.

<sup>128</sup> O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da V. E. Orlando, IV, parte 1<sup>a</sup>, Milano 1904, p. 1006.

<sup>129</sup> G. SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 9, nota che l'impostazione del Ranelletti finisce per rovesciare l'assunto giusnaturalista secondo il quale l'espulsione può esser considerata solamente come pena e disposta per via giudiziale, assegnandone il potere in capo all'amministrazione.

pubblico e rimessa all'attuazione della polizia di sicurezza, in smacco al positivismo giuridico imperante.

La scelta di fare a meno della clausola di reciprocità e di riconoscere pari diritti civili a cittadini e non cittadini potrebbe essere ricondotta, più che ad un afflato cosmopolita, alla necessità di costruire la propria dimensione anche sul piano internazionale, facilitando scambi di persone, di carattere economico e commerciale. Per tale via di poteri di controllo ai confini nazionali e all'interno del territorio verso gli stranieri furono fortemente ridimensionati quei limiti alla libertà di movimento che avevano caratterizzato il secolo precedente. Anche l'espulsione dello straniero, agli esordi del Regno, rispecchiò i valori di stampo liberale, per i quali la misura per essere lecita avrebbe dovuto rispettare il principio di legalità. In sintonia con l'ascesa della classe borghese, emergeva in effetti non tanto l'avversione verso lo straniero, bensì quella verso gli oziosi, privi di iniziativa ed operosità.

L'espulsione del cittadino straniero era regolata all'interno del codice penale del 1859 e figurava come misura di prevenzione *post delictum*, era cioè una pena accessoria da applicare ai vagabondi e mendicanti; nella legge di pubblica sicurezza del 1865 ugualmente compariva come sanzione accessoria alla condanna per i reati a danno della proprietà privata. Il potere di espulsione, tuttavia, fu distribuito fra autorità giudiziaria e Prefetto. A ben vedere, dunque, lo stato di indigenza destava maggiori perplessità della stessa nazionalità, la mendicizia procurava allarme sociale perché potenziale minaccia all'equilibrio economico e finanziario nazionale<sup>130</sup>.

A valle della predeterminazione tassativa dei casi in cui lo straniero andava incontro all'espulsione, l'art. 9 della legge di pubblica sicurezza del 1865 prevedeva l'ampliamento indefinito di quei casi, per effetto del ricorso alla clausola di ordine pubblico che legittimava l'adozione delle misure necessarie ad assicurare la sicurezza dei cittadini e della pace sociale. La indefinitezza di questa clausola ruppe così il rispetto del legalismo ottocentesco.

Nel 1889 l'adozione del TULPS mutò definitivamente la prospettiva e si avviò verso l'amministrativizzazione delle libertà degli stranieri. L'espulsione e l'introduzione del rimpatrio determinò il passaggio dall'essere misura regolata nel codice penale a misura affidata alla legge di pubblica sicurezza, rimpatrio ed espulsione erano entrambi descritti come misure da adottare per il mantenimento dell'ordine pubblico.

Il ritorno sul suolo patrio era, ai sensi dell'art. 89 del TULPS, misura che poteva esser adottata dal prefetto nei confronti di quegli stranieri che non avessero saputo dare contezza di sé o privi di mezzi mentre l'espulsione — affrancatasi dal controllo dei giudici — fu definitivamente rimessa ai poteri del Ministro dell'Interno<sup>131</sup>, ovvero del Prefetto.

---

<sup>130</sup> M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit., pp. 82 ss.

<sup>131</sup> Le espulsioni ministeriali erano insindacabili dinanzi all'autorità giudiziaria (Consiglio di Stato, IV Sez., sentenza n. 139/1890 in materia di immigrazione dichiara la non sindacabilità dei provvedimenti «per la conservazione interna dello Stato o per la sicurezza esterna del medesimo»)

Il mutamento di approccio, da repressivo a preventivo, minò non solo i presupposti del potere di allontanamento, con il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico (presente già nel codice civile del 1865), ma concentrò nelle mani di una sola parte, l'amministrazione, l'individuazione dei modi e dei casi di allontanamento, nonché la giustizia della misura avendone escluso i rimedi.

Il potere di limitare la mobilità tra i confini fu circoscritto nell'ambito del diritto amministrativo, eventuali dinieghi e limitazioni sul diritto a varcare il confine non potevano essere posto al vaglio dai giudici, né tantomeno godere delle garanzie processuali<sup>132</sup>.

Il dibattito in seno all'*Institut du droit d'international*<sup>133</sup>, che era sorto con l'obiettivo di giungere ad una definizione comune dello *ius migrandi*, si concluse affermando la coesistenzialità tra diritto di soggiorno e poteri ablatori di natura poliziesca<sup>134</sup>. Da un lato si riconosceva l'universalità, o meglio la rilevanza internazionale, *de l'admission et de l'expulsion des étrangers*, dall'altro lato si ammetteva il diritto di espellere in capo ai singoli Stati nazionali, legandone i presupposti a ragioni strettamente interne, quale ordine pubblico, sicurezza interna, sanità pubblica, buon costume.

L'aporia diventò presto evidente: il proclama universale del diritto di ingresso e soggiorno avrebbe dovuto fare i conti in concreto con l'affidamento all'amministrazione di poteri che ne restringevano la portata e con l'assenza di giurisdizione e procedimentalizzazione.

L'opportunità, se non la necessità, di pensare insieme la categoria della libertà di soggiorno e quella del potere di espulsione sono divenute così il *topos* che ha attraversato il XX secolo finanche nel mutato assetto costituzionale del secondo dopoguerra.

## 2.2 La condizione giuridica dello straniero nell'esperienza del "secolo breve".

---

<sup>132</sup> M. PIFFERI, *Antinomie e caratteri costanti dello ius migrandi tra otto e novecento*, cit., p. 401, si concentra sull'elusione dei diritti fondamentali dello *ius migrandi*, in chiave diacronica, tramite soprattutto la sua collocazione nell'ambito del diritto amministrativo, che definisce «nella cultura giuridica di quel periodo, lo spazio della disparità delle posizioni», proprio in ragione della non impugnabilità dinanzi al giudice ordinario delle decisioni limitatrici del diritto soggettivo a varcare i confini. Lo studio è particolarmente interessante proprio perché si concentra sulla mobilità delle persone in entrata e in uscita, valutando quindi anche le limitazioni al diritto di emigrare.

<sup>133</sup> E. AUGUSTI, *Protezione, sicurezza, assistenza, solidarietà. Politiche internazionali di controllo dello straniero in Europa tra Otto e Novecento*, in E. Augusti, A.M. Morrone, M. Pifferi (a cura di), *Il controllo dello straniero. I "campi" dall'Ottocento a oggi*, Roma, Viella, 2017, pp. 62 ss. (spec. p. 67), ripercorre il dibattito internazionale che portò parte degli esperti del tempo nel 1888 a riunirsi al tavolo dell'*Institut* per una riflessione congiunta su ingresso, espulsione e naturalizzazione degli stranieri. Il progetto di regolamento internazionale che ne scaturì non riusciva tuttavia a riflettere in maniera l'opinione concorde degli studiosi; tra questi Augusto Pierantoni disconosceva la competenza del diritto internazionale, il cui coinvolgimento non avrebbe potuto condurre ad *aucun résultat pratique*.

<sup>134</sup> G. SIRIANNI, *Op. cit.*, pp. 4-5.

Le vicende italiane del XIX secolo e in parte del successivo furono caratterizzate, come noto, da provvedimenti restrittivi delle libertà civili e politiche che non erano dirette unicamente verso lo straniero. La figura del “nemico”, nella storia, è molto più complessa e non si esaurisce solo nel barbaro o nell’esperienza della guerra in senso tecnico.

L’esperienza giuridica che ha connotato “il secolo breve” ha invero conosciuto diversi tipi di inimicizia, impossibili da ricondurre ad una sola matrice: alcune turbavano la sicurezza interna e contro di esse era possibile ricorrere al «piano di difesa nazionale», con la dichiarazione dello “stato d’assedio” e il trasferimento di poteri e competenze alle autorità militari, per fronteggiare i disordini derivanti dai moti interni, dalle calamità naturali, dalla guerra, e così via<sup>135</sup>; la lotta ai «nemici interni» e ai «disfattisti», per ragioni di dissenso politico e agli anarchici; all’ebreo, il nemico per eccellenza; infine, agli autoctoni delle terre colonizzate, come testimonia la legislazione varata tra il 1936 e il 1941 a tutela della razza<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> G. PROCACCI, *La limitazione dei diritti di libertà durante la prima guerra mondiale: il piano di difesa (1904-1935), l'internamento dei cittadini nemici e la lotta ai 'nemici interni' (1915-1918)*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVIII, 2009, pp. 601-653, scrive che esso fu «ideato nel 1904 dopo lo sciopero generale, fu richiamato in varie occasioni fino al 1935, quando fu deciso di abolirne il contesto e di addirittura sopprimere con il fuoco le carte che ne avevano contraddistinto l'esistenza» (*ivi*, p. 601). Sullo stesso tema si veda anche C. LATINI, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2005.

<sup>136</sup> G. GABRIELLI, *Il razzismo coloniale italiano tra leggi e società*, in *Quaderni fiorentini*, XXXIII/XXXIV, 2004/2005, pp. 343-358. Articolato e organico è quel fenomeno che l’A. definisce di “razzismo istituzionale”, che si verifica quando il discrimine razziale entra a far parte dei codici e delle leggi di una società. Esso si intensificò particolarmente dal 1936, tuttavia, già nei primi decenni del XX sec. vi furono non ignorabili precedenti di leggi a sfondo razziale. Nel 1914 con un piano regolatore, con riferimento al decreto 2535, la città di Asmara in Etiopia fu divisa in quattro zone, di cui quella riservata agli europei sgomberata dalle popolazioni autoctone. L’art. 242 del codice penale eritreo che limitava l’autorità dei poliziotti autoctoni ai sudditi coloniali. La legislazione di stampo razzista coinvolgeva anche il sistema educativo: sul punto si veda G. BARRERA, *Patrilinearità, razza e identità: l'educazione degli italo-eritrei durante il colonialismo italiano (1885-1934)*, in *Quaderni storici*, n. 109/2002. Nel corso dell’esperienza coloniale nel Corno d’Africa, poi, la segregazione razziale trovò conferma e sviluppo nel periodo fascista, benché l’unico limite alla piena realizzazione della separazione tra bianchi e indigeni non fosse di ordine politico, ma di natura economica. La penuria di risorse e disponibilità economiche fu infatti il principale ostacolo alla piena edificazione della segregazione razziale. Sul piano strettamente nazionale, la legge 1004/1939 introdusse il reato di “Lesione del prestigio di razza”, che puniva le unioni miste, chi violava la separazione degli spazi nei locali pubblici e nei trasporti, introduceva il divieto di assumere un bianco alle dipendenze di un indigeno, infine vedeva l’introduzione della circostanza aggravante per i reati comuni, quando il fatto degradava “il prestigio della razza superiore”; la legge 822/1940 regolava invece la spinosa questione dei cosiddetti meticci.

L'articolazione dello statuto giuridico dei colonizzati evidenziò in particolare la cesura tra lo spazio coloniale e quello metropolitano, sintetizzabile nella coppia suddito/cittadino<sup>137</sup>.

Nel secolo dei nazionalismi, lo straniero diventò in ogni caso il sospettato per eccellenza, il pericoloso in sé, il potenziale nemico che per la sua connaturata alterità metteva in crisi l'ordine e la sicurezza interna, in quanto capace di minare la coesione economica e sociale dello Stato ospitante.

Per la prima volta dalla loro abolizione nel 1915, a pochi giorni dalla dichiarazione della guerra, con il regio decreto-legge n. 634 furono reintrodotti i passaporti per consentire l'ingresso degli stranieri nel territorio italiano. La disciplina dei passaporti fino a quel momento prevista dal regio decreto n. 36 del 1901 ne sanciva l'obbligatorietà del possesso solamente per i cittadini italiani che volessero espatriare. L'art. 1 della novella legislativa introduceva così il divieto di ingresso nel Regno agli stranieri sforniti di passaporto rilasciato dalle autorità del proprio Stato e vidimato da un'autorità diplomatica o consolare italiana.

Il passaporto diventò strumento necessario per ottenere l'autorizzazione all'ingresso, quest'ultima a sua volta non subordinata al semplice possesso del titolo di viaggio, ma alla vidimazione da parte dell'autorità diplomatica o consolare italiana. Evidentemente questo passaggio non indicava solo un aggravamento burocratico per chi volesse entrare nel suolo della penisola, ma la subordinazione ad un atto di natura autorizzatoria di competenza degli apparati ministeriali.

L'introduzione del potere di autorizzazione generale per l'ingresso alla frontiera trovava ispirazione nella logica della prevenzione, volta a tutelare su tutti l'interesse pubblico, cosicché per il rilascio della vidimazione autorizzatoria era necessario che l'interesse del singolo all'ingresso non confliggesse con altri interni. Ove i due interessi si fossero scontrati non era previsto alcun bilanciamento, ma la soccombenza *sic et simpliciter* dell'interesse del singolo rispetto a quello pubblico<sup>138</sup>.

All'art. 2, in scansione temporale, era posto poi l'obbligo per lo straniero di presentarsi entro le ventiquattro ore dall'ingresso nel regno dinanzi all'autorità di pubblica sicurezza per fornire le dichiarazioni sulla generalità, scopo e durata del viaggio, destinazione, possesso di beni immobili e assolvimento dei doveri militari nello Stato di provenienza.

Il decreto introdusse un sistema di sorveglianza speciale per lo straniero, obbligato a rendere le sopradette dichiarazioni ad ogni trasferimento all'interno della stessa

---

<sup>137</sup> Una lettura giuridica dei cosiddetti *postcolonial e subaltern studies* è raccolta nei saggi dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, nn. 33/34 (2004/2005): *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale tra Otto e Novecento*.

<sup>138</sup> M. SAVINO, *Op. cit.*, p. 81, spiega la natura dell'autorizzazione all'ingresso come atto concessorio — ossia la rimozione del limite posto all'esercizio del diritto soggettivo all'ingresso subordinata alla preventiva valutazione della compatibilità con l'interesse pubblico — a partire dallo schema di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, in base al quale una norma di carattere generale attribuisce un diritto ad una categoria di soggetti, per i quali per effetto dell'intervento di una norma di carattere pubblicistico è disposto che quel diritto sia subordinato ad un provvedimento autorizzatorio dell'autorità.

penisola ed ogni qual volta l'autorità di polizia glielo avesse richiesto, in altre parole fu imposta una vigilanza per tutti i suoi spostamenti. La contravvenzione a questi obblighi poteva comportare, oltre all'irrogazione di un'ammenda, l'espulsione dal regno con provvedimento del prefetto (art. 17, co. 3 del r.d.l. 634/1915).

La legislazione di guerra si caratterizzò per la marginalizzazione delle attività e del ruolo del Parlamento, per l'ampio ricorso ai poteri legislativi dell'Esecutivo e l'ingerenza statale nella vita delle persone. Con la legge n. 671/1915 furono trasferiti al governo del Re i «pieni poteri», ovvero la possibilità di «emanare disposizioni aventi valore di legge per quanto sia richiesto dalla difesa dello Stato, dalla tutela dell'ordine pubblico e da urgenti o straordinari bisogni della economia nazionale». Il conferimento dei pieni poteri era istituito già regolato dal 1848 e se ne era fatto uso già per altri avvenimenti, Santi Romano (che se ne interessò in occasione del loro uso dopo il terremoto di Messina e Reggio Calabria del 1908) ne riconduceva il fondamento nel brocardo latino «necessitas non habet legem», sostenendo che la necessità «se non ha legge, la fa [...] e si può dire che sia la fonte prima e originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate»<sup>139</sup>.

Il ricorso allo strumento dei pieni poteri e la dichiarazione del tempo di guerra il 25 maggio 1915 fu la base legale del trasferimento della potestà legislativa al Governo e dei poteri del Comando Supremo. Tra i poteri del Comando Supremo spiccava quello legislativo che veniva esercitato con l'emanazione di bandi, ordinanze e regolamenti aventi valore legale in base al Codice Penale per l'Esercito (art. 251)<sup>140</sup>. La legislazione di guerra portò alla creazione di una giurisdizione speciale militare, che si affiancò a quella civile<sup>141</sup> nelle «zone di guerra». La dichiarazione delle zone di guerra aveva dunque, tra le altre conseguenze belliche, la duplicazione delle giurisdizioni: quella ordinaria e quella speciale retta dallo *ius militare*<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in ID., *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, Milano, Giuffrè, 1990 (ristampa dell'edizione 1950), pp. 349 ss.

<sup>140</sup> F.P. GABRIELI, *La legge penale militare nel tempo e nello spazio*, in *La Giustizia penale*, XXIV, 1918: «Colla dichiarazione di guerra dell'Italia all'Austria il potere legislativo venne straordinariamente conferito al governo del re, ed alla suprema autorità militare: quello fu investito della potestà di legiferare colla legge 22 maggio 1915 n. 671, potere che esercita a mezzo dei decreti luogotenenziali; questa trasse egual potere dallo stesso codice penale per l'esercito (art. 251) e lo esercita a mezzo di bandi e ordinanze. Le due attività legislative si svolgono parallelamente e con la stessa efficienza, in quanto sì l'una che l'altra hanno creato nuovi istituti giuridici e nuove figure di reati» (*ivi*, p. 1).

<sup>141</sup> C. LATINI, «L'araba fenice». *Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 35, 2006, pp. 595 ss. È utile notare che la moltiplicazione dei fori investì tanto la sfera del diritto pubblico quanto quella del diritto privato e insieme a loro i profili i rispettivi giurisdizionali. È giocoforza rilevare che quanto più si estendeva la giurisdizione militare tanto più si ritraeva quella ordinaria.

<sup>142</sup> ID., *Una giustizia "d'eccezione". Specialità della giurisdizione militare e sua estensione durante la Prima guerra mondiale*, in *DEP* n.5-6 / 2006, l'A. si sofferma sull'estensione in tempo di guerra del campo su cui si esercitava la giurisdizione militare, tale estensione riguardò le persone, i reati, i collegi giudicanti, la procedura, i tribunali di guerra e straordinari.

Al di fuori delle zone di guerra, dove vigeva la giurisdizione ordinaria, grandi poteri furono conferiti ai Prefetti per ridurre il pericolo derivante dalle attività dei nemici interni: «In continuità con il processo inaugurato dalla l. n. 273/1915, venne data ai prefetti la possibilità di vietare le riunioni pubbliche e gli assembramenti in luogo pubblico (art. 3, r.d. 23 maggio 1915, n. 674) e venne varata la censura sia sui giornali (r.d. 23 maggio 1915, n. 675, anche se la parola ‘censura’ non compare mai nel testo del decreto) sia sui telegrafi, telefoni e radiotelegrafi (r.d. 23 maggio 1915, n. 688) sia sulla posta (r.d. 23 maggio 1915, n. 689)»<sup>143</sup>.

La Grande Guerra segnò una cesura importante anche nella gestione delle migrazioni. L'*humus* in cui maturarono i singoli provvedimenti di diritto era il sentimento di intolleranza a causa del sospetto verso lo straniero reo di irrimediabile estraneità alla Nazione e potenziale minaccia alla stessa, «il carattere pericoloso dell'elemento straniero non ammette dubbio di sorta»<sup>144</sup>.

La guerra fu allo stesso tempo anche un importante laboratorio per le politiche future in materia di immigrazione. Anche<sup>145</sup> in Italia fu sperimentato il legame tra ingresso degli stranieri ed esigenze delle politiche del lavoro, governato dallo Stato (e non più dagli imprenditori).

Il primo comparto produttivo che collaudò il legame indissolubile migrazioni/lavoro fu l'economia bellica. Lasciando fuori dalla trattazione i movimenti migratori interni, la mobilità per motivi di lavoro riguardò la manodopera proveniente dalle colonie e quella degli accordi interstatali.

Tra 1917 e il 1918 l'Italia, dietro la spinta dell'Ansaldo e delle altre industrie belliche, attinse alla “manodopera coloniale”: complessivamente, tramite i Ministeri delle Colonie e delle Armi e munizioni furono ingaggiati 5.480 lavoratori libici (la colonia eritrea fu risparmiata per ragioni di distanza geografica).

La migrazione organizzata riguardò invece la cooperazione tra le potenze dell'Intesa, e in particolare Italia e Francia. L'Italia a più riprese inviò lì lavoratori italiani, per sostenere l'industria bellica d'oltralpe<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> G. FRANCISCI, *Pieni poteri e legislazione di guerra*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 4/2014, p. 958

<sup>144</sup> R. MICHELS, *Cenni sulle migrazioni e sul movimento di popolazione durante la guerra europea*, in *La Riforma Sociale*, XXIV, 1/1917, pp. 2 ss.

<sup>145</sup> Nel contesto europeo altri Paesi avevano già sperimentato questo legame. Tra di essi spicca specialmente la Francia. Qui la presenza di lungo corso di manodopera operaia straniera, tra cui anche quella italiana, è testimoniata dall'adozione della *Loi relative au séjour des étrangers en France et à la protection du travail national*, l'8 agosto del 1893, per cercare di offrire una soluzione al conflitto sociale tra lavoratori stranieri e autoctoni. Sul tema cfr. V. AMOROSI, *Storie di giuristi e di emigranti tra Italia e Francia. Il diritto internazionale del lavoro di primo Novecento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, *passim*.

<sup>146</sup> M. ERMACORA, *Migrazioni di guerra. Ruolo dello Stato, modelli e percorsi migratori 1914-1918*, in E. Franzina (a cura di), *Emigranti e profughi nel primo conflitto mondiale*, Viterbo, ASEI, 2017, pp. 48 ss., evidenzia il profondo cambiamento che il primo conflitto mondiale segnò in seno alla mobilità delle persone e che si radicalizzò nei decenni a venire: l'impermeabilità dei confini si accompagnò ad una migrazione organizzata e funzionale alle esigenze nazionali, guidata dallo Stato, che tramite i suoi apparati ne regolò tempi, durata, selezione e modalità, dalla partenza al rimpatrio.

Altra misura introdotta con lo scoppio della guerra e che adottarono molti Paesi belligeranti fu quella dell'internamento dei nemici<sup>147</sup>.

Per quel che concerne l'Italia, essa aveva aperta finalità preventiva ed era rivolta a tre categorie: i cittadini dei Paesi nemici presenti nel territorio italiano; quelli austro-ungarici, sospettati di fornire informazione alle proprie autorità; e gli italiani che vivevano nelle zone di combattimento, sospettati di essere "austriacanti" o comunque ostili alla guerra.

La competenza nell'adozione della misura seguiva la giurisdizione e dunque nelle zone di guerra o dei territori occupati era delle autorità militari, come previsto dal codice penale militare<sup>148</sup> del 1870. Nei territori non dichiarati zona di guerra la competenza era invece delle autorità di pubblica sicurezza, che potevano adottare le misure del domicilio coatto e del rimpatrio obbligatorio, la prima prevista dalla legge speciale n. 316/1984 e la seconda dalla legge di p. s. del 1889.

Gli abusi, gli sfollamenti coatti e le restrizioni dei diritti civili furono denunciati, tra gli altri, da Filippo Turati in Parlamento, nella seduta alla Camera dei Deputati del 6 giugno 1916, durante la quale egli si riferì anche al trattamento dei cittadini stranieri e in particolar modo alla privazione del diritto d'azione dei cittadini austro-ungarico e poi esteso a tutti i cittadini dei Paesi in guerra con l'Italia. Tuonava così il leader socialista:

«(...) Noi ammettiamo in tempi di guerra anche il regime del sospetto, riconoscendo che in certe circostanze eccezionali un regime eccezionale può essere necessario, ma purché gli elementi del sospetto, almeno questi, ci siano per davvero e siano, almeno essi, considerati, vagliati, ponderati, prima di emanare provvedimenti di polizia che possono costare l'onore e la vita – sì, anche la vita – dei galantuomini. Il regime del sospetto è triste, è pericoloso ma non è, non deve essere ancora, il regime dell'arbitrio assoluto, anche il sospetto ha una sua procedura, ammette certe garanzie, per quanto relative (...)»<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> B. BIANCHI, *Cittadini stranieri di nazionalità nemica Internamenti, espropri, espulsioni (1914-1920)*. *Bibliografia*, in *DEP*, N. 5-6, 12/2006, propone una bibliografia commentata - per una guida allo studio in termini comparativi - sull'internamento dei cittadini stranieri di nazionalità nemica, tema tra l'altro strettamente intrecciato a quello delle minoranze: alsaziano-lorenese in Francia, ebraica nell'impero russo, italiana, rutena e altre nell'impero austro-ungarico. ID, *La violenza contro la popolazione civile nella grande guerra. Deportati, profughi, internati*, Milano, Edizioni Unicopli, 2006, ripercorre la genesi e lo sviluppo in chiave comparata della misura.

<sup>148</sup> G. PROCACCI, *L'internamento di civili in Italia durante la prima guerra mondiale. Normativa e conflitti di competenza*, in *DEP*, n. 5-6/2006, p. 43, «Il potere delle autorità militari in ambito civile derivava da agli articoli 243-251 del codice penale militare. L'art. 251 autorizzava il C.S. a emanare bandi (detti anche ordinanze) con forza di legge, attraverso i quali l'autorità militare in zona di guerra poteva avocare a sé ogni attività amministrativa, di o. p. e di p. s., mentre l'art. 249 e il Servizio in guerra (approvato nel 1912), parte I, n. 66, prevedeva il potere di allontanamento e di internamento di civili da parte delle fortezze in stato di difesa: un'ordinanza del capo di stato maggiore dell'esercito del 17 giugno 1915 estese tale potere all'intera zona di guerra».

<sup>149</sup> B. BIANCHI, *Op. cit.*, p. 438 il testo è riprodotto nella sezione *Documenti* del volume, e contiene, oltre al brano dell'audizione, anche la circolare n.24335 del 20 dicembre 1915 del

Con la prima guerra mondiale trovò collocazione nel panorama giuridico anche un'altra figura, quella del profugo. Il termine indicava un soggetto in situazione diversa rispetto a quella cui ci ha abituato la contemporaneità, giacché profughi erano anche gli stessi italiani. La categoria comprendeva varianti molto eterogenee: i profughi in senso stretto, gli internati, i rimpatriati e i fuoriusciti, tutti accomunati dalla fuga dai territori di confine a causa dell'invasione e degli attacchi delle forze nemiche o dal trasferimento in località lontane per ordine delle autorità militari.

Con la sconfitta di Caporetto, la riflessione sull'adozione di misure assistenziali di natura statale alle vittime della guerra si impose in maniera sempre più pressante. L'assistenza materiale agli sfollati, fino a quel momento era demandata all'associazionismo laico, cattolico e socialista: «il volontariato organizzato della “Società Umanitaria”, socialista e della cattolica “Opera Bonomelli” rappresentano in questo senso la punta avanzata di una rete di rapporti all'interno della società italiana ben ramificata, pronta a supplire alle mancanze dello stato nelle prime fasi di emergenza»<sup>150</sup>.

Di fronte all'inadeguatezza della solidarietà civile e alla possibilità di fare convergere intorno al tema dei profughi la ricompattazione patriottica, alla vigilia della disfatta di Caporetto, Vittorio Emanuele Orlando presentò il tema dell'assistenza come dovere nazionale e istituì il 18 novembre 1917 con d. lgt. n.1897, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, l'Alto Commissariato per i profughi<sup>151</sup>.

Nel corso del primo conflitto mondiale in Italia si impose un sistema di sorveglianza sociale capillare e duro, che riemergerà nel corso del ventennio fascista<sup>152</sup>. È bene

---

Sottocapo di Stato Maggiore dell'Esercito. Quest'ultima era indirizzata ai tutti Comandi ed aveva contenuto riservato.

<sup>150</sup> M. EMARCORA, nella recensione a D. Ceschin, *Gli esuli di Caporetto. I profughi in Italia durante la Grande Guerra*, Roma-Bari, Laterza, 2006, in DEP, n. 5-6/2006, p. 390.

<sup>151</sup> D. CESCHIN, *I profughi in Italia dopo Caporetto: marginalità, pregiudizio, controllo sociale*, in B. Bianchi (a cura di), *La violenza contro la popolazione civile nella grande guerra. Deportati, profughi, internati*, Milano, Unicopli, 2006, pp. 259-279, indaga, incrociando le lettere dei prefetti con quelle dei profughi, le effettive condizioni di vita di questi ultimi nelle diverse province e il loro rapporto con le popolazioni locali. Esso si caratterizzò per diffidenza reciproca che non condusse ad una pacifica convivenza, al contrario i profughi rompevano il fragile equilibrio socio-economico presente nei territori e quivi visti con sospetto a causa dei sussidi (seppure molto modesti) che ricevevano dallo Stato. In ogni caso la recente storiografia ha evidenziato che la condizione dei profughi mutava a seconda del contesto di destinazione (nord/sud, area urbana/rurale) e delle condizioni di provenienza. M. EMARCORA, *Dopo Caporetto. I profughi in Italia 1917-1918*, in L. Gorgolini, F. Montella, A. Preti (a cura di), *Superare Caporetto. L'esercito e gli italiani nella svolta del 1917*, Milano, Unicopli, 2017, pp. 95 ss., ha messo in evidenza quali furono gli effettivi sviluppi dell'Alto Commissariato, che a partire dal 1918 cercò di reinserire l'ingente massa di profughi nell'economia di guerra o di impiegarli, nelle aree rurali, nei lavori stagionali. È interessante notare il ricorso alle nozioni di “dovere morale” e di “lotta all'ozio” nel discorso istituzionale del Primo Ministro e dei Prefetti, per favorire l'impiego di questa manodopera che avrebbe dovuto in tal modo di ricompensare lo sforzo assistenziale dello Stato.

<sup>152</sup> G. PROCACCI, *La società come una caserma. La svolta repressiva degli anni della guerra*, in *La violenza contro la popolazione civile nella grande guerra*, cit., pp. 283-304, che iscrive la forma di

tuttavia precisare che la storiografia sulla cultura giuridica del fascismo ha evidenziato la forte discontinuità con il regime liberale, lo Statuto Albertino infatti solo formalmente restò in vigore. Il fascismo se ne asservì per sostenere la piena legittimità costituzionale del suo operato, che non aveva appunto stravolto lo statuto. «Il primato della nazione è incompatibile con qualsiasi forma di “individualismo” propria della civiltà liberale...», viceversa l'ordinamento corporativo ambiva a «creare una società corporativizzata alla quale offre il suo repertorio di miti identitari: la patria, la stirpe, l'omogeneità dei consociati, la potenza dello Stato all'interno e all'esterno»<sup>153</sup>.

La fine della prima guerra mondiale segnò l'esplosione dei nazionalismi e della crisi economica degli anni Trenta. L'*humus* politico-culturale contribuì a stigmatizzare lo straniero come individuo sospetto. In aderenza al nazionalismo del regime, il codice civile del 1942 introdusse la clausola di reciprocità all'art. 16, subordinando ad essa la concessione dei diritti civili agli stranieri, nel 1931 fu reintrodotta l'espulsione penale e nel 1938 furono varati provvedimenti che colpivano gli ebrei (l. 1381 – *Provvedimenti nei confronti degli ebrei stranieri*) o chi intendeva sposarsi con loro e con i cittadini delle colonie (l. 1728 – *Provvedimenti in difesa della razza italiana*).

Al termine della guerra le misure adottate nel 1915 furono completamente ristabilite con il regio decreto-legge 25 gennaio 1923, n. 64, concernente “Disposizioni per il soggiorno degli stranieri in Italia”, il TULPS del 1931 e il suo regolamento di esecuzione, sancendo la necessità di completare la dichiarazione di ingresso dello straniero con il nulla osta all'ingresso rilasciato dall'autorità di pubblica sicurezza. Il sistema di controllo dello straniero fu, quindi, ulteriormente e capillarmente rafforzato, e inasprita la posizione degli stranieri indigenti, poveri, vagabondi, dediti al meretricio o mestieri dissimulanti l'ozio, modificando la vecchia disciplina che ne ammetteva l'espulsione ove avessero rappresentato una minaccia alla sicurezza, la nuova disposizione ne sanciva per essi il respingimento al confine.

Quanto ai provvedimenti espulsivi, la prassi amministrativa svolse «un ruolo decisivo di integrazione normativa»<sup>154</sup> e con essa le circolari e le direttive ministeriali<sup>155</sup>. Ad esempio, ad integrazione della misura di allontanamento che

---

Stato italiana nel corso del conflitto mondiale tra quelle autocratiche, poiché i rapporti tra Stato e società civile furono riscritti nell'ottica delle militarizzazione, di fronte alla quale il Parlamento e il Governo avevano ceduto la loro supremazia. Il regime di sorveglianza sociale coinvolse anche il tentativo di cementificare un'unica morale nazionale, volta all'obbedienza, a regolare la vita privata dei cittadini, le loro idee e i loro comportamenti.

<sup>153</sup> A. MAZZACANE, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in Id. (a cura di), *Diritto, economia e istituzioni nell'Italia fascista*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 15.

<sup>154</sup> F. PASTORE, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, in L. Violante (a cura di), *Legge, diritto, giustizia. Annali della Storia d'Italia*, n. 14, Torino, Einaudi, 1998, p. 1035.

<sup>155</sup> I. GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una “terra di nessuno” tra ordine giuridico e fatto politico*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2006, p. 7, approfondisce l'indagine storica con il supporto diretto delle note, richieste di informazioni o quesiti che le unità territoriali periferiche del Ministero dell'Interno si scambiavano tra loro, con gli Uffici dei valichi di frontiera e infine direttamente col Ministero, predisponendo per tale via un sistema operativo efficace ed uniforme.

poteva esser disposta dai Prefetti delle province di confine verso gli stranieri che non sapevano dare contezza di sé e privi di mezzi (art. 152 TULPS), la circolare del Ministero dell'Interno n. 443/56007 del 12 marzo 1938 indicava dettagliatamente ai Prefetti quale comportamento adottare.

Più precisamente, per lo straniero del quale il Consolato competente avesse attestato la sudditanza, il provvedimento di allontanamento si accompagnava il foglio di via obbligatorio; ove all'opposto il Consolato non avesse proceduto a tale riconoscimento, si sarebbe dovuto procedere con l'accompagnamento alla frontiera a mezzo di agenti di polizia; infine, quando il Consolato avesse avuto necessità di qualche mese per reperire la documentazione attestante la cittadinanza dello straniero, si poteva provvedere con l'espulsione "a proprio rischio e pericolo"<sup>156</sup> dal territorio nazionale.

In tal caso, oltre ad integrare la normativa vigente, le circolari introducevano nuove modalità di esecuzione del provvedimento di allontanamento, prevedendo l'ipotesi del trattenimento presso gli uffici di polizia ai valichi di frontiera, proprio di quegli stranieri in attesa di espulsione a "rischio e pericolo", oppure sprovvisti di documenti di identità<sup>157</sup>.

Si capisce allora come in uno scenario composto da controllo poliziesco, stravolgimento del principio gerarchico e razzismo, lo straniero fu una facile preda del regime.

Il codice Rocco prevede l'espulsione come misura di carattere penale. Mentre in quello piemontese essa aveva il carattere della sanzione accessoria, nel nuovo codice penale essa fu concepita come misura di sicurezza, da applicare automaticamente «quando lo straniero sia stato condannato alla reclusione per un tempo non inferiore ai dieci anni» (art. 235) o ancora quando lo straniero fosse stato «condannato a una pena restrittiva della libertà personale per taluno dei delitti preveduti da questo titolo», ossia quelli contro la personalità dello Stato» (art. 312).

---

<sup>156</sup> Definizione del Ministero dell'Interno che si rinviene in altre due circolari, la n. 47381 e 47382 del 1939. L'istituto non era disciplinato in alcun testo legislativo e consisteva nella reazione all'attraversamento clandestino della frontiera da parte degli stranieri destinatari di un provvedimento di espulsione che, privi di mezzi e/o documenti, erano esposti ad un nuovo respingimento verso l'Italia da parte delle autorità di polizia dei Paesi confinanti, per il medesimo motivo della clandestinità.

<sup>157</sup> I. GJERGJI, *Op. cit.*, p. 8, ricava dai materiali esaminati prassi opache che a latere del TULPS e delle leggi speciali, ampliavano ipotesi di espulsione e modalità di esecuzione. ID., *Circolari amministrative e immigrazione*, Milano, Franco Angeli, 2013, analizza la vicenda delle circolari nell'amministrazione fascista a partire dall'apparato burocratico nell'organizzazione dello Stato che risultava essere fortemente gerarchizzato e asservito all'ideologia fascista. L'autorità unitaria dell'esecutivo, del quale il prefetto costituiva la più alta carica statale nelle province, richiedeva unitarietà nell'azione, pertanto la circolare amministrativa costituiva un'indispensabile strumento di raccordo della p.a. per ottenere rigida compattezza nel suo operato. Al tempo stesso promiscuo fu l'utilizzo di circolari-fonti di diritto, che in più occasioni anticipava il contenuto delle disposizioni legislativo, specialmente quelle in materia di pubblica sicurezza. Emblematica è la circolare n. 12336 del Ministero dell'Educazione Nazionale, che il 1° settembre 1938 anticipò, seppure di pochi giorni, i contenuti della legge 1390/38 sulle disposizioni in difesa della razza nella scuola fascista.

Si individua quindi una differenza importante tra l'espulsione giudiziaria dell'età liberale e quella del periodo fascista, sia nei presupposti, sia per l'automatismo espulsivo della seconda: l'obbligatoria adozione della misura, infatti, svuotava la concreta valutazione giudiziaria e la rimetteva alla scelta preventiva del legislatore. Occorre ricordare infine che il TULPS si occupava anche del tema del soggiorno degli stranieri e ben presto prese avvio la prassi amministrativa del permesso di soggiorno. Mentre la giurisprudenza amministrativa e una parte minoritaria della dottrina ritenevano che esso permesso avesse natura autorizzatoria, certificando la volontà dell'autorità di p.s. di valutare se permettere il soggiorno dello straniero sul territorio italiano, secondo la dottrina dominante "dichiarazione" e "ricevuta" di soggiorno erano da annoverarsi semplicemente tra le attività di mera registrazione degli adempimenti amministrativi da parte dello straniero, non residuando invece margini di discrezionalità alla p.s. circa il rilascio del permesso<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> G. BASCHERINI, *Op. cit.*, p. 100

## Capitolo secondo

### Il non cittadino nella Costituzione. La *vis expansiva* della Carta e il doppio binario cittadinanza – territorialità

**SOMMARIO:** 1. Incipit vita nova – 2. La condizione giuridica dello straniero nell'art. 10, co. 2 e dell'asilante nell'art. 10, co. 3 della Costituzione – 3. La sedes materiae dei diritti inviolabili del non cittadino. Il contributo della dottrina – 3.1 (segue) Il "metaprincipio" della massimizzazione della tutela – 3.2 Il contributo della giurisprudenza costituzionale – 4. Sui doveri del non cittadino, una prospettiva de iure condito e de iure condendo – 4.1 La posizione del non cittadino nel corpo elettorale – 5. Il diritto a essere diversi – 5.1 Il non-modello italiano e l'attivismo giudiziario – 5.2 Oltre i modelli.

#### 1. *Incipit vita nova*<sup>159</sup>

La frase utilizzata da un famoso giurista italiano rende in maniera efficace l'idea di una rottura radicale con l'esperienza del ventennio fascista, ma anche con la precedente Carta statutaria. La persona è posta al centro delle Costituzioni, secondo la dimensione maturata dopo la fine della seconda guerra mondiale con primaria attenzione alla sua dignità. Il riconoscimento costituzionale dei diritti fondamentali è alla base delle democrazie del dopoguerra, con la conseguenza che tali diritti e valori non sono disponibili alle maggioranze parlamentari<sup>160</sup>.

Il tema della sicurezza ha assunto veste nuova nel contesto della Carta italiana, ma più in generale delle democrazie pluralistiche: i riferimenti al bene o al diritto alla sicurezza sono sporadici ed indiretti, compaiono invece tra le finalità e i compiti da realizzare. La sicurezza è in altri termini divenuto un valore "restrostante"<sup>161</sup> rispetto

---

<sup>159</sup> P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Firenze. Edizioni U, 1945, p. 73.

<sup>160</sup> G. GOZZI, *Democrazia e diritti nelle società multiculturali: verso una "democrazia costituzionale multiculturale"*, in *Scienza e politica*, Vol. 21, 40/2009, pp. 89-104, nota come i diritti fondamentali portino alla luce uno dei nodi delle democrazie costituzionali: il potenziale attrito tra i primi e la legge come espressione della maggioranza. Secondo l'A. l'essenza della democrazia non si trova tanto nel principio della maggioranza, ma nella garanzia dei diritti fondamentali. Riportando l'esempio della nota sentenza del Tribunale Costituzionale Federale tedesco del 1995, che consentì la rimozione del crocifisso dall'aula di una scuola pubblica bavarese su richiesta di una coppia di orientamento steineriano, l'A. vi rinviene uno degli aspetti caratterizzanti la democrazia «la legge è espressione delle maggioranze; i diritti sono a tutela della minoranze» (*ivi*, p. 92).

<sup>161</sup> Così A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in Id. (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, Giuffrè, 2003. p. XLV, l'A. ritrova nei profili evolutivi della categoria sicurezza la tendenza

agli altri diritti. Certo è che si tratta di una nozione di sicurezza molto differente dalla concezione meramente repressiva che in passato l'ha contraddistinta. Oggi siamo di fronte ad un'idea dinamica che investe sfere molto differenti, frutto del risultato della lotta al terrorismo, della protezione della vita privata, dell'ambiente, che non richiede *sic et simpliciter* una visione autoritaria dei pubblici poteri. «Proprio la vicenda della lotta al terrorismo internazionale (...) costringe a disancorare il problema della sicurezza e la soluzione delle corrispondenti situazioni di crisi dall'applicazione dei criteri lineari e deterministici di causalità ed a muoversi all'interno di scenari complessi, per la difficoltà della individuazione degli attori e delle responsabilità...»<sup>162</sup>. Libertà e sicurezza non si muovono su versanti antagonisti, giacché il loro rapporto è strettamente interconnesso e allo scopo di tenerli insieme è necessario che l'applicazione delle misure securitarie sia rigorosamente ancorata ai canoni di necessità, proporzionalità e temporaneità. Il bene "sicurezza" è concepito dunque in maniera funzionale e complementare alla "libertà". Infine, la nozione di sicurezza delle democrazie pluraliste non coincide con la ragion di Stato ottocentesca, ma con la "ragion di Costituzione"<sup>163</sup>.

Queste considerazioni generalissime consentono di iniziare proficuamente l'indagine sullo statuto del non cittadino, venendo al cui approfondimento conviene certamente segnalare la scarsa attenzione in seno all'Assemblea Costituente «nell'elaborazione di principi certi in materia di condizione dello straniero nell'ordinamento italiano»<sup>164</sup> e sui suoi diritti fondamentali. Il dibattito infatti si concentrò unicamente sui temi dell'asilo, dell'emigrazione e dell'estradizione dei cittadini italiani, tuttavia l'atteggiamento a favore della presenza degli stranieri in Italia non considerò che il Paese sarebbe potuto divenire nel tempo terra di immigrazione, probabilmente per le disastrose condizioni economiche con cui l'Italia era uscita dalla guerra<sup>165</sup>.

---

all'acquisizione di uno status giuridico autonomo con il pericolo di un abbassamento del livello di cultura garantista e della trasformazione dello "straordinario" in "ordinario".

<sup>162</sup> P. RIDOLA, *Op. cit.*, p. 161.

<sup>163</sup> *Ibidem*, ove l'A. riporta i termini del dibattito politico-filosofico tra i neocontrattualisti e i comunitaristi sul rapporto libertà sicurezza. Mentre per i primi la sicurezza è correlata al sistema dell'eguale libertà di tutti i contraenti, per i secondi la sicurezza si connette al quadro della responsabilità immanente alla libertà. L'approccio comunitarista mette a fuoco un punto nevralgico, ossia che i privati sono sia destinatari di protezione sia portatori di responsabilità, intreccio che apre la strada ad una cooperazione pubblico-privato nella gestione del rischio e al rigoroso rispetto dei canoni di proporzionalità, divieto di eccesso, necessità dell'intervento dell'autorità.

<sup>164</sup> E. GROSSO, *Straniero (Status costituzionale dello)*, in *Digesto disc. pubbl.*, XV, 1999, p. 158; dello stesso avviso anche A. CASSESE, *Art. 10 – 12*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, - Roma, Zanichelli e Soc. ed. del Foro italiano, 1982, pp. 526 ss.; M. CUNIBERTI, *Op. cit.*, p. 72 s., che annovera le incertezze e le contraddizioni dei Costituenti sul tema a ragioni di formazione culturale, che impedirono un radicale mutamento rispetto alle esperienze dello Stato monarchico.

<sup>165</sup> A. PITINO, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano. Profili attuali della parità di trattamento con i cittadini*, Torino, Giappichelli, 2018, 27 ss. ripercorre i lavori delle sottocommissioni e fa

L'attuale testo dell'art. 10 venne proposto in seno alla I Sottocommissione della Commissione dei 75.

La sua genesi è scandita da una prima fase, in cui si discusse dei rapporti tra ordinamento interno e quello internazionale, questione che inizialmente fu affidata all'ipotizzata collocazione in una disposizione autonoma, che poi troverà invece sistemazione nel comma 1 dell'articolo 7 con la formulazione del principio di adeguamento del diritto italiano a quello internazionale. Nell'articolo trovano quindi saldatura il tema dei rapporti tra ordinamento interno ed internazionale e quelli della condizione giuridica dello straniero, dell'asilo e dell'extradizione. Esso, dopo l'attività del Comitato di redazione di riordinamento, diverrà l'attuale articolo 10<sup>166</sup>. Intorno alla formulazione del diritto d'asilo dal dibattito emersero diversi orientamenti, che facevano capo ai gruppi comunista, socialista e democristiano, intorno ai presupposti per il suo riconoscimento a tutti quegli stranieri perseguitati in Patria per i diritti e le libertà riconosciuti in Costituzione (secondo la prima formulazione, presentata dagli onn. La Pira e Basso) o all'opposto prevedere un limite per difendere la neonata democrazia dai suoi nemici, riconoscendolo solo a chi fosse perseguitato per aver difeso i diritti di libertà e lavoro. A farsi portavoce dell'opposizione ad un diritto d'asilo "indiscriminato" fu l'on. Terracini preoccupato che una formulazione troppo ampia potesse condurre a riconoscerlo ai sostenitori di qualsiasi posizione politica, finanche quelle di stampo autoritario, paventando l'ipotesi che un giorno avrebbero potuto trovare asilo in Italia i sostenitori del franchismo spagnolo<sup>167</sup>. Il gruppo socialista, con l'intervento dell'on. Torello, espresse preoccupazione per l'inserimento di limiti al diritto d'asilo direttamente in Costituzione. È interessante osservare dalla prospettiva odierna l'emendamento

---

rilevare come nessuna indicazione sia emersa nel dibattito, seppur scarno, in ordine ad un godimento dei diritti fondamentali differente tra cittadini e non cittadini.

<sup>166</sup> P. COSTA, *Art. 10*, cit., p. 50, si sofferma più diffusamente sul dibattito dei membri della I sottocommissione intorno alla questione dell'adattamento automatico alle norme di diritto internazionale. Sul punto si veda anche A. PIETRO, *Op. cit.* riporta le voci dell'on. Tonello fautore di un principio di ospitalità degli stranieri senza nessuna previsione limitatrice (di chiara ispirazione kantiana); quella dell'on. Lucifero secondo cui sarebbe stato opportuno pretendere in luogo dell'accoglienza l'adeguamento dello straniero all'ordinamento italiano; o ancora l'on. Nobile che paventava il rischio di una norma eccessivamente ampia che avrebbe portato un numero eccessivo di stranieri nel Paese, consigliando invece restrizioni all'ingresso per ragioni di carattere economico.

<sup>167</sup> A. CASSESE, *Op. cit.*, pp. 62-63, ricorda come il gruppo comunista italiano aveva il suo punto di riferimento da un lato nella contingenza storica dei fuoriusciti antifascisti italiani e dall'altro nelle previsioni delle Costituzioni socialiste, in particolare l'art. 129 della Costituzione sovietica del 1936 e l'art. 31 della Costituzione jugoslava del 1946. L'emendamento proposto era teso a scongiurare il riconoscimento dell'asilo per coloro che esercitassero azioni antidemocratiche in uno Stato democratico e per coloro che in uno Stato autoritario combattevano per instaurare ideali non meno autoritari. Sul punto si vedano anche gli interventi degli Onn. Lanconi e Ravagnan, nelle sedute — rispettivamente — del 24 gennaio e dell'11 aprile 1947, in *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, Roma, Camera dei Deputati - Segretariato Generale, 1970-71, rispettivamente I, p. 793 e VI, p. 169 s.

presentato dal “Fronte dell’Uomo Qualunque”, secondo cui non poteva ammettersi che il delinquente comune proveniente dall’estero ottenesse asilo. Nella discussione, infine, emerse anche la voce di chi<sup>168</sup> riteneva necessario limitare il numero degli stranieri che avrebbero potuto richiedere asilo, per prevenire quella che all’epoca sembrava peraltro un’ipotesi assai improbabile: esodi di massa verso l’Italia. Il dibattito si concluse approvando la formula più generica proposta dall’on. Perassi, poi confluita nell’attuale testo dell’art. 10, comma 3.

Lo sguardo teso a regolare la condizione giuridica dello straniero e il suo diritto d’asilo in conformità all’ordinamento internazionale testimonia la ridefinizione del diritto d’asilo costituzionale nella dimensione soggettiva ed oggettiva, che supera l’antica concezione dell’asilo inteso come concessione unilaterale sovrana e rapporto tra ordinamenti giuridici statali diversi, a favore invece di un rapporto tra individuo ed ordinamento<sup>169</sup>. Vi è di più: si tratta di un diritto d’asilo che privilegia una tutela sostanziale e non meramente formale, poiché non è sufficiente la mera previsione delle libertà nell’ordinamento di provenienza dell’asilante, giacché l’art. 10, co. 3 richiama un impedimento *effettivo* all’esercizio delle libertà democratiche. Infine, nel dibattito assembleare si decise di negare la condizione di reciprocità<sup>170</sup> per il diritto

---

<sup>168</sup> L’on. Umberto Nobile, del gruppo comunista, così interveniva: «Che il diritto di asilo debba concedersi a rifugiati politici isolati è cosa fuor di questione; ma domani potrebbero battere alle nostre porte migliaia di profughi politici di altri paesi, e noi saremmo costretti a dar loro asilo senza alcuna limitazione, quando restrizioni potrebbero venir consigliate anche da ragioni di carattere economico. Severe limitazioni a questo riguardo vi sono perfino in un paese ricco come gli Stati Uniti di America, dove si richiede che vengano soddisfatte le prescrizioni della legge sulla immigrazione».

<sup>169</sup> G. BASCHERINI, *Op. cit.*, p. 172; M. BENVENUTI, *Asilo (diritto di) - II) Diritto costituzionale*, voce in *Enc. giur. Treccani*, XVI, 2008, sull’indubbia rilevanza costituzionale del diritto d’asilo riporta tre argomenti: 1) la *sedes* prescelta per disciplinarlo; 2) l’inserimento tra i principi costituzionali idonei ad esprimere uno dei valori cardini della nascente Repubblica, ossa il ripudio della guerra; 3) infine il suo riconoscimento non al cittadino ma all’uomo in quanto tale, in aderenza alla previsione dell’art. 2 Cost.

<sup>170</sup> A. CASSESE, *Op. cit.*, pp. 512 ss., secondo il quale uno degli effetti della disposizione costituzionale è la revisione implicita all’art. 16 disp. prel. c.c. A fondamento della tesi l’A. riporta sia i lavori della Costituente, durante i quali gli interventi di Della Seta e di Moro si espressero in senso abolizionista. La reciprocità entrerebbe inoltre in contrasto con il principio di eguaglianza, in quanto si ammetterebbe un diverso godimento dei diritti in ragione della nazionalità. Per un’indagine più ampia della condizione di reciprocità nella Costituzione, non riferita al solo diritto d’asilo, si veda M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L’esperienza italiana*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1992, pp. 203 ss.; secondo G. BASCHERINI, *Op. cit.*, pp. 166 ss., in particolare la previsione codicistica dell’art. 16 c.c. e l’assenza di una decisa indicazione sulla sopravvivenza o meno della condizione di reciprocità nella Costituzione, ha contribuito alla formazione di tre indirizzi dottrinari contrapposti, tra chi sostiene l’incompatibilità tra reciprocità e previsione dell’art. 10 secondo il quale l’ordinamento interno si conforma all’ordinamento internazionale; chi la compatibilità alla luce della riserva di legge e dunque della possibilità che la condizione sia introdotta con legge ordinaria, salvo il rispetto delle norme di diritto internazionale e infine chi sposa una soluzione intermedia, secondo la quale — anche se la condizione non è prevista dalla Costituzione — non ne sarebbe impedita una nuova inclusione con legge di

d'asilo, emblematiche furono le parole pronunciate dall'On. Della Seta (nella seduta del 28 marzo 1947): «dico che in tale materia dovrebbe predominare un criterio etico molto più alto che non sia quello della reciprocità (...)».

La figura dello straniero è dunque appena toccata e invero Basso e La Pira, assieme alle proposte sul diritto d'asilo, avevano presentato congiuntamente un progetto di disposizione il cui testo si componeva di un primo comma che individuava i diritti costituzionalmente riconosciuti agli stranieri e un secondo prevedeva genericamente quelli da definire con legge dello Stato.

Non è ben chiaro se la scelta di non coinvolgere nel dibattito anche i diritti fondamentali con riferimento specifico al non cittadino sia stata consapevole, se fu da attribuire alla scarsa attenzione al tema per la contingenza storica che faceva dell'Italia Paese di emigrazione<sup>171</sup>, o invece determinata dalla valutazione consapevole di non irrigidire lo statuto dei rapporti tra cittadini e non cittadini<sup>172</sup>. Per tentare di dare una risposta è forse utile guardare non tanto a quelle disposizioni della Costituzione che si riferiscono direttamente allo straniero, quanto a quelle che si riferiscono al cittadino, da un lato e a quelle che «parlano esplicitamente di 'diritti dell'uomo' (art. 2 Cost.) oppure dell' 'individuo' (art. 32 Cost.)», dall'altro, o ancora con quelle che «sanciscono un diritto utilizzando formule negative altrettanto universali (art. 22); riconoscono un diritto utilizzando formule impersonali (artt. 13, 14, 15, 22, 25 Cost.)»<sup>173</sup>. Del pari riduttiva sembra essere una ricostruzione della

---

autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, fermo restando il giudizio di ragionevolezza sulla misura.

<sup>171</sup> È utile segnalare che nell'Italia dell'immediato dopoguerra l'unica presenza significativa straniera era quella dei profughi e che la maggioranza di essi era per lo più di origine europea. Cfr. *amplius* M. COLUCCI, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 a oggi*, Roma, Carocci, 2018. Scrive l'A che «I flussi in ingresso in Italia provengono soprattutto dall'Europa centro-orientale, a seguito della disgregazione dei possedimenti tedeschi e dei movimenti di popolazione provocati dai nuovi confini e dalle conseguenze del conflitto. È il caso dell'espulsione di tedeschi e germanofoni, oppure della diaspora ebraica verso la Palestina o le Americhe. A guerra finita inoltre rientrano anche moltissimi italiani, come i prigionieri nel Terzo Reich e quelli degli alleati provenienti da Africa, India, Australia, Francia, Inghilterra e usa. A questi si aggiungono cospicui gruppi di civili che lasciano zone che erano state per breve o per lungo tempo italiane: i profughi provenienti dall'Istria e dalla Dalmazia (Miletto, 2005; Pupo, 2006) e coloro che abbandonano le zone coloniali africane, egee e ioniche (Rainero, 2015)», *ivi*, p. 18.

<sup>172</sup> M. CUNIBERTI, *Op. cit.*, p. 133 ss.

<sup>173</sup> M. LOSANA, «Stranieri» e principio costituzionale di uguaglianza, in *Rivista AIC*, n. 1/2016, p. 2; M. CUNIBERTI, *Op. cit.*, p. 127, nota che difficilmente si può trarre dal testo costituzionale una netta demarcazione tra *diritti dell'uomo* e *diritti del cittadino*, dal momento che le tecniche e le formule linguistiche adoperate sono tra loro poco omogenee, talvolta per l'oggetto della tutela si fa riferimento alla posizione oggettiva altre soggettiva, altre volte a soggetti indeterminati o tal altre a soggetti determinati, come il lavoratore, il genitore, gli inabili e così via.

protezione costituzionale dello straniero che prendesse le mosse dall'art. 10, co. 3 Cost. e lo considerasse isolatamente dagli artt. 2 e 3, co. 2<sup>174</sup>.

Da uno sguardo attento ai lavori dell'Assemblea Costituente emerge infatti che la formula linguistica "cittadino" non è sempre segnata da una scelta consapevole e coerente di riconoscergli determinate specifiche libertà e diritti costituzionali in maniera escludente. L'oscillazione fra persona e cittadino quale baricentro dei diritti fondamentali ha tra i punti nevralgici la formulazione dell'art. 3: originariamente nella formulazione dell'art. 7 (che poi divenne l'attuale art. 3) approvata dalla I sottocommissione, l'emendamento dell'on. Lucifero, che proponeva di sostituire alla parola "uomini" quella di "cittadini", fu respinto a favore del testo che conteneva il riferimento testuale del principio di eguaglianza non ai secondi, bensì in maniera più estesa ai primi e il divieto di discriminazione per la *nazionalità*. Nella sede del Comitato di redazione il testo mutò tuttavia di nuovo, spogliandosi di entrambi i riferimenti, limitandosene la portata ai soli *cittadini*<sup>175</sup>.

\*\*\*

Dal dibattito della Costituente e dal testo che ne è scaturito è presente sicuramente la forte preoccupazione di riconoscere espressamente la libertà di emigrazione e di sancire la tutela del lavoro italiano all'estero (art. 35, co. 4). Ai margini del dibattito restano i problemi della immigrazione, salvo il richiamo al diritto d'asilo, di matrice politica e non economica.

---

<sup>174</sup> M. LUCIANI, *Op. ult. cit.*, nota come sia stata proprio la Corte Costituzionale, nella sent. 120/1967, *leading case* nella materia dei diritti fondamentali dei non cittadini, a sedimentare la lettura sistematica per cui «l'art. 3 della Costituzione non deve farsi con questa norma, isolatamente considerata, ma con la norma stessa in connessione con l'art. 2 e con l'art. 10, secondo comma, della Costituzione, il primo dei quali riconosce a tutti, cittadini e stranieri, i diritti inviolabili dell'uomo, mentre l'altro dispone che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Ciò perché, se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali». Allo stesso tempo la Corte si fa fautrice dell'indirizzo che restringe ai soli diritti fondamentali il principio di eguaglianza tra cittadini e non cittadini. L'indirizzo dominante così affermatosi, secondo l'A., prende le mosse da suggestione leibholziane, dalla considerazione quindi che il principio di eguaglianza non ammette che tutti siano trattati allo stesso modo, ma che a situazioni eguali corrispondano pari trattamento e a condizioni diverse un trattamento diverso. La omogeneità/disomogeneità delle situazione e dei trattamenti è determinata dal controllo di ragionevolezza.

<sup>175</sup> M. CUNIBERTI, *Op. cit.*, p. 130, nota come non sia semplice ricostruire le ragioni che condussero a tale significativa revisione, a causa della mancata documentazione sull'operato del Comitato di redazione. Pur non addentrandosi in ricostruzioni prive di un riscontro testuale, l'A. rileva che la stessa sorte è toccata alla libertà di associazione e riunione, e dunque il Comitato, più che compiere un'attività di coordinamento, eliminando una parola che sembrava incongruente, sembra rispecchiare «una concezione ancora molto schematica ed embrionale del senso e della portata dell'inclusione generale di eguaglianza all'interno di una costituzione rigida» (*ivi*, p. 132), che mal si sarebbe conciliata con l'esistenza di possibili disparità tra cittadini e stranieri.

Dall'altro lato, l'affermazione dei diritti della persona e la pienezza dei diritti politici riconosciuta ai soli cittadini porta inevitabilmente all'esclusione dal circuito democratico dei non cittadini, con la conseguenza che l'effetto discriminatorio che si fonda sulla nazionalità diventa, nella forma di Stato repubblicana, ancora più ampio<sup>176</sup>. Negli Stati democratici è infatti noto come il riconoscimento dei diritti politici sia lo strumento della massima inclusione nell'ordinamento dei diritti di libertà e utilità sociale, per cui l'esclusione a priori di una componente della popolazione non può che essere pregiudizievole per quella parte minoritaria, debole nella dialettica rappresentativa e dunque di scarsa influenza sull'organo legislativo, anche e soprattutto quando le leggi riguardano proprio quella componente esclusa. La dottrina ha parlato di una asimmetria<sup>177</sup> nel diritto dell'immigrazione tra i titolari del potere decisionale – i cittadini – e chi è oggetto delle decisioni, appunto i non cittadini. Lo squilibrio indicato si riflette non solo nella tutela dei diritti di libertà dei primi, ma anche nella ripartizione delle risorse necessarie alla effettività dei diritti sociali.

La tutela di matrice internazionalistica individuata nell'art. 10, co. 2 assicura che in ogni caso il controllo statale sul territorio e sulle frontiere debba tener conto dei diritti fondamentali garantiti a livello internazionale. È allora in questo intreccio tra sovranità, universalismo dei diritti fondamentali e allocazione delle risorse che vivono le contraddizioni dello Stato liberal-democratico<sup>178</sup>.

In chiusura del paragrafo, ancora una volta si prendono a prestito le parole sagaci di Calamandrei. Ci sono «in questi ingranaggi [della Costituzione] ruote di legno e ruote di ferro, pezzi di veicoli ottocenteschi e congegni di motore da aeroplano»<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> In tal senso v. P. BONETTI, *Migrazioni e stranieri di fronte alla Costituzione: una introduzione*, in *Riv. Dir. Cost., Migrazioni*, vol. III/2020, pp. 12 ss. (spec. p. 36 s.). L'A. individua due contraddizioni principali: la prima è l'esistenza di un principio personalista dimidiato per lo straniero, verso il quale si ammettono limitazioni di diritti fondamentali (diritti di libertà e soggiorno) in base alla nazionalità, contrariamente alla conclamata universalità della dignità umana. La seconda contraddizione riguarda il principio democratico, richiamando in proposito la definizione di democrazia kelseniana, intesa come metodo politico mediante sono i soggetti dell'ordinamento a definire lo stesso e non un volere estraneo (H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, trad. it., in M. Barberis (a cura di), *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 1998).

<sup>177</sup> M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit. e ID., *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 3/2017, pp. 41 ss., parla più precisamente di uno squilibrio strutturale, che sostituisce alla dicotomia maggioranza/minoranza, fisiologica in un regime democratico, la dicotomia *insiders/outsiders*. Pertanto la vera distinzione che si pone tra cittadini e stranieri, ossia l'inesistenza di un diritto per i secondi a immigrare, non è da ricondurre alla natura dell'ingresso e del soggiorno considerate mere libertà naturali cui si contrappongono interessi pubblici di primaria rilevanza costituzionale, collegati alle fondamenta della costruzione statale (il territorio e il Popolo), quanto ad una legalità fortemente asimmetrica del processo deliberativo.

<sup>178</sup> P. BONETTI, *Op. cit.*, p. 39.

<sup>179</sup> P. CALAMANDREI, *Intervento all'Assemblea Costituente*, seduta del 4 marzo 1947, in *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, cit., Vol. I, p. 155

Continuando nella calzante metafora il posto dello straniero si inserisce appieno negli ingranaggi descritti, riflettendo le relative disarmonie.

## 2. La condizione giuridica dello straniero nell'art. 10, co. 2 e dell'asilante nell'art. 10, co. 3 della Costituzione

L'art. 10, co. 2, della Costituzione recita che «La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali».

La previsione costituzionale pone un duplice vincolo tramite riserva di legge rinforzata nel contenuto, che deve conformarsi al quadro internazionale. Si è voluto così sottrarre la norma alla disponibilità della pubblica amministrazione<sup>180</sup>, che in passato — soprattutto durante il ventennio fascista si era ispirata, come si è visto nel capitolo precedente — a ideologie xenofobe e nazionalistiche, riservando agli stranieri un trattamento spesso illiberale e si è espressa la volontà di adeguare la materia agli standard prevalenti nella vita delle relazioni internazionali<sup>181</sup>. Da un punto di vista tecnico la riserva di legge sembra qualificabile come una riserva di legge relativa<sup>182</sup>: sia perché sarebbe irragionevole ritenere che ogni aspetto del trattamento dello straniero sia puntualmente disciplinato dalla legge, sia per come è essa è andata affermandosi nella prassi. Alla sfera legislativa resta cioè il compito di stabilire una disciplina di principio, potendo altresì conferire al Governo potere regolamentare sul tema, precisando i fini da realizzare e i criteri per il loro raggiungimento.

Detta riserva, più che come limite *negativo*, si pone come un vincolo *positivo*<sup>183</sup> ad eventuali trattamenti differenziati tra cittadino e straniero, necessariamente conformi come detto alle previsioni di diritto internazionale generale e convenzionale, che si pongono come vere e proprie norme interposte, ai fini del controllo giurisdizionale sul punto.

Dalla matrice internazionalista si ricava la compatibilità delle politiche migratorie nazionali di esclusione dello straniero, quale esplicitazione del principio della sovranità: «as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory»<sup>184</sup>. Queste ultime, tuttavia, non possono essere incondizionate, in quanto si riconoscono il valore di norma di *jus cogens* al principio di *non refoulement*; il divieto di respingimenti collettivi o di gruppo ai sensi dell'art. 4, Protocollo n. 4 della Cedu; il divieto di subire trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu); il diritto a un

---

<sup>180</sup> A. CASSESE, *Op. cit.*, p. 510, la competenza esclusiva parlamentare dovrebbe quindi escludere interventi rimessi all'arbitrio poliziesco.

<sup>181</sup> *Ibidem*.

<sup>182</sup> E. CANNIZZARO, A. CALIGIURI, *Commentario Costituzione – Art. 10*, p. 252.

<sup>183</sup> In tal senso si veda M. CUNIBERTI, *Op. cit.*, p. 147 e M. LUCIANI, *Op. cit.*, p. 203, il quale nota che, pure assumendo che il diritto internazionale funga da limite negativo, il risultato sarebbe il medesimo, giacché il doppio limite del diritto internazionale e delle prescrizioni costituzionali lascia poco spazio al legislatore che voglia introdurre differenziazioni di trattamento irragionevoli.

<sup>184</sup> Corte Edu, *Abdulaziz and oth. vs. The United Kingdom*, sent. 28 maggio 1985.

ricorso effettivo (art. 13 Cedu). L'assolutezza teorica della sovranità nazionale in materia è dunque stemperata dall'esistenza di altrettanti obblighi di natura internazionale sui respingimenti.

È stata la Corte Costituzionale a chiarire che lo straniero è titolare di tutti i diritti che la Costituzione riconosce alla persona, qualunque sia la sua posizione rispetto alle norme di ingresso e soggiorno nazionali (sent. nn. 203/1997, 252/2001, 432/2005, 249/2010 e altre).

La tutela dei suoi diritti fondamentali, alla luce dell'assetto multilivello dei diritti, è dunque garantita nella Costituzione, nelle norme di diritto internazionale e dell'UE, le norme che si sono consolidate come consuetudinarie e quelle previste dalla CEDU e nei suoi successivi Protocolli addizionali.

L'art. 117, co. 1 sottopone poi ad ulteriori due vincoli l'intervento del legislatore, ossia quelli del rispetto della Costituzione e dei vincoli comunitari. A proposito dell'art. 117, co. 1 vi è chi<sup>185</sup> ha fatto rilevare che nella norma si parla di "rispetto", a differenza che nell'art. 10, co. 2 ove si parla di "conformità". L'espressione utilizzata dall'art. 117 sarebbe cioè meno incisiva, così influenzando non solo l'attività legislativa ma anche quella eventuale successiva di controllo costituzionale. Ne risulterebbe dunque — perlomeno in teoria — un livello di tutela più avanzata<sup>186</sup> per il non cittadino rispetto al cittadino medesimo: per i primi dovrebbe presumersi sempre operante la riserva di legge rinforzata, per i secondi essa opererebbe nei casi espressamente indicati in Costituzione, all'art. 23 e per effetto di quel "rispetto" cui generalmente sono sottoposte tutte le leggi statali e regionali ai sensi dell'art. 117.

Una tutela ancor più ampia riguarda lo straniero quand'egli sia titolare del diritto d'asilo. La disposizione in commento è stata definita la vera norma che contiene la "filosofia"<sup>187</sup> generale che la Carta appresta alla persona umana in quanto tale, ossia l'idea-guida che le libertà democratiche costituiscono infatti un bene talmente prezioso e insopprimibile per ogni essere umano da dover essere riconosciute in ogni posto ove questo si trovi. Il Paese si fa dunque carico, attraverso l'art. 10, co. 3, di tutelare tali diritti anche oltre la nostra comunità statale, potendo ospitare in modo tendenzialmente stabile chi proviene da quelle con un ordinamento illiberale. La Costituzione riconosce il c.d. asilo territoriale, ossia il diritto soggettivo ad essere ammessi all'ingresso e al soggiorno nel territorio italiano, a differenza dei cittadini stranieri riguardati in generale, che vantano solo un interesse legittimo a riguardo, fatta salva la presenza di accordi o trattati che ne prevedano l'ingresso in ragione dell'esistenza di un altro diritto, quale perlopiù quello all'unità familiare. Dalla disposizione è possibile altresì ricavare l'impossibilità di stipulare accordi o intese volte a limitare il diritto d'asilo territoriale. Essa contiene altresì una riserva di legge<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> A. PIRINO, *Op. cit.*, p. 34.

<sup>186</sup> *Ibidem*.

<sup>187</sup> In tal senso A. CASSESE, *Op. cit.*, p. 532.

<sup>188</sup> P. BONETTI, *Op. cit.*, p. 70. La riserva di legge non conferisce il potere di circoscrivere il diritto d'asilo, ma quello di stabilire le modalità dell'esercizio del diritto, definire i requisiti soggettivi o introdurre condizioni all'esercizio del diritto in parola. Dai lavori dell'Assemblea Costituente (27 marzo 1947, discussione generale del Titolo primo della Parte prima del progetto di Costituzione: «Rapporti civili») è possibile ricavare l'indicazione per cui le

(a cui non è mai stato dato corso), conformandosi sia alla previsione del comma antecedente, sia alla più generale visione delle libertà personali, tutte assistite in Costituzione da tale garanzia. La riserva di legge implica dunque che la materia non possa definirsi con provvedimenti amministrativi, ma solo con legge vincolata agli obblighi internazionali e a quelli verso l'UE e pertanto se ne deve altresì ricavare la sottrazione «ad una decisione discrezionale del Governo e a 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»<sup>189</sup>.

La mancata adozione della legge ordinaria che ne abbia fissato le condizioni amministrative per il riconoscimento non ha impedito il formarsi in proposito di un diritto soggettivo perfetto<sup>190</sup>, dato il carattere non meramente programmatico della disposizione in esame.

Questo aspetto ha consentito allo straniero che tale posizione attiva ritenga di avere di adire direttamente l'autorità giudiziaria con un'azione di suo accertamento. Sul punto la Corte di Cassazione<sup>191</sup> ha chiarito nel tempo che il carattere precettivo e di immediata operatività è da ricavarsi dalla sufficiente chiarezza e precisione della fattispecie, che fa sorgere in capo allo straniero il diritto d'asilo.

Quanto ai destinatari, l'articolo in commento si riferisce non solo al cittadino straniero, ma anche all'apolide, com'è dato ricavare dal riferimento testuale e più ampio al "suo Paese" in luogo del termine più restrittivo "cittadino". Più in generale, i destinatari coincidono in parte con le categorie individuate dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1951<sup>192</sup> sui rifugiati e dal Protocollo del 1967, non restringendo infatti la disposizione il diritto in parola ai soli motivi della Convenzione, che potranno in parte coincidere, ma non esaurire tutte le ipotesi di fuga altrove per l'impedito esercizio delle libertà democratiche. Altro elemento innovativo dell'art. 10, co. 3 è il superamento del presupposto<sup>193</sup> della

---

condizioni di cui si tratta possono essere solo di natura quantitativa e non qualitativa, aprendo così, tuttavia, la strada a limitazioni di ordine numerico all'ingresso per richiedere asilo. Al legislatore spetta il compito di specificare dunque presupposti, durata, modi di accertamento e la deroga, ossia la definizione di quelle cause di cessazione del diritto in commento.

<sup>189</sup> *Ibidem*.

<sup>190</sup> M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, Cedam, 2007, pp. 50-52.

<sup>191</sup> Corte Cass., Sez. Unite, sent. 12 dicembre 1996, n. 4674/97.

<sup>192</sup> "Chiunque, per causa di avvenimenti anteriori al 1° gennaio 1951 e nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi" (art. 1 A, n. 2).

<sup>193</sup> Sui differenti presupposti e discipline tra l'asilo costituzionale e il rifugio si veda L. CHIEFFI, *La tutela costituzionale del diritto di asilo e di rifugio a fini umanitari*, in *Dir., Imm. e Città.*, fasc. 2/2004, pp. 24 ss. (spec. pp. 31 ss.).

«persecuzione», su cui invece fa perno la Convenzione del 1951. Per cui l'asilo costituzionale è concesso anche a chi non ha subito una persecuzione, ma allo stesso tempo subisce una nozione per il mancato godimento delle libertà democratiche. Quanto all'estensione oggettiva del presupposto, esso si riferisce all'impedimento effettivo dell'esercizio delle libertà democratiche, perciò a nulla rilevare se l'ordinamento dal quale proviene lo straniero riconosca formalmente le libertà democratiche garantite nella nostra Costituzione. Dall'attesa dell'accertamento di tale eventuale impedimento, tuttavia, non ne può scaturire un nozione che sia comunque idoneo a mettere in pericolo chi ne fa richiesta, perciò il diritto all'ingresso e al soggiorno temporaneo deve essere riconosciuto come presupposto indispensabile all'esame della domanda. Il contenuto necessario<sup>194</sup> del diritto d'asilo limita dunque l'adozione di politiche indiscriminate di contrasto all'immigrazione irregolare, che non possono mai ostacolare la presentazione della domanda d'asilo, il cui corollario principale risiede nel principio di *non refoulement*. In assenza di una disposizione attuativa, la giurisprudenza<sup>195</sup> ha finito per operare una simbiosi tra asilo e le forme di protezione internazionale individuate nella

---

<sup>194</sup> P. BONETTI, *Op. cit.*, pp. 73 ss., individua i diritti che sorgono da tale contenuto: il diritto di fare domanda d'asilo nel territorio italiano; il diritto a rimanervi fino all'esaurimento dell'esame della domanda; il diritto di esercitare le libertà fondamentali costituzionalmente riconosciute a tutti; il diritto ad essere protetti da eventuali atti ostili provenienti da soggetti pubblici o privati del Paese di origine, da cui deriva il divieto di essere ivi respinto o estradato. Cfr. anche C. ESPOSITO, *voce Asilo (diritto cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 222 e 224; A. CASSESE, *Commento all'art. 10*, cit., pp. 526.

<sup>195</sup> L'attivismo della giurisprudenza in questa materia è intervenuto in qualche modo a sanare l'inerzia legislativa, tuttavia ha finito anche per depotenziare la portata della norma costituzionale. Per un'analisi attenta sul punto si veda M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione Giustizia*, fasc. 2/2018, pp. 14 ss. L'A. individua quattro fasi dell'attuazione del diritto di asilo costituzionale nel corso degli ultimi vent'anni, che in una commistione di profili sostanziali, procedurali e giurisdizionali, accostando i tratti salienti a quelli di altre forme di protezione politico-umanitaria, ha finito per sovrapporli. La prima fase è riconducibile a quando il d.lgs. 286/98 abroga con l'art. 47, co. 2, lett. e, la competenza del giudice amministrativo prevista *illo tempore* per la disciplina relativa allo *status* di rifugiato internazionale all'art. 5, co. 2 della l. 39/1990, mentre per il diritto d'asilo era riconosciuta in capo al giudice ordinario. La Corte di Cassazione finirà per «accomunare i due istituti sotto il profilo procedimentale, pur lasciando inalterati i connotati sostanziali che li differenziano» (sez. I, sent. n. 8423/2004). La seconda fase è riconducibile a Cass., sez. I, sent. n. 25028/2005, con cui si ritenne che tra le due figure non esistesse una chiara autonomia funzionale e che pertanto, «in assenza di una legge organica sull'asilo politico (che ne fissi le condizioni, i termini, i modi e gli organi competenti in materia di richiesta e concessione), attuativa del dettato costituzionale (...), il diritto di asilo deve intendersi non tanto come un diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, quanto piuttosto, e anzitutto, come il diritto dello straniero di accedervi al fine di essere ammesso alla procedura di esame della domanda di riconoscimento dello status di rifugiato politico». Il contenuto del diritto d'asilo costituzionale è così limitato alla facoltà d'ingresso nel territorio al fine di richiedere lo *status* di rifugiato. La terza fase si apre con Cass., sez. un., ord. n. 19393/2009, con cui si ammette «l'identità di natura giuridica del diritto alla protezione umanitaria, del diritto allo

direttiva 2011/95/UE, ossia la qualifica di beneficiario di protezione internazionale, protezione sussidiaria e la c.d. direttiva qualifiche 2004/83/CE. Pertanto gli *status* dell'asilo politico si moltiplicano, secondo il rapporto di genere a specie, in quello della protezione internazionale<sup>196</sup>, sussidiaria<sup>197</sup> ed *ex* umanitaria (art. 5, co. 6 d. lgs. 286/98)<sup>198</sup>.

Per quanto i decreti di attuazione delle direttive europee (d.lgs. 25/2008; d.lgs. 251/2007 e d.lgs. 142/2015) siano stati accolti con favore per aver colmato il vuoto procedurale della materia, non si può trascurare che tali interventi non siano stati diretti a recepire la riserva di legge dell'asilo costituzionale, ma forme di protezione simili di natura sovraordinata. Tale interpretazione riduttiva dell'istituto è accettata sulle rime del brocardo *ut res magis valeat quam pereat* (*Digesto*, 45, I, 80), ma incorre ugualmente in criticità<sup>199</sup> non trascurabili: 1) l'irriducibilità del diritto di asilo "costituzionale" alle altre forme di protezione politico-umanitaria attualmente in vigore, per le discrasie derivanti dalle rispettive fonti, disciplina, contenuto,

---

*status* di rifugiato e del diritto di asilo costituzionale, in quanto situazioni tutte riconducibili alla categoria dei diritti umani fondamentali». La Corte fa coincidere l'asilo politico con il rilascio di un permesso di protezione umanitaria ai sensi del d.lgs 286/98, art. 5, co. 6, in seguito alle modifiche introdotte con l'art. 32, co. 3, d.lgs n. 25/2008 di attuazione della direttiva c.d. procedure. L'articolo in parola riconosce alla Commissioni territoriali il potere di rilasciare il permesso umanitario soggiorno qualora «ricorran seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano». La quarta fase inizia infine da Cass., sez. VI, ord. n. 10686/2012, in cui definitivamente si degrada l'asilo costituzionale alle tre forme di protezione indicate nel testo, « non vi è più alcun margine di residuale diretta applicazione del disposto di cui all'art. 10, terzo comma della Costituzione, in chiave processuale o strumentale, a tutela di chi abbia diritto all'esame della sua domanda di asilo alla stregua delle vigenti norme sulla protezione».

<sup>196</sup> Status di rifugiato ai sensi dell'art. 1 A Convenzione di Ginevra.

<sup>197</sup> Ogni cittadino di un Paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno, e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese. Il danno grave è qualificato dall'art. 14 del d.lgs. 251/2007 (di attuazione della direttiva 2004/83/CE): 1) la condanna a morte o all'esecuzione della pena di morte; 2) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine; 3) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

<sup>198</sup> Un'analisi completa delle tre forme di protezione indicate è compiuta da P. BONETTI, *Il diritto di asilo nella Costituzione italiana*, in C. Favilli (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, Cedam, 2011, pp. 35-72.

<sup>199</sup> Voci critiche brillantemente ripercorse da M. BENVENUTI, *Op. cit.*, a cui si rinvia per gli approfondimenti bibliografici. Si veda anche M.A. GLIATTA, *La garanzia costituzionale del diritto di asilo e il sistema di tutela europeo dei richiedenti protezione internazionale*, in *federalismi.it*, n. 3/2017, p. 12.

presupposti e limiti<sup>200</sup>; 2) la scorretta interpretazione inversa, per cui, al posto di interpretare la legislazione interna alla luce della Costituzione, si riempie l'enunciato costituzionale con i contenuti normativi di una disciplina sicuramente affine, ma autonoma; 3) l'incompatibilità tra una disposizione di carattere residuale e dalla formulazione negativa, quale l'art. 5, co. 6 e l'ampia formulazione dell'art. 10, co. 3, che dà una precisa indicazione sull'impedimento alle libertà democratiche, che non si ritrova in nessuna delle disposizioni in cui l'asilo costituzionale è appiattito. L'art. 5, co. 6 più che dare attuazione a «uno *status* positivamente compiuto e configurato» introduce «un (mero) diritto di non essere espulso»<sup>201</sup>.

Dal quadro appena tratteggiato possono ricavarsi un insieme di “regole di resistenza” dell'art. 10, in grado apprestare in astratto un elevato livello tutela del non cittadino, purché s'intende se ne dia adeguata applicazione.

### 3. La *sedes materiae* dei diritti inviolabili del non cittadino. Il contributo della dottrina

Dalla prospettiva storica ed esegetica appena analizzata non è possibile ricavare una nozione unitaria di “straniero”, né vi è traccia di quale sia il fondamento del suo statuto costituzionale dal momento che l'art. 10, co. 2 ha una chiara eco internazionalistica.

Posta l'assenza di un catalogo di diritti e doveri dello straniero, la dottrina e poi la giurisprudenza hanno elaborato diversi criteri interpretativi sul loro fondamento. Ripercorrere la strada battuta dai due formanti non è esercizio sterile, ma momento di riflessione utile a inquadrare il nodo più intricato: entro quali limiti è consentito al legislatore differenziare la posizione dello straniero da quella del cittadino.

In questa parte del lavoro ci si soffermerà sui diritti inviolabili, poiché essi sono apparentemente l'unica categoria di diritti riconosciuta allo straniero<sup>202</sup> in quanto

---

<sup>200</sup> Come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza stessa prima del suo *revirement* (vedi nota 195), «il precetto costituzionale e la normativa sui rifugiati politici (...) non coincidono dal punto di vista soggettivo, perché la categoria dei rifugiati politici è meno ampia di quella degli aventi diritto all'asilo. (...) la Convenzione di Ginevra prevede quale fattore determinante per la individuazione del rifugiato, se non la persecuzione in concreto un fondato timore di essere perseguitato, cioè un requisito che non è considerato necessario dall'art. 10, terzo comma, Cost.» (Corte Cass., Sez. Un., 26 maggio 1997, n. 4674).

<sup>201</sup> *Ibidem*.

<sup>202</sup> E. GROSSO, *Straniero (Status Costituzionale Dello)*, cit., nota la difficoltà di tratteggiare una definizione unitaria di straniero, «La quantità delle fonti normative che con diversa efficacia e a diverso livello — interno, internazionale e sovranazionale — definiscono i singoli elementi di tale status, è aumentata, soprattutto negli ultimi anni, in misura almeno equivalente all'interesse che la dottrina e la giurisprudenza hanno iniziato a manifestare nei confronti del fenomeno dell'immigrazione». La frammentazione della definizione di straniero è determinata dalla sovrapposizione di fonti di diversa natura, per cui se volessimo indicare una definizione minima dello straniero è quella del soggetto privo della qualità di cittadino italiano, secondo le regole vigenti in materia di cittadinanza. Dietro la figura del non-cittadino è bene sapere che si racchiudono diverse ipotesi: quella dei cittadini U.E., i

tale, indipendentemente dalla sua regolare o irregolare presenza sul territorio. Al termine del lavoro si evidenzierà come tale affermazione sia vera solo in parte.

La centralità che assume la *persona* all'interno della Carta Costituzionale ha condotto una parte della dottrina a individuare il nucleo della protezione dei diritti inviolabili sia per il cittadino, sia per il non cittadino, in quanto essere umano<sup>203</sup> nel c.d. "paradigma della territorialità"<sup>204</sup>, dal momento che la sola presenza sul territorio garantisce allo straniero il godimento di quei diritti che la Costituzione non riserva espressamente al cittadino. Dalla lettera dell'art. 2 si ricaverebbe la regola secondo cui le disposizioni costituzionali che utilizzano locuzioni onnicomprensive, come 'persona', 'lavoratore', 'individuo', 'tutti', o ancora quelle locuzioni che non distinguono il soggetto in base alla cittadinanza, siano da intendersi estensibili oltre

---

cittadini extra U.E., gli apolidi, i titolari di qualche forma di protezione. A partire da questa distinzione si apre un ventaglio ampio e variegato di diritti e doveri, differenti a seconda della categoria di appartenenza. B. RANDAZZO, *I diritti degli "extracomunitari" nell'ordinamento dell'UE*, in C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro (a cura di), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Napoli, Jovene, 2016, p. 53-74, propone nell'attuale assetto multilivello una suddivisione tra: immigrati - nella giurisprudenza costituzionale; stranieri - nella CEDU; extra-comunitari - nell'ordinamento U.E.

<sup>203</sup> M. CUNIBERTI, *Op. cit.*, pp. 121 ss., propone di superare quella concezione della cittadinanza come *status*, cioè come preconditione per la titolarità dei diritti. V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Atti del XXIV Convegno annuale Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Napoli, Jovene, 2010, p. 3 ss., sottolinea come la cittadinanza sia nata come fattore di eguaglianza nel Settecento in contrapposizione alle diverse qualifiche con cui nelle società dell'antico regime venivano prevalentemente designati gli individui, ma che nelle odierne Carte diventi fattore di diseguaglianza. Solo le Carte internazionali riescono a cogliere questo cortocircuito della cittadinanza e a recuperare l'originaria ispirazione universalistica nell'affermazione dei diritti umani, introducendo accanto ai classici divieti di discriminazione per sesso, razza, colore, lingua, religione, condizione sociale, quello su base nazionale.

<sup>204</sup> Sul paradigma vedi M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 41 ss. L'A. distingue il paradigma della cittadinanza da quello della territorialità. Il primo trova la sua teorizzazione nella pubblicista pandettistica tedesca di fine Ottocento, dei c.d. diritti pubblici subiettivi. Essa ha avuto grande fortuna in Italia ed è stata poi prontamente applicata al diritto dell'immigrazione, ricavandosene tre implicazioni: il criterio della cittadinanza può fondare trattamenti differenti tra cittadino e non cittadino; sono da considerarsi prevalenti gli interessi statali (ordine pubblico e sicurezza) sulle libertà individuali; una forte discrezionalità in capo al legislatore di scegliere quali interessi tutelare. Al contrario, il paradigma territoriale ritiene che i diritti fondamentali si radichino non nella sovranità statale, ma direttamente nella persona umana. Si determinano allora due conseguenze opposte alla ricostruzione precedente: «la coesistenza nel medesimo territorio di persone con uno *status* giuridico differenziato riprodurrebbe una logica della diseguaglianza assimilabile a quella propria dei sistemi castali o della *metoikia* greca, inaccettabile in un ordinamento liberal-democratico (...); l'altro, riconducibile alla *rule of law*, che postula una (eguale) protezione giuridica di tutti coloro che sono sottoposti alla sovranità territoriale dello Stato e all'esercizio dei poteri pubblici conseguenti, in conformità ai principi di *due process, equal protection e proportionality*» (*ivi*, p. 42)

lo *status civitatis*<sup>205</sup>. In tale ottica, l'art. 2 si pone in senso presupposto e condizionante<sup>206</sup> rispetto all'art. 10, che ha il compito di rafforzarne il contenuto, poiché vincola la regolazione sulla condizione giuridica dello straniero ad un certo contenuto al rispetto delle norme e trattati internazionali. All'art. 10, comma 2 spetta inoltre la funzione suppletiva e di regolare gli aspetti riservati al cittadino. Tale ricostruzione dommatica non a caso è recepita nell'unica ipotesi di attuazione della riserva di legge rinforzata dell'art. 10, co. 2: il Testo Unico per l'Immigrazione (il d. lgs. 286/98, d'ora in avanti TUI), che in apertura, all'art. 2, c. 1, prevede che «allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

In questa chiave si leggano anche il riconoscimento del diritto alla protezione diplomatica e consolare nelle forme e nei limiti previsti dal diritto internazionale (art. 2, comma 7, TUI); del diritto di difesa (art. 2, comma 5, TUI); il diritto alla salute (art. 35, comma 3, TUI); del diritto all'istruzione (art. 38, TUI).

Il legame territoriale si è inoltre tradotto nella tecnica legislativa riduttiva<sup>207</sup>, ossia allo straniero irregolare è assicurato il contenuto minimo del diritto, in condizione di

---

<sup>205</sup> In tal senso F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 42. C. CORSI, *Lo stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001, p. 104 s.

<sup>206</sup> G. BUCCI, *Op. cit.* p. 447 definisce il valore della persona umana nella Costituzione come unitario, dinamico ed elastico, garantendo così la tutela anche di fattispecie originariamente non previste. A proposito della unitarietà l'A. sottolinea che non è possibile limitare il valore e la tutela della personalità umana, frazionandone taluni aspetti tra cittadini e non cittadini. A tal proposito negare l'eguaglianza significherebbe svuotare di senso i diritti riconosciuti a tutti gli uomini. Sul tema si ritornerà più puntualmente nel par. 3.3.

<sup>207</sup> Ne parla R. CHERCHI, *I diritti dello straniero e la democrazia*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, fasc. 2/2016, p. 19. L'A. dapprima descrive l'ipotesi dell'espulsione e del trattenimento amministrativo che pone lo straniero (irregolare) in condizione di disparità col cittadino, sia perché «l'analisi delle norme vigenti che regolano le procedure di allontanamento rivela quindi una visione, se non propriamente negativa, quanto meno riduttiva di alcuni diritti costituzionali, quasi che le norme costituzionali sui diritti non recassero garanzie e limiti all'azione dei pubblici poteri, ma "principi generali" da rispettare nella misura di quanto è possibile e nel quadro del bilanciamento con il dominante interesse pubblico all'esecuzione del respingimento o dell'espulsione» (*ivi*, p. 23). Quanto alla disparità irragionevole tra stranieri irregolari e regolari l'A. riferisce del diritto alla salute, che ai primi è garantito nei limiti delle cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali (art. 35, c. 3 TUI) mentre ai secondi in condizione di parità con i cittadini (art. 34 TUI), «Anche in questa ipotesi la restrizione nel godimento del diritto è di dubbia legittimità. Essa trova il proprio fondamento nella limitatezza delle risorse disponibili e nel fatto che lo straniero non concorrerebbe a finanziare le spese pubbliche. Eppure lo straniero, ancorché irregolarmente soggiornante, finanzia le spese pubbliche pagando le imposte indirette; inoltre contribuisce (se lavora) al progresso materiale e spirituale della società, non di rado in condizioni di particolare sfruttamento» (*Ivi*, p. 24). Anche ammettendo che la scarsità delle risorse possa giustificare la disparità di trattamento, potrebbero trovarsi altre soluzioni per garantire la

diseguaglianza sia verso il cittadino, sia verso il non cittadino regolarmente soggiornante.

Stando alla formula letterale del testo costituzionale, i non cittadini possono sì godere al pari dei cittadini dei diritti inviolabili, ma non sull'applicazione generalizzata del principio di eguaglianza, riservato testualmente ai cittadini<sup>208</sup>. Sempre sull'eguaglianza, vi è chi<sup>209</sup> fa notare che la nostra Costituzione non accoglie una visione giusnaturalista e pertanto dall'art. 3 si può pensare di ricavare la tesi di un accesso diverso ai diritti tra cittadini e non cittadini. Lo stesso Autore<sup>210</sup> critica la ricostruzione di chi ritrova nell'art. 2 il fondamento costituzionale del riconoscimento dei diritti inviolabili agli stranieri, giudicandola come opinione condivisibile solo politicamente. Le Costituzioni in quanto atti politici presuppongono lo Stato nazionale con le sue classiche categorie, a suo giudizio. Sarebbe pertanto più aderente al dettato costituzionale ricostruire il nucleo dei diritti del non cittadino ricavandolo dall'art. 10. Ritenendosi «la Costituzione dello Stato un fatto politico oltre che una regola, essa sarebbe innanzi tutto rilevante per i soli cittadini (...) Il che, come già più volte sottolineato, sarebbe confermato sia dal fatto che il principio di eguaglianza riguarda, nell'art. 3 comma 1 Cost., i soli cittadini, sia dal fatto che la *sedes materiae* della condizione giuridica dello straniero sta nell'art. 10 comma 2»<sup>211</sup>. L'attribuzione di gran parte delle libertà civili a tutti non è una

---

pienezza del diritto anche allo straniero irregolare, come il pagamento di una tariffa predeterminata al Ministero della Salute. L'unico diritto che non conosce limitazioni è quello dell'accesso alla scuola, garantito in condizioni di parità al cittadino, sia per il minore straniero irregolare sia per il minore straniero regolare. Per un approfondimento si rinvia alla bibliografia indicata dall'Autore nella nota n. 50.

<sup>208</sup> U. ALLEGRETTI, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, Diritti, Costituzione*, Bologna, il Mulino, 1997, pp. 129 ss (spec. 144), riflette criticamente sul tenore del principio personalista, rivolto a suo avviso ai cittadini più che ai non cittadini.

<sup>209</sup> A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2010.

<sup>210</sup> ID., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale: Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, III ed., Padova, Cedam, 2003, p. 10; ID., *Dai diritti del cittadino*, cit., ove l'A. ricostruisce gli indirizzi della dottrina anteriori alle prime pronunce della Corte Costituzionale intorno allo straniero. Egli ripropone le tesi espresse in G. BASCHIERI, L. BIANCHI D'ESPINOSA, C. GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Firenze, Nocchioli, 1949 che individuavano nell'art. 10, co. 2 la *sedes materiae* della disciplina dello straniero. C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 17 ss., fa anch'egli propria l'idea dell'art. 10 quale *sedes materiae*, soffermandosi poi sulla questione dell'art. 3 norma rivolta ai soli cittadini, perché non accoglie la tesi giusnaturalista settecentesca dei diritti naturali. Rilevando inoltre che ove non si ammettesse un differente trattamento tra cittadini e stranieri, la prima categoria non avrebbe senso di esistere. Critica verso l'assolutezza della tesi di Esposito è la posizione di P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1953, il quale evidenzia come nell'ambito del titolo IV della Costituzione sui Rapporti politici, vi siano situazioni soggettive che possono riguardare lo straniero (artt. 53, 54, 50 e persino 49). Pace dichiara di aderire alle tesi dell'Esposito, le ragioni sono indicate nel testo (vd. *Infra*).

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 7.

presunzione *juris tantum* di spettanza generale, secondo l'A., ma si riferirebbe solamente a tutti i cittadini. L'estensione agli stranieri sarebbe da rinvenire nelle scelte discrezionali operate dal legislatore, in virtù dell'art. 10 co. 2, che incontra l'unico limite nelle norme e nei trattati internazionali. Fermo restante questo limite, nulla imporrebbe al legislatore di parificare cittadini e stranieri, ma nemmeno nulla escluderebbe che il legislatore possa considerare anche l'opportunità di estendere (o all'inverso restringere) l'attribuzione dei diritti degli artt. 13 e ss. ai non cittadini, persino di quelli politici.

Quest'orientamento è assimilabile alla teoria statunitense del contratto<sup>212</sup> come criterio esplicativo della legislazione in materia di immigrazione: «Secondo questo approccio, il “contratto sociale” su cui si fonda la Costituzione ha come parti i soli cittadini e nuovi “contratti sociali” sono negoziati con gli stranieri, giorno per giorno, con contenuti determinati dalla legge; nessun “contratto” (e nessun diritto) può essere pertanto invocato dallo straniero giunto sul territorio nazionale senza “invito” e quindi irregolarmente presente»<sup>213</sup>. Alla luce del criterio indicato, il potere “contrattuale” (da non intendersi come negozio di diritto privato, ma nei suoi termini di suggestione categoriale di teoria generale) è legittimato ad introdurre condizioni e limiti all'ingresso e al soggiorno, dal momento che né la libertà di circolazione né il diritto di incolato sono riconosciuti allo straniero. Del pari deve dirsi del potere di espulsione, che si inverte quando lo straniero non abbia rispettato le condizioni del “contratto”, condizioni che la p.a. è chiamata a far rispettare senza spazio per la sua discrezionalità. L'argomento “contrattuale” è presente sia nell'ermeneutica della Corte Suprema USA<sup>214</sup>, sia in quella della Corte

---

<sup>212</sup> Ne parla R. CHERCHI, *Op. cit.*, p. 6. e *ivi* si rinvia per la bibliografia.

<sup>213</sup> *Ibidem*.

<sup>214</sup> Il riferimento è alla dottrina del *plenary power*, fatta propria dalla Corte Suprema che in sostanza (e in estrema sintesi) affermava l'esistenza del potere insindacabile del Congresso in talune materie, tra cui è rientrata quella dell'immigrazione nel *leading case Chae Chang vs. United States* (130 U. S. 581, 1889). Vi è da dire che il modo in cui tale dottrina è stata applicata dalla Corte ha subito diversi cambiamenti dall'epoca liberale, a partire dagli anni '70 del secolo scorso essa infatti ha iniziato ad applicare la *equal protection clause* contro le discriminazioni attuate dalla legislazione statale nei confronti degli stranieri a cui è concessa la residenza permanente, almeno per il diritto al lavoro e le prestazioni sociali. Accanto alla dottrina dei pieni poteri del Congresso ve ne è un'altra che ostacola l'esercizio del potere giurisdizionale, quella delle *political question* riferibile a “che cosa” possa costituire oggetto delle decisioni delle Corti federali. Si veda sul tema S.F. REGASTO, *Gli Stati Uniti e il problema dell'immigrazione nella giurisprudenza della Corte Suprema (contributo destinato agli Studi in onore di Aldo Loiodice)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 29 novembre 2011, che scrive: «La riluttanza ad applicare le usuali garanzie costituzionali nel settore dell'immigrazione deriva dalle presunte connessioni della materia con i temi della politica estera e della sicurezza nazionale, discipline nelle quali la Corte ha solitamente ritenuto di non avere sufficienti elementi di ‘sovranità’ e legittimazione. (...) Quindi, la deferenza (o quasi sottomissione) del giudiziario nei confronti del legislatore è fondata sulla prudenza che i giudici ritengono di dover osservare nella decisione di controversie in grado di influenzare le politiche federali, in particolare in materia di sicurezza».

Costituzionale<sup>215</sup> italiana. Lo schema del “contratto” è inoltre presente anche nelle disposizioni di legge ordinaria che regolano l’ingresso e l’allontanamento dello straniero: «la regolazione dei presupposti dell’ingresso e dell’allontanamento sia rimessa alla discrezionalità del legislatore, nel rispetto delle norme e dei trattati internazionali, lasciando spazio a una dimensione contrattuale in cui, unilateralmente, sono determinate le condizioni dell’ingresso e i presupposti dell’allontanamento»<sup>216</sup>. In altre parole, le condizioni si sostanziano in specifici “impegni” che lo straniero assume e dalla cui inosservanza derivano specifiche “sanzioni”, per violazione delle regole contrattuali.

In generale, l’approccio contrattualista implica una lettura negativa dei diritti costituzionali, riconosciuti o per mezzo dei trattati internazionali o in via legislativa. Entrambe le teorie sopra riferite disconoscono in effetti la possibilità di estendere il principio di eguaglianza allo straniero e a partire da un diverso iter logico argomentativo è data una lettura dei diritti fondamentali rispettivamente in senso riduttivo o in senso negativo.

In entrambi i casi talune questioni prioritarie rimangono peraltro irrisolte.

La tesi che afferma l’equiparazione tra cittadini e non cittadini derivandola da disposizioni costituzionali riferite a “tutti” non riesce a dare un’indicazione su quali siano i criteri ed i limiti entro i quali al legislatore è consentito introdurre disparità di trattamento tra i due tipi di soggetti, rispetto a situazioni riservate testualmente al cittadino (es. la libertà di circolazione e soggiorno, la libertà di riunione e associazione, e così via).

---

<sup>215</sup> R. CHERCHI, *Op. cit.*, p. 10, rinviene questo approccio nell’argomento fatto proprio dalla Corte con la sentenza n. 148/2008, in materia di automatismo espulsivo, specificando che esso «altro non è che un riflesso del principio di stretta legalità che permea l’intera disciplina dell’immigrazione e che costituisce, anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell’autorità amministrativa». La lettura garantista è tipica dello schema contrattuale, che è presidio del rispetto di quelle regole che sia lo Stato sia lo straniero sono tenuti ad osservare.

<sup>216</sup> *Ivi*, p. 7. Più precisamente lo studioso rinviene lo schema contrattuale nella legge 189/2002 (c.d. legge Bossi-Fini), nel decreto legge 92/2008, convertito nella legge 125/2008, e nella legge 94/2009. In particolare con le modifiche apportate all’art. 4, c. 3 del d. lgs. 286/98 dalla c.d. Bossi-Fini (sull’ingresso nel territorio dello Stato), i limiti all’ingresso costituiti dalla minaccia all’ordine pubblico e alla sicurezza, la valutazione rimessa alla discrezionalità dell’Amministrazione è stata sostituita dalla previsione di elementi di automatismo, legittimanti il rifiuto all’ingresso. L’A. ritiene che siffatto approccio sia stato maggiormente utilizzato nel corso della XIV e della XVI legislatura nella regolazione dei diritti dello straniero irregolarmente soggiornante. È evidente che se i diritti dello straniero regolarmente soggiornante derivano dalla legge, lo straniero irregolare che non ha stipulato nessun contratto con lo stato, potrebbe addirittura essere privo di ogni diritto costituzionale (anche se l’A. avverte nessuna legislatura ha portato alle sue estreme conseguenze questo approccio). Su tutte si veda l’art. 116 c.c. modificato dall’art. 1, co. 15, l. 94/2009, con il quale si è negato il diritto fondamentale al matrimonio per il cittadino straniero irregolare, subordinandone il diritto alla presentazione di un documento che ne attestasse la regolare presenza sul territorio. Si deve precisare che questa parte della norma è stata poi dichiarata illegittima con sentenza n. 245/2011 dalla Corte Costituzionale.

La tesi che invece sostiene che l'art. 10, c. 2 conterrebbe una disciplina esaustiva della condizione giuridica dello straniero rischia di stravolgere il significato di quelle disposizioni della Costituzione che non contengono un riferimento al "cittadino" e dunque sono tali da poter esser applicate direttamente senza la mediazione del legislatore. Si deve infine obiettare che rimettere la garanzia dei diritti e delle libertà dei non cittadini unicamente al diritto internazionale rischia di fornire uno *standard* insufficiente. L'ampiezza di tutela accordata dalle norme pattizie deve accompagnarsi a (e tradursi in) tecniche di tutela che ne garantiscano l'effettività<sup>217</sup>.

### 3.1 (segue) Il "metaprinzipio" della massimizzazione della tutela

L'apertura dello spirito della Costituzione alle altre Carte dei diritti (segnatamente alla CEDU) e alla relativa giurisprudenza si riflette anche sull'annosa questione della *sedes materiae* dei diritti dei non cittadini. A riflettere sull'indicazione di carattere generale proveniente dall'art. 10, co. 2 Cost. con gli orientamenti giurisprudenziali più recenti è una dottrina che, rifuggendo da *letture* per così dire *letteralistiche* della Carta, individua nel principio di solidarietà il «ponte che unisce il diritto costituzionale vigente al diritto vivente»<sup>218</sup> e nel canone fondamentale della tutela più intensa la *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali, che porta alla soggezione delle norme di diritto interno a quelle internazionali riguardanti il non cittadino, fondamento dei diritti (e dei doveri) fondamentali.

L'autorevole studioso, partendo dalla considerazione che la fissità testuale delle disposizioni della Costituzione non si tramuta nella pretesa di una forza normativa sempre uguale a sé stessa, ne evidenzia all'opposto il carattere fortemente dinamico che determina nuovi significati dello stesso enunciato a seconda del contesto storico in cui si cala. A ciò si aggiunga che il carattere "totale" e cioè esauriente un tempo ascrivibile alla Carta, nell'esperienza dello Stato nazionale, è mutato per effetto

---

<sup>217</sup> Per un maggiore approfondimento dei limiti della tesi che rinviene nell'art. 10, c. 2 Cost. la *sedes materiae* dei diritti e delle libertà del non cittadino si rinvia a M. CUNIBERTI, *Op. cit.*, pp. 153 ss. Si veda inoltre sul tema E. CAVASINO, *Refolement verso rischio di tortura e rischi per la sicurezza nazionale. Riflessioni sulle forme di un difficile bilanciamento*, in *Quaderni Costituzionali*, 2009, la quale ritiene che questo modello ricostruttivo si avvicini molto al positivismo di matrice liberale, che potrebbe essere fortemente arricchito valorizzando anche le trasformazioni nel frattempo avvenute nel diritto costituzionale positivo agli artt. 111 e 117, co. 1. La riforma delle due norme è stata accompagnata dalla precisa volontà di avvicinare il livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nell'ordinamento costituzionale a quelli previsti da trattati internazionali multilaterali in materia di diritti dell'uomo. Avvicinamento che inevitabilmente influenza il rapporto tra potere e diritto. «Di conseguenza, la forma con la quale le istanze decisionali democratiche possono decidere sulla struttura delle libertà (a livello costituzionale) e sulle modalità di esercizio dei diritti fondamentali (a livello legislativo) potrebbe avere subito una variazione» (ivi, p. 15).

<sup>218</sup> A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2019, p. 13. ID., *I diritti dei non cittadini. Tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro, *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*. Atti del Convegno internazionale degli studi di Reggio Calabria, 26-27 marzo 2015, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 25-56 (spec. p. 33).

dell'apertura e dei vincoli discendenti dall'Unione Europea e dall'ordinamento internazionale.

All'odierno carattere "parziale" (e cioè aperto) della Carta corrisponde l'apertura alle altre Carte dei diritti di natura sovranazionale e internazionale, il cui compito non è quello di degradare la forza normativa di una Costituzione nazionale, ma di trovare nella spesso solo apparente rottura la riaffermazione ed espansione della coppia assiologica libertà-eguaglianza<sup>219</sup>. Allo stesso tempo, questa parzialità implica l'«impossibilità di considerare i singoli enunciati relativi ai diritti come in sé stessi conclusi ed autosufficienti, laddove essi piuttosto si compongono in unità significante unicamente appunto nel loro fare, tutti assieme e necessariamente, "sistema"»<sup>220</sup>. Gli attuali sistemi normativi sono tra loro interdipendenti e si integrano vicendevolmente, il che si traduce in un ordine "intercostituzionale"<sup>221</sup>, che vuol dire che la stessa Costituzione racchiude in sé i principi di apertura alle altre Carte, che così possono concorrere alla salvaguardia dei valori libertà ed eguaglianza (e dignità) «nel loro fare "sistema" coi valori restanti»<sup>222</sup>.

Ricorda l'Autore come nella risalente, ma non inattuale, decisione n. 388 del 1999 la Corte Costituzionale evidenziò che nella Costituzione e nelle altre Carte internazionali a tutela dei diritti umani «di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione».

Discorso tanto più vero per il non cittadino, considerato che solo con la riforma del titolo V della Costituzione nel 2001 è stato sancito all'art. 117, co. 1 il limite del rispetto degli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario e internazionale anche per tutte le leggi statuali e regionali. Fino al 2001 *expressis verbis* l'apertura costituzionale ai trattati internazionali era contenuta nell'art. 10, c. 2, o con riferimento meno espliciti all'ambito di rapporti internazionali, di cui all'art. 7, riguardante i Patti lateranensi e i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica; o all'art. 11<sup>223</sup>. Apertura peraltro non incondizionata, come si ricava dagli approdi della Corte Costituzionale, con la sent. 238 del 2014 e la ord. 30/2015, che subordina l'applicabilità della norma di diritto internazionale consuetudinaria al rispetto della Costituzione e dei suoi principi fondamentali. Nella celebre sentenza appena citata il giudice delle leggi chiarisce, infatti, che: «Una simile verifica si rivela, peraltro,

---

<sup>219</sup> *Ibidem*. Di fronte ad ipotesi di tutele più avanzate provenienti dall'"esterno", la finalità di pensare la Costituzione come parte di uno *scambio* con le altre Carte è quello di poter realizzare al meglio di sé i valori suddetti.

<sup>220</sup> ID., *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, *Intervento conclusivo del II Seminario annuale di diritticomparati su Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, Macerata 11 dicembre 2015, pubblicato sulla rivista *Diritti Comparati*, 15 dicembre 2015.

<sup>221</sup> Concetto di cui l'Autore ha iniziato a parlare in *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2001, pp. 544 ss., e in, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013.

<sup>222</sup> ID., *Salvaguardia dei diritti fondamentali*, cit., p. 11.

<sup>223</sup> G. PALMISANO, *Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chiarite e questioni aperte a dieci anni alle sentenze "gemelle"*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1/2018, pp. 2-3.

indispensabile alla luce dell'art. 10, primo comma, Cost., il quale impone a questa Corte di accertare se la norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, come interpretata nell'ordinamento internazionale, possa entrare nell'ordinamento costituzionale, in quanto non contrastante con principi fondamentali e diritti inviolabili. Il verificarsi di tale ultima ipotesi, infatti, "esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale" (sentenza n. 311 del 2009), con la conseguenza inevitabile che la norma internazionale, per la parte confliggente con i principi ed i diritti inviolabili, non entra nell'ordinamento italiano e non può essere quindi applicata» (*considerato in diritto* 3.4).

L'adozione di questo schema teorico fa intravedere all'Autore qui in esame, specificamente in riferimento alla posizione del non cittadino, nell'art. 10, co. 2 il collegamento tra Costituzione e altre Carte, che consente la deroga all'una o alle altre in ragione del canone della tutela più intensa. Ritornando dunque al rapporto tra art. 2 e art. 3<sup>224</sup>, la posizione qui discussa (e accolta) specifica in che misura il criterio della massimizzazione della tutela sia di supporto alla *vexata quaestio* sulla misura e il fondamento del differente trattamento tra cittadini e non cittadini. Più precisamente, partendo dalla critica svolta a quella parte della dottrina, secondo cui i diritti sono "a somma zero", sicché l'ampliamento di una parte di essi o della platea dei beneficiari comporterebbe riflessi negativi sulla tutela effettiva degli altri diritti, si ricava dalla Costituzione un'indicazione di metodo che invece la teoria contrapposta<sup>225</sup>, pur nella sua serietà, trascura. La direttiva metodica ricavabile dal testo costituzionale non può che essere quella di un modello inclusivo, in adesione a un'idea di Costituzione intesa non come *atto*, ma come processo *in fieri*<sup>226</sup>, che tende quindi ad espandersi e a riconoscere anche al non cittadino diritti fondamentali riservati fino ad oggi ai soli cittadini.

L'indicazione è tratta dal cuore pulsante della Costituzione il principio personalista, cui contribuisce a dare effettività e, come detto in apertura, dal valore della solidarietà che fa tutt'uno con quello di dignità.

---

<sup>224</sup> A. RUGGERI, *I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza*, in AA. VV. (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Atti dei convegni Siracusa 4 maggio 2017 – Torino 27 ottobre 2017*, Università di Torino, 2019, pp. 10- 29, l'A. ricorda che la definizione "coppia assiologica fondamentale" evidenzia come tutti gli altri principi costituzionali si fanno mutuo rimando e si sorreggono l'un l'altro, al fine di dare alla coppia in discorso il modo di potersi affermare al meglio di sé.

<sup>225</sup> Il riferimento è a R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, fasc. 1/2015, p. 12, sul tema del perseguimento più elevato di tutela dei diritti nasconde una complessità potenzialmente conflittuale e a proposito scrive: «Temo però che si tratti di una pietosa menzogna. I diritti tendono ad essere "a somma zero", nel senso che l'aumento di tutela assicurato ad uno comporta una diminuzione di tutela per un altro. Lo riscontriamo nelle piccole come nelle grandi cose: il concetto stesso di "bilanciamento" esprime questo aspetto della gestione quotidiana dei diritti in cui si adoperano i giudici di tutto il mondo».

<sup>226</sup> *Ivi*, p. 23.

Ovviamente quest'apertura non è indiscriminata, ma direttamente proporzionale al legame che il migrante costruisce col territorio<sup>227</sup> e che, secondo l'Autore, fonda la differenza tra *immigrato* e *migrante*, ossia rispettivamente tra colui che si stabilisce sul territorio e chi che vi si trova solo di passaggio. Ricavando dalla formula dell'art. 36 le indicazioni utili a definire la tutela ottimale dei diritti fondamentali, in combinato disposto agli artt. 2 e 3, si può concludere che «alla luce delle considerazioni svolte e avuto specifico riferimento alle aperture fatte dalla Carta costituzionale tanto nei riguardi dell'esperienza sottostante quanto verso altre Carte nelle quali pure si dà il riconoscimento dei diritti fondamentali, può dunque tenersi fermo il risultato sopra raggiunto, secondo cui anche agli immigrati ed ai migranti dev'essere assicurata ogni tutela necessaria a salvaguardare la loro esistenza "libera e dignitosa"»<sup>228</sup>.

A discostarsi dall'idea della Costituzione come modello è talvolta la stessa giurisprudenza costituzionali, oscillante tra il polo dell'accoglienza e quello della chiusura. Paradigmatico a tal proposito è l'indirizzo del "nucleo duro dei diritti", di cui la Consulta si è fatta portatrice con le sentenze n. 252/2001 e 61/2011 in materia di diritto alla salute del cittadino straniero irregolare. La Corte costituzionale, nella sentenza 252/2001, individua appunto un "nucleo irriducibile", oltre il quale non è possibile spingersi nella compressione del diritto alla salute del non cittadino. Critica è la posizione<sup>229</sup> di questo studioso verso la tesi accreditata in dottrina e in giurisprudenza che distingue diritti riconosciuti a tutti e diritti riconosciuti ai non-cittadini solo nel loro "nucleo duro": non esiste in realtà un nucleo duro e una parte esterna al nucleo, duttile e flessibile dei diritti fondamentali. Questa distinzione teorica si presta a discriminazioni proprio a danno dei non cittadini ed entrerebbe in contraddizione con la stessa nozione di "fondamentale". È in *re ipsa* che un diritto fondamentale non possa subire un dimezzamento, se non a patto di perdere il suo connotato di "fondamentalità". Il diverso regime di godimento dei diritti fondamentali, che si verifica a valle dell'operazione di bilanciamento con gli altri diritti, non è riconducibile allo *status civitatis*, bensì al differente legame col territorio tra immigrati ivi presenti più stabilmente e migranti che presentano un legame temporaneo con esso, confermandosi perciò anche in questa ricostruzione dommatica il paradigma territoriale.

\*\*\*

---

<sup>227</sup> *Ivi*, «È, poi, chiaro che, a seconda del modo di essere del legame tra persona e territorio, possono determinarsi conseguenze dell'una o dell'altra natura e dalla varia intensità in ordine al godimento dei diritti fondamentali» (p. 19).

<sup>228</sup> *Ivi*, p. 25.

<sup>229</sup> Espressa tra gli altri scritti anche in *Cittadini, immigrati e migranti*, cit. Sulla controversa nozione di "nucleo duro" v. A. RANDAZZO, *La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale "dimezzato"?*, in *Consulta Online*, 2012, p. 21, che scrive: «d'orientamento della Corte potrebbe intendersi, per un verso, di favor per i non-cittadini (in particolare se irregolari), e, per un altro, di svantaggio per gli stessi. In altre parole, come e quando si può ritenere che ad essere intaccato sia proprio il "nucleo duro" di cui parla la Corte e quando invece si possa legittimamente credere che così non sia?»

Dopo aver studiato i contributi emersi dalla dottrina più risalente fino a quella più recente, occorre precisare la posizione di chi scrive. Ebbene, va condivisa l'idea di chi ha ricondotto all'art. 2 i diritti e i doveri costituzionali del non cittadino, cui spettano "i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", correlativamente richiedendogli "l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale", nei termini precisati di seguito.

Tale lettura è avvalorata dall'idea che dal paradigma della dignità umana, cui si ispira il progetto del neocostituzionalismo, matrice da cui deriva appunto il riconoscimento dei diritti inviolabili di ogni persona in quanto essere umano. L'impostazione è altresì coerente con il progetto emancipante delle Costituzioni del dopoguerra e – come compiutamente argomentato da molti – con l'idea di una Carta che non intendeva definire una volta per tutte diritti e doveri pubblicistici come un elenco chiuso.

Non convince la tesi di chi rinviene il fondamento della condizione giuridica del non cittadino solamente nella previsione di cui all'art. 10, co. 2, in aderenza al dettato normativo. Tale opinione rischia anzitutto di essere parziale, perché propone una lettura isolata le altre disposizioni altri articoli della Costituzione che non si riferiscono *expressis verbis* al cittadino. Inoltre essa non considera il diritto vivente e l'orientamento della Consulta sul superamento di una interpretazione meramente letterale delle disposizioni costituzionali, come ad esempio è accaduto per il principio di eguaglianza (cfr. par. 3.2) e per i doveri costituzionali (cfr. par. 4). Infine si finirebbe – seguendola – per sostenere che la posizione del non cittadino sia frammentata e frazionata rispetto a quella del cittadino, poiché per gli stranieri sarebbe la legge (seppure con le garanzie della riserva rinforzata) il fondamento del loro statuto, mentre per i cittadini esso sarebbe da rinvenire nella Costituzione.

Vero è che non è possibile, allo stato attuale, ritenere superato il paradigma della cittadinanza, inteso come *status* esclusivo (dei cittadini) ed escludente (i non cittadini) in rapporto alla sovranità statale. Al contempo, bisogna però anche osservare che i fenomeni migratori e i processi storici stanno smussando i contorni della originaria netta «contrapposizione (...) tra "modello di Westfalia" e "modello delle Nazioni Unite"»<sup>230</sup>.

Da un lato si assiste infatti all'erosione della concezione secondo la quale i diritti di cittadinanza promanano esclusivamente dallo Stato, per effetto di due processi, ossia quello dell'integrazione europea e dell'affermazione della cittadinanza sovranazionale<sup>231</sup>, nonché l'altro della disarticolazione interna, attraverso l'estensione dei diritti di cittadinanza nel sistema delle autonomie locali:

---

<sup>230</sup> S. STAIANO, *Migrazioni e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo*, in *federalismi.it*, n. 21/2008, p. 21, ma è bene precisare che l'A. non ritiene si possa sostenere che "giuridicamente" sia possibile rinvenire un nuovo paradigma di cittadinanza.

<sup>231</sup> *Ivi*, p. 9. Vero è che la cittadinanza europea deriva da quella nazionale, ma a mutare è l'essenza stessa della cittadinanza: «non più *status* attribuito dal potere sovrano, pressoché indifferente alla forma di Stato (...), ma posizione consistente in una somma di rapporti giuridici. Il discorso sulla cittadinanza, fuori del contesto degli Stati nazionali, cessa di essere discorso sulla soggezione alla sovranità e diviene discorso sui diritti».

paradigmatica in tal senso è l'estensione a non cittadini "regolari" – seppur problematica (cfr. par. 4.1) – del diritto di voto regionale e locale. Non da ultimo occorre considerare infine il crescente ruolo delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo nella garanzia dei diritti umani.

In questo contesto non può invero trascurarsi l'affermazione del paradigma della "cittadinanza-costituzionale"<sup>232</sup>, ossia l'estensione della titolarità delle disposizioni costituzionali a tutti coloro che partecipano alla convivenza sul territorio nella misura massima possibile. A ben vedere nel testo costituzionale non vi è la regolamentazione dei requisiti per il suo riconoscimento poiché «più a monte, vi è infatti, nell'istituto della cittadinanza un rinvio "esplicito" al divenire della società che impone un vaglio periodico dei suoi contenuti»<sup>233</sup>. Questo processo è ben delineato da quella giurisprudenza sui doveri costituzionali che nel tempo ha riconosciuto il superamento della nozione di cittadinanza in senso stretto, con la prevalenza del legame tra individuo e comunità. Come si vedrà nel par. 4, il discorso sui doveri del non cittadino evidenzia più compiutamente l'idea di una comunità formata da individui a cui sono garantiti i diritti e che restituiscono doveri, al di là della nozione formale di cittadinanza.

In conclusione affermare che la condizione giuridica del non cittadino sia rimessa totalmente al disegno del legislatore (ai sensi dell'art. 10, co. 2), che potrebbe prevedere tanto la massima espansione di tali diritti quanto al contrario un contenuto minimo, farebbe riemergere quel paradigma della prevalenza della legge superato dalla storia e in particolare dall'affermazione della prevalenza della Costituzione.

### 3.2 Il contributo della giurisprudenza costituzionale

Lo studio dei diritti fondamentali dello straniero sarebbe monco se non tenesse adeguatamente in considerazione il riferimento essenziale che ha costituito per questa materia il formante della giurisprudenza costituzionale<sup>234</sup>, la quale nelle sue pronunce in materia di libertà, diritti sociali, diritti fondamentali e doveri inderogabili

---

<sup>232</sup> L. RONCHETTI, *La Costituzione come spazio della cittadinanza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 2/2015, pp. 441 ss. Secondo l'A. tale nozione non richiede di superare la concezione tecnico-giuridica di cittadinanza, ma di attribuirle un significato costituzionalmente riqualificato: «cittadino è chi si trovi a partecipare alla vita consociata sul territorio, perché è la persona, individualmente e collettivamente, lo scopo ultimo dell'ordinamento costituzionale dal momento che ne è anche la ragione fondativa» (*ivi*, p. 442).

<sup>233</sup> A. APOSTOLI, *La cittadinanza nella sfida della globalizzazione*, in A. Calore, F. Mazzetti (a cura di), *I confini mobili della cittadinanza*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 109.

<sup>234</sup> La letteratura sul punto è molto ampia; si rinvia qui ai lavori più recenti sul tema e quindi, *ex plurimis*, a L. MONTANARI, *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri*, in *federalismi.it*, n. 2/2019, pp. 63 ss.; M. CARTABIA, *Gli «immigrati» nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in *Quattro lezioni sugli stranieri*, cit., pp. 3-34; C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *federalismi.it, focus human rights*, n. 3/2014; EAD., *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio o tra Stato, Regioni e Corte costituzionale*, in *Dir. Imm. e Citt.*, fasc. 2/2012, pp. 43 ss.

ha contribuito a delineare lo statuto del non cittadino. Anch'essa tuttavia recepisce il doppio binario cittadinanza/territorialità, anche se il primo non viene mai adottato nella sua versione più radicale.

Rispetto alla questione che in questa sede s'intende approfondire, la sentenza n. 104/1969 costituisce una pietra angolare, nella quale la Corte enuncia la sua linea interpretativa, che rimarrà pressoché immutata nel corso del tempo.

Si tratta del fondamento dei diritti fondamentali, che si ritrova in questo caso nel collegamento tra artt. 3, 2 e 10, co. 2, col che la Corte sembra adottare una soluzione intermedia rispetto al dibattito che era emerso tra gli studiosi.

Più precisamente, utilizzando l'argomento della coerenza orizzontale<sup>235</sup>, essa ammette che l'art. 3 — pur riferendosi testualmente ai soli cittadini — possa estendersi anche ai non cittadini (sent. 120/1967), alla luce dell'eguaglianza fra cittadino e straniero nella tutela dei diritti inviolabili dell'uomo<sup>236</sup> e nei diritti allo straniero riconosciuti dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

La parificazione dello straniero al cittadino è ribadita dalla Corte (sent. 104/1969) limitatamente ai diritti inviolabili della personalità, ammettendo dunque per gli altri diritti di libertà riconosciuti al cittadino, una fisiologica diseguaglianza. Frustrato è dunque l'interesse di chi volesse cercare nelle parole della Corte una chiara e dirimente presa di posizione, che contribuisca a chiarire definitivamente la questione circa l'eguaglianza (o meglio la diseguaglianza) di quei diritti (e dei doveri, come si vedrà di qui a breve) che la Costituzione non riferisce a tutti.

Allo stesso tempo, dalla linea interpretativa della Corte possono ricavarsi comunque certezze: la riferibilità del principio di uguaglianza agli stranieri; la delimitazione del raggio d'azione del suddetto principio ai soli diritti fondamentali che non siano diretti allo *status activae civitatis*<sup>237</sup>.

La riconosciuta eguaglianza nel campo della titolarità dei diritti di libertà non esclude affatto che esistano delle *differenze di fatto* tra cittadini e non cittadino che possano indurre il legislatore ad apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, un differente trattamento nel godimento dei diritti. La Corte reintroduce così il paradigma della cittadinanza<sup>238</sup>, trovandone il suo presupposto nel diritto di incolato non riconosciuto allo straniero. Ne ammette dunque l'applicabilità in riferimento ai diritti fondamentali, producendo non poche criticità: anzitutto l'introduzione di una distinzione non presente nella Carta Costituzionale, ossia la graduazione di rango e valore tra ciò che è fondamentale e ciò che non lo è. Assenza che si riflette

---

<sup>235</sup> M. LOSANA, *Op. cit.*, p. 7.

<sup>236</sup> M. CUNIBERTI, *Op. cit.*, p. 160 riprendendo M. LUCIANI, *Op. cit.*, p. 224, evidenzia l'approssimazione con cui la Corte usa indifferentemente concetti quali "diritti inviolabili", "diritti dell'uomo", "diritti di libertà", "diritti della personalità".

<sup>237</sup> M. LUCIANI, *Op. cit.*, p. 225: l'esclusione dei non cittadini dai diritti politici è riferita al godimento degli stessi in quanto diritti fondamentali. Questo non esclude che la categoria dei diritti politici possa esser ampliata anche allo straniero, si esclude solamente il carattere della fundamentalità.

<sup>238</sup> M. SAVINO, *Op. ult. cit.*, p. 48, così i diritti fondamentali vengono riattratti verso il polo della cittadinanza, pur essendo diritti della persona.

sull'incertezza cui vengono esposti i non cittadini rispetto a quali diritti possono esser effettivamente goduti in parità di condizioni al cittadino<sup>239</sup>.

Ne deriva che la valutazione circa l'uguaglianza si trasformi in una valutazione sulla razionalità delle scelte del legislatore, in cui le "differenze di fatto" di cui alla richiamata giurisprudenza sono esse stesse "differenze legislativamente derivate". Tra gli esempi richiamati dalla Corte vi sono infatti la libertà di soggiorno o l'allontanamento dal territorio, a ben vedere tuttavia si tratta di differenze non di fatto ma (im)poste dal legislatore. In altri termini, la Corte riconosce che quelle differenti situazioni di fatto siano da ascrivere ad una sorta di fisionomia *standard* dello straniero, nella valutazione che se ne dà nel nostro e negli altri ordinamenti democratici<sup>240</sup> e che il suo ruolo sarà quello di valutare quando la discrezionalità del legislatore ecceda irragionevolmente tale *standard*. Ciò significa che il giudizio della Corte si sofferma sulla ragionevolezza delle ulteriori differenze di trattamento, che si basano su precedenti differenti valutazioni precostituite<sup>241</sup>. La Corte dovrebbe dunque fronteggiare il rischio di «cadere in un gioco di specchi deformanti, dove il legislatore crea quelle stesse differenze, cui poi si appella per giustificare la legittimità costituzionale delle proprie successive scelte discrezionali»<sup>242</sup>.

Volendo dunque trarre le fila del discorso, si condividono i risultati cui è giunta la dottrina più volte richiamata: ossia che, quando non sia la Costituzione a richiamare la cittadinanza quale discrimine nel godimento di un diritto, questo stesso criterio non può, uscito dalla porta, rientrare dalla finestra nello scrutinio sulla ragionevolezza; quando la cittadinanza sia invece prevista essa stessa come

---

<sup>239</sup> M. CUNIBERTI, *Op. cit.*, p. 162, aggiunge che fanno da sfondo a quest'incertezza problemi mai sopiti relativi all'interpretazione dell'art. 2, se canone di una fattispecie aperta o chiusa all'ingresso dei cc.dd. "nuovi diritti" difficilmente riconducibili a precise disposizioni costituzionali.

<sup>240</sup> M. LUCIANI, *Op. cit.*, p. 221, che prosegue richiamando la dottrina dello *standard minimo*, avanzata da A. Verdross, *Les Règles internationales concernant le traitement des étrangers*, in *RCADI*, 1931, II, pp. 327 ss., che si riferisce a quelle norme che devono essere riconosciute a tutti gli stranieri in qualsiasi ordinamento. Il riconoscimento si fonda dunque sull'ordinamento internazionale e ricomprende diritti appartenenti a cinque gruppi: la personalità e la capacità giuridica; i diritti privati validamente acquisiti dallo straniero; una sfera di libertà necessaria per una vita degna della persona umana; il diritto di difesa; il diritto alla protezione contro gli atti lesivi.

<sup>241</sup> M. CUNIBERTI, *Op. cit.*, p. 176 che richiama le valutazioni già operate sul tema da M. LUCIANI, *Op. cit.*, p. 219. Queste saranno poi sviluppate anche dalla dottrina successiva, si vedano F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti fondamentali degli stranieri tra discrezionalità del legislatore e sindacato costituzionale*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 99; M. LOSANA; M. SAVINO, *Op. cit.*, p. 48, evidenzia come le "differenze di fatto" siano riconducibili alla premessa statalista della concezione di quei diritti di ingresso ed incolato che nel territorio statale dipendono dallo *status civitatis*.

<sup>242</sup> A. PUGIOTTO, "Purchè se ne vadano". *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in Aa. Vv., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Relazione al convegno nazionale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti*, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, Jovene, p. 389

situazione di fatto legittimante la disparità di trattamento, allora occorre usare molta prudenza, considerando che essa non è una situazione di fatto, ma una nozione di natura politica, sicché le «va dato spazio solo in quanto tale valutazione si presenti come realmente idonea ad esprimere la “situazione reale” del soggetto»<sup>243</sup>.

Nella giurisprudenza successiva la Corte non sconfesserà mai il criterio di eguaglianza, come enunciato nella sent. 120/67, tuttavia sul versante dei diritti fondamentali pesa la scure di quell'esclusività del diritto di incolato del cittadino che ammette trattamenti differenziati col non cittadino anche in riferimento ai diritti fondamentali.

Proprio in materia di ingresso e soggiorno la Corte fa ampio uso del paradigma della cittadinanza, a partire dalla premessa che quegli stessi diritti sono riconosciuti solo al cittadino, ai sensi dell'art. 16 Cost. e all'asilante ai sensi dell'art. 10, co. 3 Cost., mentre lo straniero è privo del legame ontologico con lo Stato, ragione per cui il legislatore ha ampia discrezionalità sulla materia: «(...) la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione. E tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli».

In questa giurisprudenza vivono entrambi i paradigmi: per i diritti inviolabili quello della territorialità, che trova una graduale affermazione in presenza delle *differenze di fatto*, diversamente per diritti non fondamentali (o violabili) trova applicazione il paradigma della cittadinanza.

Una significativa estensione del principio di eguaglianza è realizzata in materia di diritti sociali, ove più che altrove il paradigma della cittadinanza mute le sembianze

---

<sup>243</sup> M. CUNIBERTI, *Op. cit.*, p. 180, individua da un lato le differenze di ordine negativo, ossia l'assenza di un legame (collegamento, attacco, e così via) di ordine economico, familiare, sociale o politico col territorio; dall'altro lato differenze di ordine positivo possono discendere dai diritti e gli obblighi che lo straniero ha nei confronti del suo paese di origine. Le prime costituiscono meri fatti, le seconde dati giuridici.

in quello c.d. “residenza protratta”<sup>244</sup>. *Leading case*<sup>245</sup> è la sent. 432/2005<sup>246</sup>, avente ad oggetto la previsione dell’art. 8, co. 2, della l. reg. Lombardia n. 1/2002 (*Interventi per lo sviluppo del trasporto pubblico regionale e locale*), come modificata dall’art. 5, co. 7, della legge n. 25/2003 (*Interventi in materia di trasporto pubblico locale e di viabilità*), nella parte in cui non includeva i cittadini stranieri residenti nella regione Lombardia fra gli aventi il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili. La prestazione *de qua*, pur non figurando come una prestazione essenziale o minimale riconducibile alla sola tutela del diritto alla salute, si collega ad «una logica di solidarietà sociale, nella ragionevole presupposizione delle condizioni di difficoltà in cui versano i residenti che, per essere totalmente invalidi, vedono grandemente compromessa, se non totalmente eliminata, la propria capacità di guadagno». La Corte pur richiamando il suo precedente orientamento sul principio di uguaglianza, legato all’inviolabilità dei diritti, finisce per superarlo. Se così non fosse stato ne sarebbe dovuta derivare una pronuncia di rigetto e invece la Corte espande il suo precedente *dictum*, chiarendo che — pur quando la ragionevolezza non involge diritti inviolabili — le scelte del legislatore devono essere comunque rispettose del principio in parola. Il fatto che il legislatore abbia introdotto una prestazione eccedente l’essenziale scrive la Corte: «non esclude affatto che le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari — necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie — debbano essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza; al legislatore (statale o regionale che sia) è consentito, infatti, introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una “causa” normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria».

È interessante notare come sia la stessa categoria di “ragionevolezza” ad essere stata espansa. La Corte non si limita infatti a chiarire che essa riguarda anche diritti non fondamentali, ma che non è sufficiente il richiamo di una causa giustificatrice condivisibile (nel caso di specie il contenimento della spesa pubblica), che deve condurre ad una discriminazione coerente con la finalità della norma. Mentre la

---

<sup>244</sup> In tal senso L. RONCHETTI, *La cittadinanza sostanziale tra Costituzione e residenza: immigrati nelle regioni*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2012, che parla di uso distorto della residenza che rappresenta il tentativo distorto di costruire “cittadinanze regionali”.

<sup>245</sup> La reinterpretazione dell’art. 3 è in parte anticipata dalla sentenza 78 del 2005 con cui la Corte interviene sulla (il)legittimità costituzionale di due disposizioni — l’art. 33, co. 7, lettera c), della legge n. 189/2020 e l’art. 1, comma 8, lett. c), del decreto-legge n. 195/2002 — le quali vietavano la regolarizzazione della posizione lavorativa degli stranieri extracomunitari che fossero stati denunciati per uno dei reati di cui agli articoli 380 e 381 cod. proc. pen. La Corte evidenziava che la denuncia è un atto che nulla prova riguardo alla colpevolezza o alla pericolosità del soggetto presunto autore dei reati denunciati, pertanto ricollegarvi il rigetto dell’istanza di regolarizzazione e l’emissione dell’ordinanza di espulsione introduce un automatismo nell’ordinamento, insofferente in quanto tale al principio di ragionevolezza.

<sup>246</sup> Per un commento alla sentenza si rinvia a M. CUNIBERTI, *L’illegittimità costituzionale dell’esclusione dello straniero alle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2/2006, pp. 510-529.

residenza potrebbe essere un criterio non irragionevole per l'attribuzione del beneficio, la cittadinanza si presenta come condizione ulteriore, ultronea ed incoerente, agli effetti di un ipotetico regime differenziato.

È utile precisare che nel frattempo, sul piano normativo, con il TUI era stato introdotto all'art. 41 il principio di uguaglianza tra cittadino e non cittadino, ai fini dell'accesso al sistema di sicurezza sociale, legato alla duratura presenza e stabile legame con lo Stato. La stabilità si presume in base alla titolarità della carta di soggiorno o di un permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno. Su spinta delle direttive (2000/43/CE; 2011/98/UE) e regolamenti europei (reg. CE 883/2004) è entrata a far parte dell'ordinamento anche una disciplina antidiscriminatoria più puntuale e specifica per i non cittadini.

Il paradigma della cittadinanza viene "dosato"<sup>247</sup> con le due variabili della regolarità e della durata del soggiorno.

La Consulta ha mostrato un orientamento oscillante e non poche incertezze in materia di eguaglianza e filtri per l'accesso alle prestazioni sociali: da un lato, i giudici costituzionali hanno sviluppato percorsi argomentativi più raffinati rispetto a quello della sentenza n. 432, ma dall'altro ne sono emersi anche alcuni più restrittivi, non trascurabili. Più precisamente la Corte costituzionale non ha espunto il filtro della residenza protratta in maniera definitiva dalle decisioni, nel senso della sua irragionevolezza *tout court*. Il giudizio al riguardo muta in base alla natura della prestazione assistenziale<sup>248</sup>: vi sono quelle per le quali manca la correlazione<sup>249</sup> con i requisiti della residenza protratta o di altra natura e quelle per le quali è astrattamente ammissibile<sup>250</sup> ricorrere a requisiti di residenza protratta o ad «altri indici di

---

<sup>247</sup> M. SAVINO, *Op. cit.*, p. 60. L'A. nella complessa operazione compiuta dalla Corte - definita "cartesiana" - di bilanciamento tra territorio, controllo delle frontiere e legami socio-lavorativi, riconduce una nitida distinzione tra quattro categorie di prestazioni sociali: le prestazioni "personalissime" da riconoscere a tutti, si tratta di quelle prestazioni essenziali per le quali rileva il solo criterio della presenza sul territorio; le prestazioni "primarie" dirette a soddisfare i bisogni primari inerenti alla sfera di tutela della persona umana. Da garantire a tutti gli stranieri regolarmente presenti, a prescindere dalla durata del soggiorno; diritti di terza categoria, nei quali rientrano quelle prestazioni di welfare che consentono quasi un'equiparazione col cittadino, per cui è richiesto un radicamento territoriale duraturo e regolare (solitamente quinquennale); la quarta categoria che comprende le prestazioni non rientranti nei «livelli essenziali» (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.), sottoposti dalle leggi statali e regionali a requisiti più restrittivi, espressione di una ragionevole correlazione tra la condizione cui è subordinata l'attribuzione e *la ratio* del beneficio.

<sup>248</sup> Critica questa distinzione C. CORSI, *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, in *le Regioni*, fasc. 5-6/2018, p. 1185. Il riferimento è specialmente alla sent. 166/2018 ove la Consulta escluso la legittimità del filtro della residenza protratta, fa salva la possibilità che il legislatore individui altri indici di radicamento territoriale e sociale. L'A. ritiene che ulteriori requisiti al di fuori del permesso di soggiorno, idoneo ad indicare il carattere non transitorio della presenza dello straniero in Italia, e la residenza, per identificare il soggetto pubblico competente a erogare la prestazione, sono difficilmente esenti dal presentare profili discriminatori.

<sup>249</sup> Sentt. nn. 40/2011, 2, 133 e 172/2013; 107/2018.

<sup>250</sup> Sent. 32/2008, 222/2013, 141/2014; 168/2014; 106/2018.

radicamento territoriale e sociale». Paradigmatiche, e riepilogative di questa problematica distinzione sono le sentenze nn. 106 e 107 del 2018.

Nella prima la Corte dichiara l'incostituzionalità dell'art. 4, co. 1, l. reg. Liguria 13/2017, avente ad oggetto il requisito di residenza protratta decennale per gli stranieri ai fini dell'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica (ERP), perché ritenuto un limite arbitrario e irragionevole. È significativo il richiamo ad un'altra sua pronuncia (sent. 222/2013) sull'accesso a un bene di primaria importanza e a godimento tendenzialmente duraturo, come l'abitazione, che «per un verso, si colloca a conclusione del percorso di integrazione della persona presso la comunità locale e, per altro verso, può richiedere garanzie di stabilità, che, nell'ambito dell'assegnazione di alloggi pubblici in locazione, scongiurino avvicendamenti troppo ravvicinati tra conduttori, aggravando l'azione amministrativa e riducendone l'efficacia».

Nella seconda pronuncia, riguardante la l. reg. Veneto 6/2017 che introduceva come titolo di precedenza all'accesso all'asilo nido del minore figlio di entrambi genitori residente o lavoratori in Veneto da quindici anni, la Corte giunge a dichiararne la incostituzionalità seguendo una strada diversa. La configurazione della residenza protratta come titolo di precedenza per l'accesso agli asili nido si pone anzitutto in frontale contrasto con la loro vocazione sociale, di garantire pari opportunità alle famiglie più deboli. È rilevato inoltre un contrasto con la vocazione universale dei servizi sociali e l'inammissibilità dell'argomento contributivo, poiché la prestazione in oggetto è espressione «del dovere di solidarietà sociale e 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». Infine è stato rilevato che la disposizione costituiva un ostacolo all'esercizio del diritto di cui all'art. 120, c. I, Cost alla libera circolazione dei lavoratori.

Recentemente con la sent. 44/2020 si è tornati sulla residenza protratta (quinquennale) e ne ha dichiarato la distonia per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica, previsto dall'art. 22, co. 1, lett. b), l. reg. Lombardia n. 16/2016. L'esclusione di coloro che non soddisfano il requisito della previa residenza quinquennale nella regione determina cioè conseguenze incoerenti con la *ratio* del servizio, ossia il soddisfacimento del bisogno abitativo. Si tratta infatti – a parere della Consulta – di un requisito non rilevante nella specie, che «si risolve così semplicemente in una soglia rigida che porta a negare l'accesso all'ERP a prescindere da qualsiasi valutazione attinente alla situazione di bisogno o di disagio del richiedente (quali ad esempio condizioni economiche, presenza di disabili o di anziani nel nucleo familiare, numero dei figli). Ciò è incompatibile con il concetto stesso di servizio sociale, come servizio destinato prioritariamente ai soggetti economicamente deboli».

È prematuro sbilanciarsi sulla chiusura definitiva della problematica della residenza protratta in relazione ai diritti sociali, ma si può certamente concordare con chi ha già evidenziato «la piena maturazione di un indirizzo interpretativo della Consulta già manifestatosi negli anni passati, ma mai con analogha chiarezza e con un scrutinio così rigoroso della ragionevole connessione tra le finalità della normativa e i mezzi

messi in campo dalla normativa regionale per perseguirle»<sup>251</sup>. Tale scrutinio rigoroso è ripreso nella più recente sent. 9/2021 sulla l. reg. Abruzzo 34/2019, nella quale la Corte ha ripreso testualmente le argomentazioni della citata sentenza n. 44, per dichiarare illegittima la previsione della residenza protratta decennale come criterio premiale nella formazione delle graduatorie per l'accesso agli alloggi di edilizia centrale pubblica. Sul finire della sentenza i giudici ricordano che la bussola che «deve orientare l'azione del legislatore, sia statale sia regionale, specie quando è chiamato a erogare prestazioni e servizi connessi ai bisogni vitali dell'individuo, come quello abitativo» è quella del pieno sviluppo della persona umana.

Un'altra ramificazione è sul canone di uguaglianza la Corte apre con la sent. n. 249/2010<sup>252</sup> sulla legittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11 bis<sup>253</sup>, del cod. pen., che prevedeva una circostanza aggravante comune per i fatti commessi dall'indagato «mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale», più nota come la sentenza sulla c.d. aggravante di clandestinità. La pronuncia di illegittimità è stata definita “quasi matematica”, perché, messa la norma alla prova dell'eguaglianza, se ne è subito verificata la incostituzionalità. La Corte in questo caso ha scrutinato la legittimità della norma considerandola lesiva non di per sé del principio di eguaglianza, quanto dell'art. 1, co. 2 Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto che un soggetto debba essere sanzionato in modo rigoroso per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. All'opposto, «l'aggravante di cui alla disposizione censurata non rientra nella logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati». Non è stato considerato ragionevole neppure il richiamo al contrasto dell'immigrazione illegale «giacché questo scopo non potrebbe essere perseguito in modo indiretto, ritenendo più gravi i comportamenti degli stranieri irregolari rispetto ad identiche condotte poste in essere da cittadini italiani o comunitari».

La decisione in commento porta un altro tassello all'utilizzo da parte della Consulta dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza, quello della connessa pari dignità sociale. Il legislatore non può, nell'esercizio della discrezionalità riconosciutagli, «porre gli stranieri in una condizione di “minorazione” sociale senza idonea giustificazione, e ciò per la decisiva ragione che lo *status* di straniero non può essere

---

<sup>251</sup> Così M. GORLANI, *Le politiche abitative regionali e il requisito della residenza qualificata: un monito della Corte convincente e, in un certo senso, conclusivo*, in *le Regioni*, fas. 3/2020, p. 597. Dello stesso avviso C. CORSI, *Illegittimità costituzionale del requisito della residenza protratta per i servizi abitativi*, in *Questione giustizia*, 5 maggio 2020; F. CORVAJA, *Finale di partita. L'incostituzionalità dei requisiti di lungo-residenza previsti dalle leggi regionali quali condizioni di accesso alle prestazioni sociali*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 6/2020, p. 436.

<sup>252</sup> Per un approfondimento complessivo sulla fattispecie penalistica della c.d. “aggravante di clandestinità” nel dibattito costituzionalistico e sulla sentenza in particolare, si rinvia a F. RINALDI, *Con il “discriminante” (dell'aggravante di clandestinità) l'“equazione” (di costituzionalità) risulta impossibile. Un dispositivo retto da una motivazione quasi “matematica”*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 23 settembre 2015.

<sup>253</sup> Disposizione introdotta dall'art. 1, comma 1, lettera f), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 24 luglio 2008, n. 125.

di per sé considerato “come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi”».

Si registra invece un ricorso quasi ossessivo al paradigma della cittadinanza che tuttavia si declina in maniera a sua volta diversa a seconda che le misure scrutinate siano di natura amministrativa o penale. Dalla sentenza appena commentata emerge infatti come il controllo di costituzionalità che coinvolge questioni penalistiche sia più stringente, fondandosi sull’assunto che la materia coinvolge più direttamente le libertà fondamentali. Differentemente da quanto accade per le misure amministrative, in questi casi ci troviamo di fronte a due presupposti che danno vita ad un vero e proprio automatismo: «una concezione ipertrofica dell’interesse pubblico (...) e il disconoscimento del *due process* amministrativo»<sup>254</sup>. La Corte costituzionale quasi mai ha abbandonato quest’atteggiamento, fondato sull’asserita non prevaricazione sui diritti costituzionalmente rilevanti da parte delle misure amministrative. Assunto peraltro criticabile poiché la gran parte delle misure limitative delle libertà dei migranti, compresa la libertà personale sono di natura amministrativa.

Proprio in materia della libertà personale degli stranieri la Corte ricorre con più di frequenza<sup>255</sup> alle pronunce di inammissibilità, con l’effetto così di spostare sul piano della giurisprudenza delle Corti europee le pronunce di rilievo sulla violazione dell’art. 5 CEDU da parte del legislatore nazionale.

Se sul piano formale poche sono le pronunce che si sono spinte alla declaratoria di illegittimità costituzionale. Non bisogna comunque trascurare il valore interpretativo anche e soprattutto delle sentenze di rigetto, con cui la Corte ha contribuito a delineare lo statuto dei diritti e dei doveri del non cittadino, muovendosi anch’essa lungo il crinale del doppio binario che caratterizza le politiche migratorie, integrazione e sicurezza<sup>256</sup>.

---

<sup>254</sup> M. SAVINO, *Op. cit.*, p. 52. L’A. chiarisce che gli automatismi presenti nel diritto dell’immigrazione riguardano il controllo delle frontiere e l’ordine pubblico. Al primo si può ricondurre la disciplina vigente in materia di espulsione, alle seconde sempre la disciplina dell’espulsione, tuttavia alla particolare ipotesi dell’automatismo espulsivo per la quale si presume la pericolosità sociale dello straniero in presenza di precedenti penali, ai sensi del combinato disposto degli artt. 4, co. 3, 5, co. 5 e 13, co. 2 lett. b, d. lgs. 286/98.

<sup>255</sup> Ne sono un esempio le sentt. 222/2004; 93/2014; 275/2017. Non può tacersi lo spiraglio che la Corte ha aperto nella sent. 275/2017 dove pur ricorrendo alla nota formula dell’inammissibilità, 4.– L’inammissibilità delle questioni non può esimere la Corte ha reso una sentenza monitoria, riconoscendo «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 comma, Cost.». Sulla sentenza monitoria si rinvia a P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2018; V. CARLINO, *Il respingimento differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018, sia infine consentito in tema il rinvio a M. TUOZZO, *Commento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 275 del 20 dicembre 2017 sui respingimenti differiti alla frontiera*, in *Immigrazione.it.*, n. 316/2018.

<sup>256</sup> *Ibidem.*

Più certezza e territorialità la Corte ha affermato – come visto – in materia di diritti sociali, per i quali ha ripetutamente affermato<sup>257</sup>, in forza dei principi di solidarietà (art. 2) ed uguaglianza (art. 3, co. 2), nonché del diritto alla salute (art. 32) o alla previdenza e assistenza sociale (art. 38), richiamando anche l'art. 14 CEDU.

La giustizia costituzionale lascia tuttavia ancora aperti taluni interrogativi. La tendenza registrata è quella della graduazione del sindacato della Corte a seconda del diritto scrutinato: «i) uno *standard* stringente, di ragionevolezza “piena”, utilizzato in materia di prestazioni sociali (e nell'area contigua dei doveri di solidarietà); ii) uno *standard* tenue, di non manifesta irragionevolezza, in materia di ingresso e soggiorno; iii) uno *standard* intermedio, di ragionevolezza “attenuata”, impiegato a cavallo dei due ambiti precedenti, cioè quando siano in gioco diritti fondamentali (diversi da quelli sociali) che incrociano la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno»<sup>258</sup>.

Nella distinzione tra diritti inviolabili e meno protetti del non cittadino emerge una categoria di diritti più “violabili” (per così dire) di altri, ossia quella dei “diritti di confine”, rispetto ai quali prevalgono gli interessi della sicurezza, ordine pubblico e controllo del territorio, sia da parte della maggioranza (dal momento che non cittadini non hanno rappresentanza parlamentare) sia da parte delle istituzioni di garanzia, che reiterano l'uso del parametro dell'appartenenza, anziché quello della pari dignità sociale<sup>259</sup>.

Può peraltro anche notarsi uno spiraglio verso un maggiore ricorso ai parametri territoriale e della pari dignità, come auspicabile punto di forza dei diritti (inviolabili o solo di carattere legislativo) e di uno scrutinio costituzionale sempre più improntato ad esaltarli. Il riferimento è alla recentissima sent. 186/2020<sup>260</sup>, nella quale tornano tutti e tre gli aspetti emersi intorno al principio di eguaglianza<sup>261</sup> dei

---

<sup>257</sup> La giurisprudenza in questa materia è ampia, si cita qui una parte di essa che ha contribuito all'ampliamento di alcune prestazioni: la sent. 306/2008 sull'indennità di accompagnamento per gli invalidi civili; la sent. 11/2009 sulla pensione di inabilità; la sent. 187/2010 sull'assegno di invalidità; la sent. 349/2011 sull'indennità di frequenza per i minori disabili; la sent. 22/2015 sulla pensione di invalidità per i non vedenti e la nr. 230/2015 per i sordi.

<sup>258</sup> M. SAVINO, *Op. cit.*, p. 65.

<sup>259</sup> *Ibidem*.

<sup>260</sup> Lo scrutinio ha avuto ad oggetto l'art. 4, comma 1-bis, del d. lgs. 18 agosto 2015, n. 142, introdotto dall'art. 13, comma 1, lettera a), numero 2), del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 convertito, con modificazioni, nella legge 1° dicembre 2018, n. 132, secondo il quale «Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, e dell'articolo 6, comma 7, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286».

<sup>261</sup> Nell'*iter* argomentativo della Corte si ritrovano, per espresso richiamo, i suoi precedenti in materia: «sottolineando che, “se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattisi di rispettare [i] diritti fondamentali” (sentenza n. 120 del 1967), e ha chiarito inoltre che al legislatore non è consentito introdurre regimi differenziati circa il trattamento da riservare ai singoli consociati se non “in presenza di una “causa” normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria” (sentenza n. 432 del 2005)».

diritti inviolabili, con le sentt. 120/67, 432/2005 e 249/2010. Anzitutto la Corte rileva la violazione dell'art. 3 sotto il profilo della ragionevolezza. Trovano accoglimento le censure sollevate sotto il profilo dell'irrazionalità intrinseca della normativa, incoerente allo scopo dichiarato di aumentare il livello di sicurezza pubblico, laddove al contrario la norma in scrutinata, «impedendo l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, finisce con il limitare le capacità di controllo e monitoraggio dell'autorità pubblica sulla popolazione effettivamente residente sul suo territorio». Si tratta di un'esclusione irragionevole secondo la Consulta alla luce degli obblighi e delle finalità connesse alla registrazione della popolazione residente. L'esclusione di una fetta della popolazioni comporterebbe cioè una diminuzione di efficienza ed efficacia per l'adeguato esercizio di tutte le funzioni affidate alla pubblica amministrazione, di cui la registrazione è il presupposto necessario. La questione di legittimità costituzionale è stata ritenuta fondata anche sotto il profilo della irragionevole disparità di trattamento tra stranieri richiedenti asilo e altre categorie di stranieri legalmente soggiornanti nel territorio statale, oltre che con i cittadini italiani.

Si era già chiarito in passato (sent. 432) che le deroghe al Testo Unico per l'Immigrazione (che nel caso di specie sarebbe all'art. 6, co. 7, secondo il quale le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani) devono rinvenire nella stessa struttura normativa una specifica, trasparente e razionale “causa giustificatrice”, idonea a “spiegare”, sul piano costituzionale, le “ragioni” poste a base della deroga: una giustificazione nel caso di specie non integrata<sup>262</sup>.

La Corte conclude affermando che, prima della lesione dell'art. 3, sotto il profilo della parità di trattamento, la disposizione lede la pari dignità sociale<sup>263</sup> del richiedente asilo. Il legislatore può sì valorizzare le esistenti differenze di fatto tra cittadino e non cittadino, ma non può – riprendendosi qui l'argomentazione sviluppata nella sent. 249/2010 - «porre gli stranieri (o, come nel caso di specie, una certa categoria di stranieri) in una condizione di “minorazione” sociale senza idonea giustificazione, e ciò per la decisiva ragione che lo *status* di straniero non può essere di per sé considerato “come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi”».

---

<sup>262</sup> Essa infatti non può rinvenirsi nella temporaneità del permesso di soggiorno del richiedente asilo, la cui durata minima di sei mesi è ben superiore al limite di tre mesi che fa scattare l'obbligo di iscrizione anagrafica previsto dall'art. 9 del d.lgs. 30/2007 che a sua volta applica la n. 1228/1954 e DPR n. 223/1989, oltre che di altre tipologie di permessi di soggiorno che hanno una durata inferiore.

<sup>263</sup> Si sofferma su tale nozione e più in generale fa un commento alla sentenza F. ROSSI, *Declinazioni della dignità sociale. L'iscrizione anagrafica nella sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 26/2020, pp. 143 ss., secondo il quale la pari dignità sociale «interpretata contestualmente al principio di eguaglianza sostanziale, rivela una proiezione dinamica verso la piena realizzazione delle persone, in un contesto in cui non fanno premio ruoli o categorie, ma la condivisa appartenenza alla comunità» (*ivi*, p. 162).

#### 4. Sui doveri del non cittadino, una prospettiva *de iure condito* e *de iure condendo*

«Delle varie figure soggettive (...) quella che è rimasta più nell'ombra è senza dubbio la figura del dovere e dell'obbligo»<sup>264</sup>, affermazione che oggi come allora continua a mantenere una sua validità.

Il tema è ancor meno esplorato<sup>265</sup> dalla prospettiva del non cittadino, che è utile qui invece approfondire, perché la doverosità giuridica è richiamata espressamente nella seconda parte dell'art. 2 Cost, in forza del quale la Repubblica «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». L'inviolabilità dei diritti e l'inderogabilità dei doveri, insieme, danno concretezza ai principi personalista e pluralista, contribuendo a conservare la coesione sociale e la convivenza civile in una società disomogenea<sup>266</sup>. Ma vi è di più il parallelismo tra diritti e doveri è essenziale alla sopravvivenza e all'effettività dei primi, con il rischio che ove non si prendesse sul serio l'adempimento dei doveri come contraccambio dei diritti, ciò minerebbe alla stessa tenuta dell'ordinamento statale<sup>267</sup>.

Autorevole dottrina riflette sull'insegnamento complessivo che può trarsi dall'art. 2, con riferimento inequivoco agli insegnamenti mazziniani, osservando che «nella sostanza, oltre ai diritti, non dobbiamo però dimenticarci di assolvere tutti quei

---

<sup>264</sup> S. ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist. inalt., Milano, 1953, p. 91.

<sup>265</sup> Sul tema si rinvia agli atti di un interessante convegno, i cui lavori sono stati raccolti nel testo di R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*. Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, Quaderni del "Gruppo di Pisa", Torino, Giappichelli, 2007. Sul relativo disinteresse tema dei doveri si veda anche il più recente contributo di G. BASCHERINI, *La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione libertà/responsabilità*, in *Diritto Pubblico*, 2/2018, pp. 245 ss. (spec. p. 261). Con riferimento specifico ai doveri del non cittadino E. GROSSO, *I doveri costituzionali*. Relazione al Convegno annuale 2009 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su «Lo Statuto costituzionale del non cittadino» Cagliari, 16-17 ottobre 2009, nota come l'interesse della dottrina al tema dei doveri dei non cittadini è scarsamente orientato alla tematica e alle possibili implicazioni giuridiche della loro affermazione oltre i confini della cittadinanza in senso giuridico.

<sup>266</sup> G. BASCHERINI, *Doveri costituzionali*, in *Enciclopedia Treccani, Diritto on line*, 2014. Si rinvia all'Autore per gli opportuni approfondimenti storici e bibliografici intorno alla genealogia dei doveri. ID., *La solidarietà politica. Nell'esperienza costituzionale repubblicana*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2016, pp. 125 ss.; suo lavoro monografico *Il dovere di difesa nell'esperienza costituzionale italiana*, Jovene, Napoli, 2017. Con riferimento al tema specifico dei doveri del non cittadino, lo stesso Autore, *I doveri costituzionali degli immigrati*, in *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, .cit., pp. 86 ss.

<sup>267</sup> Così A. APOSTOLI, *Il principio di solidarietà*, cit., p. 54, la quale individua nel valore solidaristico di cui all'art. 2 un elemento essenziale della forma di Stato. Esso, infatti, è lo strumento che consente la rimozione degli ostacoli economico e sociali e dunque la pari dignità sociale degli individui.

doveri che l'appartenenza ad un consorzio civile rende necessario moralmente e politicamente, prima ancora che giuridicamente»<sup>268</sup>.

Voler allora studiare i doveri del non cittadino, significa approfondire quelle prestazioni di solidarietà non solo nella prospettiva del destinatario, ma anche da quella di chi vi partecipa in modo attivo, in funzione della realizzazione di una migliore convivenza sociale<sup>269</sup>.

Lo studio dei doveri dello straniero è affrontato nel prisma del: «convincimento che l'integrazione sociale del non cittadino sia un elemento essenziale di quel complessivo “sviluppo della società” al cui perseguimento la Costituzione funzionalizza l'adempimento dei doveri inderogabili»<sup>270</sup>. Insomma ragionare intorno al tema dei doveri del non cittadino significa prima di tutto ragionare intorno a quello della comunità “sostanziale”.

Se il fondamento dei doveri costituzionali, che si distinguono da tutti gli altri obblighi giuridici che possono esser imposti dal legislatore, si trova nella realizzazione della solidarietà, intesa non come «omogeneità sociale, ma al contrario, come quella integrazione minima necessaria a evitare la disgregazione all'interno di una società che mantiene il suo carattere accentuatamente pluralistico»<sup>271</sup>, quale spazio potrebbe residuare ai non cittadini se, secondo l'impostazione teorica tradizionale e il dettato letterale costituzionale, la società pluralistica di cui vuole evitarsi la disgregazione è quella del popolo italiano?

Nella parte I, titolo IV, della Costituzione si trova la traduzione dei doveri costituzionali in senso proprio, di solidarietà politica, economica e sociale, rispettivamente nel dovere di difesa della Patria (art. 52), in quello del dovere di concorso alle spese pubbliche (art. 53) nel dovere di fedeltà alla Repubblica e, per gli affidatari di pubbliche funzioni, il dovere di adempierle con disciplina e onore (art. 54, co. 1 e 2). Tra i doveri di solidarietà politica si annoverano anche quello di voto (art. 48, co. 2); di solidarietà familiare (art. 30, co. 2) e di svolgere un'attività lavorativa (art. 4, co. 2).

Sia detto di passaggio: con riferimento specifico al tema dei doveri politici – al quale si accenna qui solo sinteticamente, per il carattere parentetico della presente osservazione, che pure si ritiene utile a completare l'esame del quadro generale – che la solidarietà politica è quella che si presenta più prossima all'impianto di età liberale. Tuttavia occorre evidenziarne la profonda discontinuità rispetto alla Carta albertina, anzitutto in ragione della connessione tra dimensione politica della solidarietà e quelle economica e sociale (tipiche della Carta repubblicana) e poi per la volontà dei Costituenti «di fondare l'effettività dell'ordinamento non sul mero imperio, ma sul riconoscimento di diritti e doveri in una prospettiva, appunto, di coesione, affidando le proprie sorti non tanto e non solo “alla forza dei propri strumenti di coazione, e alla presuntiva perfezione della costituzione” quanto piuttosto “alla collaborazione

---

<sup>268</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 57.

<sup>269</sup> E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, cit., p. 7.

<sup>270</sup> *Ibidem*.

<sup>271</sup> *Ivi*, p. 14.

attiva e solidale, all'amor di patria dei propri cittadini che si traducono in doveri giuridici»<sup>272</sup>.

Nell'art. 52 il collegamento tra difesa e cittadinanza appare indissolubile: la comunità cui pensarono i Costituenti è quella dei cittadini, essendo maggioritaria l'opinione di chi ritiene che il dovere di difesa della Patria possa esser preteso e gravare solo su chi ha un legame stabile con essa e non ha legami della stessa natura con altri ordinamenti.

Bisogna tuttavia registrare che il concetto di "difesa della Patria" ha subito nel tempo una significativa evoluzione. Anzitutto nel suo rapporto con il comma 2, per lungo tempo l'obbligatorietà del servizio militare è stata intesa come servente allo scopo di difesa di cui al primo comma. Tra gli anni '60 e '70 interviene la Corte Costituzionale a chiarire l'autonomia concettuale tra difesa e leva con la sent. n. 57/1967 che, in poche ma pregnanti righe, ritenne costituzionalmente legittima la previsione dell'art. 8 della l. n. 555/1912 nella parte in cui non esimeva gli *ex* cittadini italiani dagli obblighi di servizio militare.

La Consulta ha distinto tra dovere morale della difesa che presuppone l'appartenenza alla comunità e dovere giuridico, inteso come osservanza della costituzione delle leggi: «Si tratta di un dovere, il quale, proprio perché "sacro" (e quindi di ordine eminentemente morale), si collega intimamente e indissolubilmente alla appartenenza alla comunità nazionale identificata nella Repubblica italiana (e perciò alla cittadinanza) », pertanto così inteso il dovere di difesa «trascende e supera lo stesso dovere del servizio militare». Nulla vieta quindi che per il dovere di difesa così inteso il legislatore possa stabilire ipotesi in cui esso sia imposto anche allo straniero. Nella giurisprudenza successiva (sentt. nn. 974/1988, 278/1992, 131/2001) la Corte ha confermato di non accogliere la tesi dell'esclusione del non cittadino dagli obblighi militari. Si registra nella sua giurisprudenza un ulteriore passaggio, quello dell'estensione del sindacato di ragionevolezza a due situazioni dissimili: il cittadino (avente doppia cittadinanza) e il non cittadino (colui che ha perso la cittadinanza italiana). Nella sentenza 974/88 si arriva a dichiarare la incostituzionalità delle norme impugnate nella parte in cui obbligano alla prestazione del servizio militare anche coloro che non sono più cittadini italiani, il che si prestava ad una ingiustificata discriminazione rispetto ai soggetti in possesso di doppia cittadinanza, che ne sono invece esentati, ai sensi della Convenzione di Strasburgo del 6 maggio 1963, ratificata dall'Italia con la l. 4 ottobre 1966 n. 876. Tra due soggetti che versano nella medesima situazione, per avere entrambi acquistato la cittadinanza di un altro Stato e quivi già prestato il servizio militare, riceveva un trattamento ingiustificatamente deteriore colui che, avendo perduto quella italiana, non conservava più alcun legame di carattere giuridico con il Paese d'origine, rispetto a chi manteneva ancora la cittadinanza italiana. La Corte ha censurato la mancata assimilazione della disciplina dell'*ex* cittadino italiano a quella della doppia cittadinanza, disciplinata dalla Convenzione internazionale. È interessante notare che il *tertium comparationis* non è stato individuato nell'art. 52 Cost., ma la nella legge n. 876/66, dunque la Corte non è giunta ad escludere il non cittadino dall'obbligo di

---

<sup>272</sup> G. BASCHERINI, *La solidarietà politica*, cit., p. 130.

leva *sic et simpliciter* perché (oramai) straniero, bensì in forza del principio di diritto internazionale, per cui uno stesso soggetto non può esser tenuto all'obbligo di leva in due Paesi differenti<sup>273</sup>.

La citata giurisprudenza testimonia i mutamenti culturali e giuridici intervenuti in materia e soprattutto la irrilevanza della *status civitatis* per gli obblighi militari<sup>274</sup>. Il primo aspetto è reso evidente nella sent. n. 164/1985 che individua nel servizio militare solo una delle possibili modalità applicative del sacro dovere di difesa<sup>275</sup>. Testimonianza dell'importanza del secondo aspetto è la sent. n. 172/1999 con cui la Consulta ha affermato che il dovere di difesa può essere esteso dal legislatore anche agli apolidi. L'apertura tuttavia non è ancora totale, la Corte infatti afferma che mentre per i non cittadini vi è l'esigenza di impedire il sorgere di situazioni di potenziale conflitto tra opposte lealtà, per gli apolidi invece tale conflitto non è ipotizzabile per definizione. L'argomentazione della Corte, pur distinguendo tra apolidi e stranieri, contiene molti passaggi che riflettono il percorso della sua stessa giurisprudenza e che tratteggiano i contorni di una ponderazione in divenire sul tema dei diritti, doveri e comunità, secondo l'impostazione metodologica inclusiva tipica della Costituzione.

Volendo quindi trarre le fila della portata della decisione è possibile così schematizzare: 1) il non cittadino (o meglio l'apolide) è stato ammesso all'obbligo di leva, in quanto quest'ultimo ha acquisito nel tempo una propria autonomia concettuale e istituzionale dalla difesa della Patria; 2) gli apolidi fanno parte di una comunità più ampia dei cittadini in senso stretto, a cui essi scelgono liberamente di farne parte; 3) infine «la Costituzione (artt. 11 e 52, primo comma) impone una visione degli apparati militari dell'Italia e del servizio militare stesso non più finalizzata all'idea della potenza dello Stato o, come si è detto in relazione al passato, dello “Stato di potenza”, ma legata invece all'idea della garanzia della libertà dei popoli e dell'integrità dell'ordinamento nazionale».

Non a caso c'è chi ha intravisto nell'apertura della Corte un'indicazione «di una difesa della Patria che si fa difesa dell'ordinamento costituzionale, *Verfassungspatriotismus*, e si legherebbe ad una idea di nazione “elettiva” e non

---

<sup>273</sup> M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit., p. 445.

<sup>274</sup> G. BASCHERINI, *I doveri costituzionali degli immigrati*, cit., p. 126.

<sup>275</sup> G. MONACO, *L'istituzione del servizio civile universale e la sua apertura allo straniero regolarmente soggiornante in Italia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, p. 6; per un commento alla sentenza, che ha segnato un importante momento dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di obiezione di coscienza, si veda S. PRISCO, *La metamorfosi dell'obiezione di coscienza al servizio militare*, nel volume a cura dello stesso Autore, *Laicità. Un percorso di riflessione*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2009, pp. 70 ss. (spec. p. 78).

“etnica”»<sup>276</sup>. Non possono tuttavia sottacersi e condividersi i dubbi di chi<sup>277</sup> esprime perplessità in ordine all'estensione di un dovere così pregnante senza che sia riconosciuto da contraltare il godimento dei diritti politici.

Certo è che è la nozione di Patria stessa ad esser più inclusiva, ricomprendendo insieme alla dimensione territoriale una dimensione culturale, fatta di elementi umani, ambientali e sociali. La proiezione bellica della difesa statale a sua volta ha cambiato assetto in seguito alla caduta del muro di Berlino e agli eventi terroristici internazionali a partire dal 2001<sup>278</sup>.

È ancora la Corte a chiarire (sent. 172/1999) che l'art. 52, co. 2 non vieta al legislatore di ampliare la categoria dei soggetti chiamati al servizio militare.

Il percorso giurisprudenziale qui riportato, la rielaborazione del “sacro dovere di difesa” non inteso più in senso esclusivamente antagonistico, il carattere della volontarietà, la pregressa giurisprudenza sull'obiezione di coscienza hanno fatto da sfondo all'insieme alle riforme in materia di servizio civile. Dall'originaria matrice di prestazione sostitutiva del servizio militare di leva, che trovava il suo fondamento costituzionale nell'art. 52 Cost., esso si qualifica ora come istituto per la prestazione di un servizio di utilità generale, 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<sup>279</sup>.

La Corte Costituzionale nel 2015<sup>280</sup> è tornata sul tema degli strumenti con cui realizzare il dovere di difesa, cogliendo proprio quegli elementi di apertura della nota sentenza 172/1999. Più precisamente, a partire dall'evoluzione del concetto di “difesa della Patria” e dalla sensibile trasformazione dei mezzi con cui darvi attuazione, in riferimento all'introduzione del servizio civile nazionale che presenta specifiche peculiarità rispetto all'obbligo di leva (sia per il carattere volontario della prestazione, in quanto non più disciplinata in termini di alternatività rispetto al servizio di leva obbligatorio, sia per l'apertura dell'accesso alle donne). La Corte è

---

<sup>276</sup> G. BASCHERINI, *I doveri costituzionali degli immigrati*, cit., p. 128; sul concetto di Nazione in senso etnico e in senso elettivo si veda anche F. POLACCHINI, *Il servizio civile universale: verso un nuovo concetto di patria e cittadinanza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, pp. 16-18. I due concetti infatti nascono in chiave oppositiva, mentre il primo si riferisce alla sua accezione più rozza ed etimologica, all'idea quindi di un'origine comune; il secondo individua il luogo in cui un soggetto decide di concorrere alla costruzione quotidiana della comunità di diritti e di doveri, in cui è la Costituzione a sostituire l'idea unificante della Nazione. L'Autrice richiama sul punto il contributo di Renan, Hauser, Jellinek, Habermas.

<sup>277</sup> C. CORSI, *Lo straniero e lo Stato*, p. 314 e M. CUNIBERTI, *Op. cit.*, p. 448.

<sup>278</sup> G. BASCHERINI, *La doverosa solidarietà costituzionale*, cit., p. 266.

<sup>279</sup> *Considerato in diritto* 4.1, sentenza 119/2015.

<sup>280</sup> Sulla decisione 119/2015 si vedano i commenti di S. PENASA, *Verso una “cittadinanza costituzionale”? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, il quale intravede nella dimensione inclusiva indicata dalla Corte, del diritto/dovere di accesso al servizio civile, un'apertura verso la concezione “sostanziale” di cittadinanza, nella medesima prospettiva sono anche i contributi di F. POLACCHINI, *Op. cit.* e di A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015.

giunta a dichiarare l'irragionevolezza dell'esclusione dei cittadini stranieri, che risiedono regolarmente in Italia, dalle attività alle quali si riconnettono i doveri inderogabili di solidarietà di cui agli artt. 52 e 2 Cost. Inoltre, «l'estensione del servizio civile a finalità di solidarietà sociale, nonché l'inserimento in attività di cooperazione nazionale ed internazionale, di salvaguardia e tutela del patrimonio nazionale, concorrono a qualificarlo – oltre che come adempimento di un dovere di solidarietà – anche come un'opportunità di integrazione e di formazione alla cittadinanza». Pertanto impedirne l'accesso agli stranieri è incostituzionale anche per l'ingiustificata limitazione al pieno sviluppo della persona e all'integrazione nella comunità di accoglienza.

La pronuncia si pone sulla scia di quella “cittadinanza costituzionale” prima evocata (par. 3.1), in quanto riconoscendo il «peculiare *diritto di esercitare liberamente un dovere*. (...) apre al singolo un'importante “via alla cittadinanza” e gli consente sotto tale aspetto il pieno sviluppo della propria personalità nella misura in cui costituisce uno strumento per dar corpo ai propri imperativi morali all'interno di una relazione eterocentricamente fondata»<sup>281</sup>.

L'evoluzione legislativa cui ha aperto la sentenza ha condotto dapprima all'adozione della legge delega n. 106/2016 per la revisione della disciplina in materia di servizio civile nazionale, individuando tra i principi e criteri direttivi, per il Governo, l'istituzione del servizio civile universale finalizzato, ai sensi degli artt. 52, co. 1 e 11 della Costituzione, alla difesa non armata della Patria e alla promozione dei valori fondativi della Repubblica, anche con riferimento agli artt. 2 e 4, co. 2 della Costituzione. Il d. lgs. 40/2017 recante *Istituzione e disciplina del servizio civile universale a norma dell'articolo 8 della legge 6 giugno 2016, n. 106* segna così una tappa fondamentale nel processo di riforma, sancendo all'art. 14 tra i soggetti ammessi a svolgere il servizio civile universale gli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia. In questa formula vanno ricompresi gli apolidi i titolari di protezione internazionale, di protezione umanitaria e dei permessi speciali che l'hanno sostituita, ma altresì i richiedenti asilo titolari del relativo permesso.

Il lungo *iter* che ha portato alla previsione legislativa mostra come l'evoluzione dei rapporti e dei modi di attuazione della difesa della Patria abbia reso nel tempo anacronistiche disposizioni dettate per un diverso assetto della società «facendo apparire superate, sotto molteplici aspetti, quelle cautele che l'avevano ispirata» (Corte Cost., ord. 109/88). Le sentenze in questa sede sinteticamente ripercorse sottolineano il legame tra cambiamento di visione su che cosa debba intendersi per comunità di cittadini e di come essa si forma – da un lato – e le trasformazioni in materia di leva militare e servizio civile – dall'altro – facendo emergere l'idea di una nazione «non naturalisticamente definita dal sangue e dal suolo ma elettiva», cui la persona sceglie «di appartenere partecipando ai diritti ed ai doveri» che la caratterizzano<sup>282</sup>.

---

<sup>281</sup> A. RAUTI, *Op. cit.*, p. 35, l'Autore pertanto chiarisce che il diritto in parola altro non è che l'estrinsecazione del diritto di non discriminazione a causa della nazionalità ad accedere all'istituto.

<sup>282</sup> G. BASCHERINI, *I doveri costituzionali degli immigrati*, cit., p. 135.

Restano invece fermi i limiti di accesso volontario alla difesa armata della Patria per i non cittadini. La Corte Cost. ha prospettato la possibilità di aprire l'art. 52, co. 2 Cost. ai non cittadini diversi dagli stranieri, ossia agli apolidi (sent. 172/99). Le successive riforme del servizio militare hanno determinato il passaggio al «servizio militare professionale» con l'eliminazione dell'obbligo di leva<sup>283</sup> e la riforma del reclutamento obbligatorio o volontario<sup>284</sup>, in altri termini l'arruolamento volontario costituisce la regola e quello obbligatorio l'eccezione<sup>285</sup>. Anche in questo mutato quadro la cittadinanza italiana continua a figurare tra i requisiti generali del reclutamento volontario (art. 635 c.o.m.) mentre non lo è per la formazione delle liste di leva (art. 1932 c.o.m.). Appare del tutto illogico dunque escludere che la categoria di non cittadini (precisamente degli apolidi), che può essere arruolata obbligatoriamente e non volontariamente. Secondo la dottrina<sup>286</sup> questa scelta oltre ad essere paradossale è contraria alla *ratio* medesima dell'originaria esclusione *tout court* degli stranieri, ossia il timore della “doppia fedeltà”. La possibilità di adempiere il dovere di difesa in forma volontaria garantirebbe una fedeltà più autentica e costituirebbe «uno sviluppo più coerente al principio personalista, declinato in termini di scelta volontaria, dunque libera, di una potenziale comunità politica attraverso la via dei doveri di solidarietà»<sup>287</sup>.

Tra le disposizioni più controverse della Costituzione vi è sicuramente la previsione dell'art. 54 che pone a carico dei cittadini il dovere di essere fedeli alla Repubblica e quello di osservarne la Costituzione e le leggi. Solitamente si sostiene che la sottoposizione al dovere di fedeltà riguardi i soli cittadini, così da giustificare l'esclusione degli stranieri dal godimento dei diritti politici e dall'accesso ai pubblici uffici.

Sulla ricostruzione dottrinale della norma in parola si segnalano due snodi principali: quello della natura del dovere, ossia la parola fedeltà richiama la sfera emotiva e sentimentale di ciascun individuo, che per definizione non può essere governata se non da un comando interiore, insofferente pertanto al comando eteronomo se non a patto di rinunciare ad un'adesione autentica. Si pone qui la prima difficoltà, tra quanti hanno ravvisato nella norma un precetto di natura etica o di valore politico, nell'ambito della concezione normativistica, e quanti invece ne

---

<sup>283</sup> Salvo quando previsto dall'art. 2, l. 14 novembre 2000, n. 331. Ossia che esso residua per i soli casi in cui sia stato deliberato lo stato di guerra (art. 78 Cost.) qualora una grave crisi internazionale nella quale l'Italia sia coinvolta direttamente o in ragione della sua appartenenza ad una organizzazione internazionale giustifichi un aumento della consistenza numerica delle Forze armate.

<sup>284</sup> Art. 636 del Codice dell'ordinamento militare, modificato da ultimo con l. 145/2018.

<sup>285</sup> A. RAUTI, *Difesa della Patria*, in C. Panzera, A. Rauti (a cura di), *Dizionario dei Diritti degli Stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 184, ritiene che tale passaggio avrebbe richiesto non una necessaria riforma costituzionale. Secondo l'A. al legislatore spetta stabilire limiti e modi dell'obbligo militare e non la sua eliminazione. Oltre ad un profilo formale ne esiste un altro di natura sostanziale, ossia che la difesa armata della Patria è uno dei modi di esercizio della sovranità popolare.

<sup>286</sup> *Ivi*, p. 181.

<sup>287</sup> *Ibidem*.

hanno rivendicato la giuridicità, una distinzione tra precetti etici e giuridici nel testo costituzionale oltre che essere oltremodo problematica, finirebbe per svalutare la stessa legge fondamentale e «con il privare di efficacia giuridica la fonte costituzionale proprio nelle sue parti eticamente più pregnanti e, dunque, positivamente più qualificanti lo stesso ordinamento repubblicano»<sup>288</sup>. In ordine a tali ardui profili, la tradizionale esclusione dello straniero dal dovere di fedeltà cui fa da contraltare la naturale affiliazione al dovere di obbedienza si scontra con la vocazione pluralista della democrazia e al fine ultimo assegnato all'art. 54 che è quello di osservarne e preservarne i valori. In tale ottica c'è chi ha fatto notare che la fedeltà ha davvero poco a che vedere con la cittadinanza e che al più la stessa potrebbe fondare un grado di intensità diverso per l'adempimento in parola. Nella sfida odierna delle società multiculturali il dovere di fedeltà potrebbe esser inteso come richiesta di adesione ai valori dell'ordinamento liberl-democratico non necessariamente conformi al modello di provenienza. Che questo si badi a non tradursi in un approccio assimilazionista ma di rispetto di «quel fondamentale “patto sul metodo” consistente nella rinuncia a quel poco della propria specificità che è indispensabile per combattere la disintegrazione sociale. Insomma, non si tratta di imporre tutti i paradigmi della società occidentale, e di costringere gli stranieri provenienti da altre culture ad accettarli come buoni»<sup>289</sup>. Senza avere la pretesa di trovare nel dovere di fedeltà la risposta esauriente e completa alle complesse problematiche connesse alla convivenza tra differenti identità e pratiche culturali, ma la consapevolezza di non approcciarsi allo straniero come un monolite irrimediabile di diversità<sup>290</sup>.

Ritornando quindi all'idea iniziale della connessione tra doveri e comunità, il dovere di fedeltà alla Repubblica chiude e conferma il cerchio dei doveri enunciati nel titolo IV della Costituzione.

Questo è evidente se si accolga la ricostruzione di chi<sup>291</sup> afferma che la Repubblica cui essere fedeli è la *res publica* intesa come terreno di convivenza, che qui tuttavia amplia la nozione cui l'Autore rinvia di *casa comune* dell'incontro/scontro *delle passioni particolari* tra maggioranza/minoranza *come condizione stessa del loro sviluppo*, ma ampliata alla composizione multi-etnica e multiculturale dell'odierna società.

Nell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, così come nel godimento dei diritti inviolabili c'è un riferimento implicito alla dignità umana, che merita qui di esser sottolineato. Solidarietà e fedeltà rappresentano «la dignità *in action*, nel suo farsi valere in alcune delle sue più salienti espressioni. Si è degni perché è l'effettivo adempimento dei doveri in parola a farci sentire ed essere tali e perché la dignità rimarrebbe priva di senso qualora non dovesse tradursi in essi, i quali poi, a loro volta e per la loro parte, concorrono a rigenerare la dignità, a servirla e, servendola,

---

<sup>288</sup> A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 20 aprile 2015, p. 10 e più ampiamente ID., *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, Giuffrè, 2013.

<sup>289</sup> E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, cit., p. 19.

<sup>290</sup> G. BASCHERINI, *I doveri costituzionali degli immigrati*, cit., pp. 98-99.

<sup>291</sup> S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico.*, Napoli, Jovene, 1986, p. 116, corsivi testuali.

a dare un senso a sé stessi»<sup>292</sup>. Tale prospettiva ha trovato conferma nella sent. 119/2015 della Corte Cost. sul servizio civile nazionale, che ha reciso quel legame con la mera difesa della Nazione, per riconnettersi ad un significato più ampio di solidarietà al contempo politica, sociale ed economica. Del resto, il tema della convertibilità dei doveri pubblici che siano insieme anche diritti ha trovato il suo spazio elettivo nel riconoscimento dell'obiezione di coscienza, come differente modalità di attuazione del dovere di difesa, così da garantire insieme il connubio tra dovere e diritto riconducibile alla protezione della sfera soggettiva di chi vi adempie. La prospettiva dei doveri del non cittadino interroga quindi i processi di integrazione e di inclusione che la Costituzione riconosce nei doveri di solidarietà *de iure condito*, nella prospettiva elaborata dagli studiosi e dalla giurisprudenza costituzionale (segnatamente alle sentt. 172/1999; 309/2013; 119/2015), e che *de iure condendo* necessita di una maggiore attenzione del legislatore affinché colga «la concretizzazione di tale valenza integrativa (...) investendo su un'idea sostanziale di cittadinanza in termini di partecipazione alle vicende e dunque ai diritti e doveri che caratterizzano la vita di una comunità»<sup>293</sup>. Prospettiva idonea altresì a svincolare la sfera della doverosità del non cittadino dalla sola ispirazione poliziesca<sup>294</sup>, di ordine pubblico e delle dinamiche di esclusione.

Infine, la previsione costituzionale dell'art. 53, a differenza degli artt. 52 e 54, non opera alcuna distinzione in base alla cittadinanza e sancisce che tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche. La riferibilità di tali doveri in capo ai non cittadini non è dubbia, anzi in genere si riferisce che la differenza essenziale tra i doveri di solidarietà politica e quelli di solidarietà economico-sociale si muove proprio sulla imputabilità dei primi ai cittadini e dei secondi a tutti<sup>295</sup>. Tuttavia vi è da dire che quest'impostazione sembra oramai datata alla luce dello stemperamento della categoria della cittadinanza per i doveri di natura più strettamente politica. Riprova che nell'accezione odierna di solidarietà non possono essere scissi chirurgicamente<sup>296</sup> il profilo dell'integrazione economica da quello sociale.

Il criterio cui è ispirato l'art. 53 è quello della territorialità, inteso come il collegamento tra il bene/attività economica ed il luogo in cui questo si trova/viene svolta, che nell'accezione della solidarietà economica indica la distribuzione oneri-benefici tra tutti i membri di un gruppo<sup>297</sup>. Il vero *punctum dolens* della norma è la sua

---

<sup>292</sup> A. RUGGERI, *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in *Dirittifondamentali.it*, 15 aprile 2014, p. 11.

<sup>293</sup> G. BASCHERINI, *La solidarietà politica.*, cit., p. 157.

<sup>294</sup> A. APOSTOLI, *Op. ult. cit.*, p. 133.

<sup>295</sup> E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, cit., p. 20.

<sup>296</sup> L'espressione è mutuata dal lavoro di F. SICURO, *Diritti fondamentali, doveri inderogabili e identità costituzionale. L'efficacia normativa del dovere di solidarietà nella società multiculturale*, in *Democrazia e sicurezza*, n. 1/2019, pp. 137 ss. (spec. p. 153).

<sup>297</sup> G. BASCHERINI, *I doveri costituzionali degli immigrati*, cit., p. 119, rileva come a tale criterio siano connesse due questioni: la prima è l'eventuale doppia imposizione cui lo straniero potrebbe esser sottoposto. A tal proposito si evidenzia come l'Italia abbia provveduto con convenzioni bilaterali, con la maggior parte dei Paesi di arrivo dei migranti presenti in Italia, contro tale eventualità. La seconda riguarda il profilo politico del dovere in questione, se da

asimmetria, poiché da un lato impone di adempiere agli oneri fiscali ma dall'altro lato non è riconosciuto allo straniero il diritto di incidere sulla rappresentanza politica col voto e di portare quindi la sua voce nell'Assemblea legislativa dove si prendono le decisioni sull'*an* e *quantum* delle imposte, nonché sull'allocazione in beni e servizi delle risorse cui lo stesso straniero ha contribuito a realizzare, in barba alle rivendicazioni *no taxation without representation*, proprio del costituzionalismo liberale<sup>298</sup>. E allora «Perché ritenere – come è stato fatto da parte della dottrina – che lo straniero sia titolare di tale dovere distinguendo fra profilo economico e politico della solidarietà?»<sup>299</sup>.

#### 4.1 La posizione del non cittadino rispetto al corpo elettorale

La distinzione tra cittadini e stranieri in relazione al diritto di voto mostra incrinature e contraddittorietà, laddove si pensi che il rapporto tra nozione giuridico-formale di cittadinanza e nozione politico-sostanziale di comunità politica<sup>300</sup> risulta già incrinato dal riconoscimento del diritto di voto al cittadino non residente, privo di quel legame col territorio che invece lo straniero residente vivifica tramite il contributo lavorativo, economico, fiscale<sup>301</sup> e l'adempimento dei doveri che la comunità richiede. Non solo; è già presente nel nostro ordinamento l'estensione del diritto di voto in base alla residenza, maturata per il momento esclusivamente per i cittadini europei con il d.lgs. 197/96 di attuazione della direttiva 94/80/CE concernente le modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali per i cittadini dell'Unione europea che risiedono in uno Stato membro di cui non hanno la cittadinanza. L'art. 5 riconosce in questo caso l'elettorato attivo e passivo, ad eccezione dell'elezione a sindaco.

Diversamente accade per i cittadini extra UE, per i quali il legislatore interno ha sinora compiuto scelte ben precise, come quella di non ratificare il Capitolo C della *Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale* del 1992, sull'inclusione a forme di partecipazione politica degli stranieri residente all'interno dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, o più tardi con lo stralcio dell'art. 38 sul

---

un lato allo straniero è richiesto di contribuire ai servizi anche a lui riconosciuti, dall'altro lato gli è negato di poter incidere con il suo voto all'elezione di rappresentanza politica che si faccia mediatore dei suoi interessi e che potrebbe quindi incidere sull'allocazione delle risorse.

<sup>298</sup> A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti*, cit., p. 30, ha sviluppato questo argomento ritenendo ripugnante e lesivo del valore democratico questo sistema.

<sup>299</sup> A. ALGOSTINO, *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, in *Costituzionalismo.it*, 13 aprile 2010.

<sup>300</sup> E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 194 ss.

<sup>301</sup> Sulla ricchezza prodotta i migranti in Italia in termini economici, lavorativi, fiscali e di natalità si possono consultare il *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione 2020*, a cura della Fondazione Leone Moressa; T. BOERI, *Costi e benefici dell'immigrazione tra percezioni e realtà*, 2018, all'url: [www.inps.it](http://www.inps.it)

del diritto di voto locale agli stranieri durante l'iter parlamentare di approvazione della l. 40/1998.

La dottrina si è invero interrogata su tale estensione e se ne possono ricavare quattro indirizzi principali<sup>302</sup>: quello più restrittivo<sup>303</sup> che considera irrinunciabile il legame tra *status civitatis* ed esercizio dei diritti di *activae civitatis*; quello che ritiene essenziale al suo auspicato superamento percorrere la via della revisione costituzionale<sup>304</sup>; quello intermedio (maggioritario) che sostiene essere adeguata allo scopo il ricorso alla legge ordinaria e quello (minoritario) di chi ritiene sufficiente una lettura evolutiva della Carta, nella prospettiva dei diritti umani e della democrazia sostanziale.

Il terzo indirizzo, cui si rifà come anticipato la dottrina maggioritaria<sup>305</sup>, riconosce che nella Costituzione si legge una limitazione del diritto di voto ai soli cittadini, che tuttavia si ritiene superabile per via legislativa, attraverso un'apertura ricollegabile al dato storico-sostanziale dell'appartenenza sul territorio. Non si avrebbe quindi un'estensione indiscriminata del diritto di voto, ma un processo graduato e differenziato dal legislatore, sì da garantire che quel riferimento ai "cittadini" dell'art. 48 sia diretto ad accertare un legame significativo con la comunità (ad. es. riconoscendolo ai soli stranieri residenti da un certo numero di anni e/o che distingua le consultazioni elettorali a cui lo straniero possa votare).

Tale tesi è avvalorata altresì dalla giurisprudenza costituzionale<sup>306</sup> già commentata (sent. 172/99) in materia di obbligo di leva, ove si è escluso che il riferimento al cittadino della norma costituzionale comporti un divieto, ma si è riconosciuto uno spazio entro il quale il legislatore può estendere la cerchia dei soggetti titolari del diritto/dovere. Sulla base di questi rilievi, la dottrina ha proposto di sostituire al principio di esclusione un principio di graduazione, il cui apprezzamento è sufficiente rimettere al legislatore «purché resti rispettata la *ratio* sottesa al continuo riferimento costituzionale al cittadino»<sup>307</sup>, e cioè di colui che in virtù del principio democratico partecipi – in vario modo – all'esercizio della sovranità popolare.

---

<sup>302</sup> Per una ricognizione puntuale di tutti gli indirizzi dottrinali emersi intorno al dibattito si rinvia a P. BONETTI, *Ammissione all'elettorato e acquisto della cittadinanza: due vie dell'integrazione politica degli stranieri. Profili costituzionali e prospettive legislative*, in *federalismi.it*, n. 11/2003.

<sup>303</sup> Su tutti C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1976, pp. 1152 ss.

<sup>304</sup> Riconducendosi all'analisi testuale dell'art. 48: F. LANCHESTER, *Voto (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 1121 ss.; T.E. Frosini, *Gli stranieri tra diritto di voto e cittadinanza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 17 maggio 2004.

<sup>305</sup> Cfr. *ex multis*: M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit., pp. 429 ss.; ID., *Alcune osservazioni su stranieri, voto e cittadinanza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 9 novembre 2014; C. CORSI, *Sovranità popolare, cittadinanza e diritti politici*, in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, I, Torino, Giappichelli, 2012, p. 154 ss.; E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, cit., p. 175; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali*, cit., p. 225.

<sup>306</sup> In tal senso G. COLETTA, *Verso l'estensione del diritto di voto ai non cittadini*, in A. D'Aloia (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 348 ss.

<sup>307</sup> C. CORSI, *Sovranità popolare*, cit., p. 147.

Al quarto indirizzo appartiene la lettura di chi ascrive la possibilità di fondare una titolarità da parte degli stranieri del diritto di voto «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” (...) impone di considerare irrilevante (o di superare) la lettera dell'articolo 48 Costituzione, per scongiurare un *vulnus* al carattere democratico dello Stato e la nascita di una nuova classe di “sudditi” e di “esclusi”»<sup>308</sup>. Più precisamente, si ritiene che non osti a tale lettura estensiva il riferimento ai soli cittadini contenuto nell'art. 48 Cost., sia perché la sua *ratio* è tesa all'affermazione del suffragio universale, sia perché la Corte Cost. ha dimostrato che l'elemento letterale non è impeditivo ad un'interpretazione più ampia della disposizione senza ricorrere a riforme costituzionali o interventi del legislatore (come accaduto per gli artt. 3 e 52 Cost.). Siffatta tesi riprende infine la costruzione crisafulliana<sup>309</sup> dei diritti di partecipazione alla sovranità popolare, che non si restringono solamente a quelli “strettamente” politici, ma si rinvergono anche nell'esercizio di altri diritti, come quello di associazione<sup>310</sup> e di riunione<sup>311</sup> (dei quali si è ampiamente superato l'ostacolo letterale ai soli “cittadini”). Come per essi e per altri diritti il discrimine tra “cittadini” e “tutti” della formula letterale è stato superato attraverso una lettura evolutiva della Carta, così tale strada sarebbe allora praticabile anche per il diritto di voto espressione della sovranità popolare, che gli stranieri già esercitano seppure in forma frammentata.

Pur condividendo l'impostazione su cui si fonda la rilettura della Costituzione da parte della dottrina più avanzata, a chi scrive pare indispensabile l'intermediazione del legislatore. Acquisite dunque come salde le interpretazioni adeguatissime fornite, ad esso spetterà individuare le modalità con le quali coinvolgere il non cittadino nel corpo elettorale e ratificare così anche il capitolo C della Convenzione di Strasburgo del 1992.

A riprova della circostanza che il mancato intervento del legislatore può costituire un ostacolo al riconoscimento del diritto di voto, si possono osservare le vicende che hanno riguardato regioni e comuni, nella valorizzazione dei c.d. diritti di

---

<sup>308</sup> A. ALGOSTINO, *Il diritto di voto degli stranieri: una lettura - controcorrente - della Costituzione*, in *Ius migrandi*, cit., p. 464. Tale tesi è sostenuta dall'A. anche in altri suoi scritti su tutti si veda la monografia *I diritti politici dello straniero*, Napoli, Jovene, 2006.

<sup>309</sup> V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Rassegna Giuliana di Diritto e Giurisprudenza*, 1954, spec. pp. 40 ss.

<sup>310</sup> Sull'estensione della libertà di associazione al non cittadino cfr. A. MORELLI, *Associazione*, in *Dizionario dei Diritti degli Stranieri*, cit., pp. 86 ss.

<sup>311</sup> ID., *Riunione*, in *Dizionario dei Diritti degli Stranieri*, cit., p. 649 ss. l'A. richiama, sulla libertà di riunione degli stranieri, la giurisprudenza costituzionale che ha definito tale diritto come strumento necessario per l'uomo di scambiare idee, conoscenze e convinzioni in società (Corte Cost. sent. 90/1970), pertanto a supporto dell'estensione al non cittadino si rifà alla giurisprudenza costituzionale maturata sul principio di eguaglianza in materia di diritti inviolabili. Ma vi è di più, convergono verso tale lettura gli atti e le consuetudini internazionali che non fanno dipendere il diritto di riunione dalla cittadinanza (art. 11 CEDU e art. 20 Dichiarazione dei diritti umani del 1948) e le fonti del diritto UE (art. 12 Carta dei diritti fondamentali).

residenza<sup>312</sup>. Tra gli strumenti volti a realizzare forme di integrazione a partire dalla partecipazione politica vi è stato un largo ricorso ad organismi che svolgono attività promozionale e consultiva: la Consulta per l'integrazione, Consiglieri aggiunti, Registri di associazioni di stranieri, Consigli territoriali per l'Immigrazione. Tramite essi si è istituzionalizzata quell'idea di incontro tra culture diverse, in grado di favorire la conoscenza dello straniero e dei suoi bisogni, volta alla realizzazione di politiche inclusive. La loro conformazione solo promozionale tuttavia li caratterizza come «strumenti di coinvolgimento *soft*»<sup>313</sup>, vista la natura consultiva e non vincolante, inidonea ad incidere sul circuito dell'indirizzo politico locale o negli organismi rappresentativi. Valutazioni confermate anche empiricamente, a riprova delle osservazioni di quella parte della dottrina sul «carattere esclusivo del voto come diritto proprio dello *status* di cittadino in senso proprio»<sup>314</sup>.

Del resto anche tentativi più coraggiosi, come quelli delle delibere statutarie di Emilia-Romagna<sup>315</sup> e Toscana<sup>316</sup>, che hanno posto l'obiettivo di promuovere l'estensione del voto ai migranti, sono stati disinnescati dalle pronunce della Corte Costituzionale (sentt. 372 e 379 del 2004)<sup>317</sup>, che ne ha dichiarato l'inefficacia. La Consulta, argomentando sulla natura programmatica delle disposizioni scrutinate, ha sottolineato che esse hanno carattere non prescrittivo e non vincolante, ne deriva allora «che esse esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa».

Sorte simile è toccata ai Comuni che hanno tentato di introdurre strumenti di partecipazione politica<sup>318</sup> effettiva, inserendo nel proprio statuto il diritto di voto per le elezioni circoscrizionali ovvero alle elezioni comunali. Emblematici sono stati i

---

<sup>312</sup> Sul fondamento delle disposizioni del d.lgs. 286/98: artt. 2, co. 4, 9, co. 12, lett. d) e 42, co. 4; e del d.P.R. 394/99: artt. 55 e 57.

<sup>313</sup> Così F. ABBONDANTE, S. PRISCO, *La condizione giuridica degli immigrati e le politiche degli enti territoriali tra integrazione e rifiuto*, in *astrid-online*, 2009, p. 49. Sull'ambivalenza di questi strumenti di partecipazione politica si veda anche A. D'ALOIA, A. PATRONI GRIFFI, *La condizione giuridica dello straniero tra valori costituzionali e politiche pubbliche*, in *Rivista amministrativa della regione Campania*, n. 4/1995, pp. 265-266. Similmente T.F. GIUPPONI, *Gli stranieri extracomunitari e la vita pubblica locale: c'è partecipazione e partecipazione*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 13 novembre 2014, p. 3.

<sup>314</sup> S. STAIANO, *Op. cit.*, p. 25.

<sup>315</sup> Art. 2, co. 1, lett. f) della delibera statutaria della Regione Emilia-Romagna, approvata in prima deliberazione il giorno 1° luglio 2004, ed in seconda deliberazione il giorno 14 settembre 2004.

<sup>316</sup> Art. 3, co. 6 dello statuto della Regione Toscana, approvato in prima deliberazione il 6 maggio 2004 e, in seconda deliberazione, il 19 luglio 2004.

<sup>317</sup> Sul disappunto alle due pronunce c'è un'ampia letteratura, cfr. *ex multis*: A. RUGGERI, *Gli statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 9 dicembre 2004; A. ANZON, *L'“inefficacia giuridica” di norme “programmatiche”*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2004.

<sup>318</sup> Cfr. E. ROSSI, M. VRENNNA, *Brevi considerazioni in tema di diritto di voto agli stranieri nelle elezioni regionali e locali*, in *Dir. Imm. e Citt.*, fasc. 2/2006, pp. 13 ss.; E. LAGANÀ, *La questione aperta dei diritti politici degli “stranieri” (con particolare riguardo al diritto di voto a livello locale)*, in *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, cit. pp. 415 ss.

casi del comune di Forlì<sup>319</sup> nel 2001 e del comune di Genova<sup>320</sup> nel 2004, dove lo scontro politico-istituzionale<sup>321</sup> è stato certamente più acceso che per gli statuti regionali.

Il comune di Forlì introduceva l'elettorato attivo e passivo dei cittadini extracomunitari residenti nelle circoscrizioni comunali ai sensi degli artt. 8 e 17 TUEL. Interrogato il Consiglio di Stato<sup>322</sup>, è stato escluso il *vulnus* agli articoli 48 e 51 Cost. «dato che lo straniero elettore a livello circoscrizionale non è chiamato a determinare le scelte di fondo dell'ente, né tanto meno a dare vita ad una maggioranza di governo, ma soltanto a far valere le proprie esigenze in forma partecipativa e consultiva in materia di servizi di base». Sul caso Genova i giudici di Palazzo Spada<sup>323</sup> esprimevano un parere diverso in relazione all'elettorato attivo e passivo degli stranieri residenti e apolidi sia alle elezioni comunali che circoscrizionali. In particolare condannavano l'inosservanza della riserva di legge, che nella specifica materia elettorale relativa ai Comuni è posta dall'art. 117, co. 2, lett. p) Cost., per altra via dunque confermando la possibilità del legislatore nazionale di procedere alla discussa estensione. Per quel che concerne poi le elezioni circoscrizionali, oltre a non riconoscere un ruolo esclusivamente consultivo a tali "unità minori", i giudici hanno rilevato che l'art. 17 TUEL riconosce la potestà statutaria e regolamentare del Comune per le "forme" del procedimento elettorale, alle quali non è riconducibile il riconoscimento del diritto di elettorato, che non attiene a profili formali del procedimento, bensì a profili sostanziali.

Lo sguardo sullo stato dell'arte da un lato conferma che il diritto di voto non pare ancora dissociato dalla cittadinanza in senso formale, ma dall'altro evidenzia che il mancato ampliamento del diritto di voto locale allo straniero è strettamente legato a questioni di natura politica. È dunque essenziale un intervento statale, che oltre ad assolvere alla riserva di legge – come sottolineato dal Consiglio di Stato – perseguirebbe una finalità ulteriore, quella dell'omogeneità con un intervento unitario sul territorio nazionale.

Attualmente in *stand by* alla Camera dei deputati c'è l'ultima<sup>324</sup> proposta di legge di iniziativa popolare presentata *Nuove norme per la promozione del regolare soggiorno e*

---

<sup>319</sup> Statuto del Comune di Forlì, approvato con delibera consiliare in data 9 aprile 2001, art. 50.

<sup>320</sup> Statuto del Comune di Genova, approvato con deliberazione consiliare n. 105 del 27 luglio 2004, artt. 19, 30, 38 e 49.

<sup>321</sup> Si veda la circolare del Ministero dell'interno - Miaitse n. 4/2004 del 22 gennaio 2004, in cui è stato ribadito l'orientamento negativo circa la possibilità, in generale, di riconoscere a tali soggetti il diritto di voto per l'elezione del Sindaco e del Consiglio del Comune e della Circoscrizione nonché di essere eleggibili a consiglieri o nominati componenti della Giunta.

<sup>322</sup> Sez. II, 28 luglio 2004, n. 8007.

<sup>323</sup> Sez. I, 16 marzo 2005, n. 9771, per un commento congiunto ad entrambi i pareri cfr. R. FINOCCHI GHERSI, *Immigrati e diritto di voto nell'attività consultiva del Consiglio di Stato*, in *Giornale dir. amm.*, n. 5/2006, pp. 539 ss.

<sup>324</sup> Nell'ottica riformatrice della materia si pongono anche i disegni di legge AC 909 (on. Migliore e altri) e AS 639 (sen. De Petris e altri), entrambi miravano ad introdurre all'art. 2 del d.lgs. 286/98 il comma 4 bis, sul diritto di voto dello straniero residente da cinque anni

*dell'inclusione sociale e lavorativa di cittadini stranieri non comunitari*, che non a caso lega temi tra loro profondamente interconnessi: lavoro, integrazione, assistenza sanitaria, assistenza sociale ed elettorato.

La questione del diritto di voto degli stranieri ha tuttavia negli ultimi anni perso dinamismo e interesse, da parte degli attori istituzionali, ma anche della stessa dottrina. Le ragioni sono molteplici, *in primis* per l'urgenza di rispondere alla regressione complessiva del diritto dell'immigrazione (come si vedrà nei prossimi due capitoli) che è tornata a mettere in discussione i dritti inviolabili, quali asilo, libertà, diritto alla vita. Se nei primi anni Duemila c'era stato un forte fermento innovativo che aveva attraversato studiosi e attori istituzionali, coinvolgendo i vari livelli di governo, concentrati sulle politiche *per* l'immigrazione, con la crisi economica finanziaria-mondiale degli anni successivi, accompagnata dal successo di movimenti xenofobi e anti-europeisti, si è assistito ad una *débâcle* che ha rimesso in discussione i capisaldi delle politiche *di* immigrazione. In questo contesto la questione del diritto di voto è stata dunque accantonata dalla contrazione degli altri diritti che premono sulla dignità della persona in maniera più prepotente.

Non bisogna poi tralasciare la più generale crisi esogena che riguarda il corto circuito rappresentanza-visibilità e la rottura dell'identità tra governanti e governati, con riferimento specifico alla crisi della rappresentanza e dei modelli classici della partecipazione democratica, che «non aiutano più i cittadini politici a divenire visibili nei processi di determinazione ed attuazione dell'indirizzo politico»<sup>325</sup>. Il tema dei populismi rende più complesso lo scenario entro il quale si erano per ora attestate le istanze di partecipazione politica degli stranieri. Da un lato, infatti, lo straniero è la vittima per eccellenza del populismo c.d. di destra, xenofobo e anti-pluralista; dall'altro la sua voce trova espressione e riconoscimento nel populismo c.d. di sinistra, il populismo democratico, che non si contrappone alla rappresentanza, ma alla sua degenerazione<sup>326</sup>. Quest'ultimo è in grado di assorbire la categoria della sovranità popolare in maniera più inclusiva ed estesa (attraverso forme di democrazia partecipativa, diretta, locale, di prossimità)<sup>327</sup>, dal momento che dà voce a chi è escluso o perché non rappresentato affatto o non è rappresentato dalle forze di maggioranza.

Nel rinnovato scenario, la fuga dai simulacri della rappresentanza non ha però reso anacronistica la richiesta di ampliamento del corpo elettorale ai cittadini stranieri. Le battaglie “dal basso” del populismo democratico infatti integrano, ma non sostituiscono, il ruolo centrale dei luoghi classici della rappresentanza democratica, che rimane un caposaldo indiscusso. È necessario allora che nei processi di integrazione dello straniero sul territorio guidati “dall'alto” siano finalmente tradotti politicamente gli studi della dottrina e i sussulti delle regioni e degli enti locali sul

---

in Italia. in tema si veda D. FIUMICELLI, *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*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1° febbraio 2014.

<sup>325</sup> A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 66.

<sup>326</sup> *Ivi*, pp. 45 ss.

<sup>327</sup> *Ivi*, pp. 50-51.

riconoscimento dell'elettorato attivo e passivo, oltre che dei cittadini stranieri UE anche dei cittadini stranieri extra UE.

## 5. Il diritto a essere diversi

Il tema dei diritti e dei doveri costituzionali del non cittadino non può tralasciare quello dell'identità culturale.

Il diritto ad essere diversi nelle costituzioni del dopoguerra<sup>328</sup> è stato pensato all'interno di una società plurale, ma non riguardo alle specificità di società multiculturali, multietniche e multireligiose, come sono andate definitivamente ad affermarsi con le migrazioni internazionali. L'aumento di fenomeni migratori planetari ha messo quindi alla prova la capacità specialmente dei Paesi di più recente immigrazione di governare la radicale diversità culturale, religiosa e linguistica dello straniero. Più precisamente, essi si sono trovati di fronte alla sfida del mantenimento dell'unità e della pace sociale «in un contesto del quale non si vuole negare il carattere plurale e in cui il principio di uguaglianza nei diritti si accompagna con il diritto ad essere diversi, nella molteplicità delle sue espressioni»<sup>329</sup>.

Le principali declinazione del diritto ad essere diversi si ritrovano codificate, per ragioni storiche, nella libertà religiosa e nei diritti linguistici, i quali possono considerarsi aspetti che s'intrecciano e a volte coincidono, ma che non si identificano *tout court* con i diritti culturali, dei quali costituiscono una *species*.

Una definizione compiuta di "cultura" è difficilmente rinvenibile, sia nelle scienze umane che in quelle sociali. Nei testi giuridici la parola può riferirsi a diversi significati, cioè all'accezione relativa alla conoscenza specialistica o più in generale all'istruzione, ovvero all'accezione relativa alla vita intellettuale e artistica di una comunità. La definizione più vicina al discorso che qui si vuol sviluppare si ritrova nel preambolo della *Dichiarazione universale sulla diversità culturale* dell'UNESCO, che considera la cultura «come un insieme dei distinti aspetti presenti nella società o in un gruppo sociale quali quelli spirituali, materiali, intellettuali ed emotivi, e che include sistemi di valori, tradizioni e credenze, insieme all'arte, alla letteratura e ai vari modi di vita». In altri termini non dovrebbe esser negato *the right ... to enjoy their own culture*<sup>330</sup>.

---

<sup>328</sup> Nelle Costituzioni di più recente formazione invece si ritrovano indicazioni esplicite di multiculturalismo, per diretta codificazione del termine, o di lemmi simili come la diversità culturale ed etnica. Si registra inoltre che in alcuni casi il multiculturalismo è assunto come elemento di identificazione della forma di Stato, che può definirsi appunto multiculturale poiché «il rapporto tra sovranità e popolazione è ispirato alla definitiva rottura del rapporto *ethnos/demos* quale elemento costitutivo della cittadinanza». Cit. I. RUGGIU, *Il Giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, Franco Angeli, 2012, p. 223.

<sup>329</sup> T. GROPPI, *Multiculturalismo 4.0*, in G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, Esi, 2018, p. 732.

<sup>330</sup> Così recita l'art. 27 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, adottato dall'ONU il 16 dicembre 1966.

Dinanzi alle istanze di identità culturale, in forma individuale o collettiva, che coinvolgono le popolazioni immigrate, si è soliti rinvenire due principali modelli giuridici<sup>331</sup>: quello assimilazionista e quello comunitarista. Di seguito se ne tracciano i contorni, prendendo in considerazione quelli del vecchio continente.

Il primo, sintetizzabile nell'appiattimento delle diversità in nome dei valori di eguaglianza e del laicismo<sup>332</sup>, connota l'esperienza d'oltralpe<sup>333</sup>.

La Francia ha una lunga tradizione come Paese di immigrazione e ai due valori sopra indicati ha ispirato le relative politiche. A ciò si aggiunge che fin dall'Ottocento la necessità di rinfoltire la popolazione e i suoi cittadini ha portato a privilegiare politiche orientate all'acquisto della cittadinanza nazionale. Un'immigrazione dunque *orientée à la nationalité*, per cui l'adesione ai valori e ai modelli culturali nazionali era concepita come un atto "naturale" e "spontaneo". Si capisce allora come integrazione e assimilazione siano stati a lungo considerati processi tra loro intercambiabili ed equivalenti. Non a caso il termine *immigré* non traduce la semplice condizione di immigrato, ma può designare altresì il cittadino che sia nato in un Paese straniero e successivamente sia stato naturalizzato cittadino francese. Il termine indica in sostanza una condizione permanente, poiché anche dopo l'acquisto della cittadinanza «si è francesi di diritto (per nazionalità), si è invece (e si continua a essere) immigrati di fatto (per storia)»<sup>334</sup>. Le facilitazioni all'ingresso e alla naturalizzazione dei cittadini algerini, a partire dal *Code de la nationalité* del 1961/1962 e successivamente degli immigrati provenienti dalle ex colonie, ha finito ben presto per rivelare le contraddizioni del modello. All'eguaglianza formale tra cittadini di origine francese e cittadini di origine straniera corrisponde un livello di diseguaglianza abitativa e sociale forte per ciò che concerne i tassi di occupazione, d'istruzione, di accesso ai servizi sociali *et similia*. Noto è l'apice del conflitto sociale e delle rivendicazioni identitarie sfociato nelle rivolte delle *banlieues* tra il 2006 e il 2007.

Attualmente la Francia ha parzialmente rivisto il suo approccio, passando da un modello di integrazione spontaneo e di automatica adesione ai valori e principi della Repubblica a un modello di integrazione progressiva. Il percorso di reciproco impegno tra i nuovi arrivati e la Repubblica è suggellato nel *contract d'intégration*

---

<sup>331</sup> Per una panoramica più completa si rinvia a S. PRISCO, *I modelli istituzionali di integrazione musulmana in Europa e il caso dell' "Islám italiano"*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, vol. II, Bari, Cacucci, 2012, pp. 1045 ss. (spec. p. 1049).

<sup>332</sup> Sulla linea evolutiva del c.d. "separatismo ostile" cfr. S. PRISCO, *La laicità e i suoi contesti storici. Modelli socio-culturali e realtà istituzionali a confronto*, in *Laicità*, cit., pp. 10 ss.

<sup>333</sup> Per una panoramica generale si rinvia *ex multis* a E. GROSSO, *Dall'assimilazione desiderata all'identità rivendicata. Ascesa e crisi del modello francese di integrazione di fronte all'inedita sfida del multiculturalismo*, in *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, pp. 297 ss.; V. TURCHI, *Convivenza delle diversità, pluralismo religioso e universalità dei diritti. Modelli di approccio. Indicazioni metodologiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 16/2017; D. COSTANTINI (a cura di), *Multiculturalismo alla francese? Dalla colonizzazione all'immigrazione*, Firenze, Firenze University Press, 2009.

<sup>334</sup> E. GROSSO, *Op. cit.*, p. 302.

*républicaine*<sup>335</sup>, con il quale lo straniero che ha fatto ingresso per la prima volta in Francia s’impegna a svolgere un percorso di integrazione personalizzato. «L’accettazione dell’ “essere francesi” (...) diventa l’obiettivo di un ben preciso investimento in termini culturali, educativi e – naturalmente – economici»<sup>336</sup>.

Il modello multiculturale all’inglese si è invece sviluppato su premesse storiche e radici culturali differenti. La Gran Bretagna ha da sempre gestito i rapporti con i propri coloni nel rispetto delle autonomie e delle tradizioni locali, purché rispettose del riconoscimento della sovranità della Corona e del sistema economico e commerciale interno al *Commonwealth*.

Le peculiarità del modello di non ingerenza dell’impero colonizzatore hanno caratterizzato anche la gestione della successiva fase<sup>337</sup> di decolonizzazione e di convivenza con l’Altro improntata al rispetto delle soggettività plurali. Più precisamente, il modello multiculturale britannico si caratterizza per il riconoscimento della pluralità delle culture, stili di vita, tradizioni, religione e assegnando altresì un ruolo politico alle comunità immigrate. Esso ha avuto modo di essere implementato a partire dal secondo dopoguerra e in particolare dal *Nationality Act* del 1948, che ha esteso i diritti di cittadinanza britannica a tutti gli abitanti del Commonwealth. A tale legge ne sono seguite altre, sempre nell’ottica del riconoscimento delle diversità: il *Commonwealth Immigrants Act* del 1968 per il mutuo riconoscimento delle etnie diverse e il *Race Relations Act* del 1976 la legge sul c.d. “trattamento differenziato”.

All’interno di siffatto sistema si collocano gli strumenti di pluralismo giuridico, tra cui gli *Sharia Councils*<sup>338</sup>, organizzazioni private composte non da giudici, ma da studiosi di diritto islamico e che si occupano di rilasciare pareri su controversie di carattere religioso e risolte sulla base del diritto islamico, che per lo più afferiscono a questioni di diritto familiare. Alle decisioni promananti da queste corti non veniva

---

<sup>335</sup> Introdotta con la legge n. 2016-274.

<sup>336</sup> E. GROSSO, *Op. cit.*, p. 313.

<sup>337</sup> C. MARTINELLI, *Il modello culturale britannico, tra radici storiche e criticità sopravvenute*, in *Strumenti, percorsi e strategie dell’integrazione nelle società multiculturali*, cit., pp. 317 ss. L’A. specifica che tale continuità tra gestione delle colonie e modello multiculturale si spiega guardando all’approccio «degli inglesi verso qualunque *issue*. Come è noto, i britannici tendono a introiettare tutto ciò che deriva dalla propria tradizione» (*ivi*, p. 342). Sul punto vedi anche F. ABBONDANTE, *Multiculturalismo e dimensione di genere: una difficile convivenza tra differenza e uguaglianza*, in Ead. – S. Prisco, (a cura degli stessi), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, p. 13, nota 20.

<sup>338</sup> Sul tema delle c.d. corti islamiche si vedano i contributi di P. PAROLARI, *Shari’ah e corti islamiche in Inghilterra tra mito e realtà. Pluralità di ordinamenti giuridici e interlegalità nelle società multireligiose e multiculturali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 1/2017, pp. 157 ss.; A. RINELLA, M.F. CAVALCANTI, *I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 1/2017, pp. 69 ss.; C. MENNILLO, *Islam e Occidente: gli Shari’a Councils in Inghilterra*, in *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, cit., pp. 271 ss.; G. ANELLO, «Fratture culturali» e «terapie giuridiche». *Un percorso giurisprudenziale tra multiculturalità e soluzioni interculturali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2009.

sulle prime e tuttavia assegnato valore giuridico esterno, poiché esse producevano effetti sul piano interno alla comunità di riferimento.

Allo scopo di riportare la giuridicità dei pareri rilasciati sulla base della legge sciaraitica al più generale quadro delle garanzie e i principi dell'ordinamento britannico nel 2007 fu costituito il *Muslim Arbitration Tribunal* (MAT), una corte arbitrale che fonda la propria legittimità nella disciplina dettata dall'*Arbitration Act* del 1996. Attraverso di essa si assicura ai fedeli musulmani l'applicazione del diritto islamico nel pieno rispetto sistema giuridico britannico, assegnando così efficacia giuridica alle decisioni adottate sulla base di entrambi i sistemi<sup>339</sup>.

L'esistenza di corti islamiche tuttavia non è stata priva di insofferenze nel Paese. Nel febbraio 2008, l'intervento presso le *Royal Courts of Justice* dell'allora Arcivescovo di Canterbury sul rapporto tra il diritto statale britannico e i diritti religiosi e sulla necessità di creare uno spazio giuridico comune aperto a tutti, in cui non vi fosse rivalità tra ordinamento islamico e quello britannico, ma riconoscimento delle specificità religiose, sollevò una tempesta mediatica<sup>340</sup>. Forti sono state le critiche verso un sistema di giustizia definito "parallelo", opaco e discriminatorio e che all'inverso si è propugnato di superare a favore della *one law for all*<sup>341</sup>.

A scuotere il modello multiculturale britannico non è stata solamente la questione della giustizia religiosa islamica, ma soprattutto la vicenda gli attentati terroristici di Londra del 2005, che hanno mostrato le falle di un sistema che ormai non riusciva più a produrre integrazione, ma mostrava all'opposto frammentazione sociale. Il *revirement* britannico – che tuttavia è bene chiarire non sia mai virato verso il modello francese – è palesato nel famoso discorso del *premier* David Cameron del 5 febbraio 2011<sup>342</sup>, durante il quale fu annunciata la fine del modello di tolleranza passiva, il cui posto è assegnato al liberalismo muscolare.

La crisi dei modelli nell'attuale scenario politico europeo vede la convergenza degli stessi verso le politiche della c.d. *civic integration*, ossia l'insieme di misure volte ad accertare conoscenze culturali e linguistiche nazionali, nonché l'adesione agli ideali repubblicani.

Il percorso di integrazione civica può interessare le politiche di ingresso, e/o quelle di rinnovo dei titoli di soggiorno e/o quelle dell'acquisto della cittadinanza.

---

<sup>339</sup> A. RINELLA, M.F. CAVALCANTI, *Op. cit.*, p. 87. I MAT costituiscono un chiaro esempio di integrazione tra diritto islamico e diritto UK sotto diversi punti di vista. Come è possibile osservare dalla composizione del collegio che prevede la presenza non solo di esperti di diritto islamico, ma anche di un *solicitor* o di un *barrister* abilitato a esercitare dinanzi alle Corti di Inghilterra e Galles. I lodi arbitrali, poi, possono essere resi esecutivi secondo la legge vigente e sono altresì suscettibili di *judicial review* dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

<sup>340</sup> Sulla vicenda, l'indagine condotta sulle corti islamiche, il dibattito politico, dottrinale e mediatico che ne è scaturito, si veda F. SONA, *Giustizia religiosa e islam. Il caso degli Shari'ah Councils nel Regno Unito*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 34/2016.

<sup>341</sup> D. MACEOIN, *Sharia Law or "One Law for All"*, London, Civitas, 2009.

<sup>342</sup> Cfr. *Cameron on multiculturalism: Blaming the victims*, Editorial, *The Guardian*, 7 febbraio 2011; S. ANGELETTI, *Il discorso di David Cameron riaccende il dibattito sul multiculturalismo*, in *federalismi.it*, 9 marzo 2011; C. MARTINELLI, *Op. cit.*, p. 330.

Gli studi di natura sociologica<sup>343</sup> hanno tuttavia messo in guardia dal pericolo che tali modelli riproducano forme di controllo, volte a selezionare i più “integrabili” da un punto di vista culturale (evitando così la contaminazione con la cultura del Paesi di immigrazione) ed economico (in modo particolare nel mercato del lavoro). Spostandosi poi dal piano dei modelli a quello empirico, è stato notato<sup>344</sup> che la canonica distinzione tra assimilazionismo e multiculturalismo dev’essere relativizzata, giacché sia in Francia, sia in Gran Bretagna si ritrovano oggi problematiche e risposte alle stesse simili: la difficile promozione di un’eguaglianza sostanziale delle minoranze e di cittadini di seconda classe; la canalizzazione dei problemi di sicurezza sociale verso le diversità religiose e culturali.

### 5.1 Il non-modello italiano e l’attivismo giudiziario

Posto che i due modelli di riferimento sono andati nel tempo a contaminarsi, l’Italia sembra non collocarsi né nell’orizzonte assimilazionista, né in quello multiculturalista.

Partendo dall’inquadramento costituzionale, come noto, al suo interno non esiste un riconoscimento esplicito dei diritti culturali e per ragioni di ordine storico, essa tutela in maniera esplicita solamente la diversità linguistica (art. 6) e quella religiosa (art. 19). Questo non significa che tale diritto non abbia fondamento costituzionale, anzi a ben vedere ve ne è più di uno, oltre a quelli già menzionati: l’art. 2 che riconosce lo sviluppo della personalità del singolo nelle formazioni sociali; l’art. 25 sul diritto al giudice naturale, ossia quello in grado di interpretare correttamente i fatti perché appartiene a (o conosce) il *background* comportamentale; infine l’art. 117, che, riconoscendo tra le fonti del diritto i trattati internazionali, ne consente o meglio impone l’ingresso a identità culturali, in forme vincolanti per il nostro ordinamento. Il legislatore nazionale dal suo canto non ha mai fatto una scelta precisa, limitandosi a disciplinare singoli campi di intervento, nei quali è possibile intravedere alternativamente l’ispirazione del modello multiculturalista e/o di quello assimilazionista., rispettivamente all’interno del Testo Unico dell’Immigrazione (artt. 38 e 41) o negli interventi occasionali caratterizzati dall’uso simbolico<sup>345</sup> del diritto penale (l’art. 583 bis c.p. sulle *Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili* e l’art. 600 *octies* c.p. *Impiego di minori nell’acquattonaggio*).

---

<sup>343</sup> Cfr. *ex multis* V. CARBONE, E. GARGIULO, M. RUSSO SPENA, *Tra Piani, Accordi e discorsi morali e securitari: la via italiana alla civic integration*, in *Ius migrandi*, cit., pp. 390 ss. secondo gli autori la grammatica del merito e la logica del controllo sociale, che si realizza mediante la *civic integration*, veicolano il messaggio per cui «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» (*ivi*, p. 396).

<sup>344</sup> M. AMBROSINI, *L’immigrazione e la sfida dell’integrazione*, in *Strumenti, percorsi e strategie dell’integrazione nelle società multiculturali*, cit., p. 698.

<sup>345</sup> In tal senso V. MASARONE, *L’incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dommatiche*, in *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, cit., pp. 90 ss. (spec. p. 97).

Di seguito si ricostruiranno gli interventi principali che hanno connotato l'esperienza italiana, nella tensione tra un'imprecisata prospettiva multiculturalista e assimilazionista.

Tra i primi atti si registra la *Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*<sup>346</sup> adottata solo nel 2007, un documento di natura dichiarativa che è attraversato dal binomio solidarietà e responsabilità verso la Costituzione, quale punto di incontro tra cittadini autoctoni e chi voglia risiedere in Italia (anche se dalla lettura si evince un chiaro target islamico). Essa nello specifico ha per oggetto i diritti sociali: lavoro, salute, scuola, istruzione e formazione; famiglia; laicità e libertà religiosa; e si rivolge anche a chi è già cittadino non con la volontà non di tracciare un confine tra noi e gli altri, ma «un invito a sentirsi parte di un contesto che tutti i (vecchi e nuovi) cittadini sono chiamati a rispettare»<sup>347</sup>. L'adesione alla *Carta* presuppone una comunanza culturale minima. Ma allo stesso tempo si fonda sulla *reductio ad unum* degli immigrati al musulmano, «vale a dire la ricostruzione di un gruppo di persone, in realtà assai diverse, in base ad un criterio religioso come la comune adesione all'Islam»<sup>348</sup>. La *Carta* è stata infatti elaborata su iniziativa governativa con solamente alcune componenti delle comunità religiose nazionali e tra di esse con gli esponenti più moderati dell'Islam. A tal proposito in maniera meno neutrale che in altri documenti, e della stessa Costituzione, sono individuati limiti precisi alla poligamia, alle mutilazioni genitali femminili e verso alcuni simboli religiosi. Aspetto che appare in un certo senso criticabile, poiché si concentra sulle pratiche più problematiche, senza tener conto degli approdi giurisprudenziali (come si vedrà a breve) e considerare che «la geografia delle relazioni sociali può trasformare l'interpretazione dei valori ad esse sottesi»<sup>349</sup>.

Con la l. 94/2009, all'interno del d.lgs. 286/98 è inserita la prima definizione legislativa di integrazione all'art. 4 *bis*<sup>350</sup> e con essa l'introduzione dell'accordo di integrazione, detto anche c.d. "permesso a punti"<sup>351</sup>. Si tratta di un impegno assunto

---

<sup>346</sup> Ministero dell'Interno, decreto 23 aprile 2007. Per un approfondimento si rinvia a A. D'ALOIA, G. FORLANI (a cura di), *La Costituzione e i "nuovi cittadini". Riflessioni sulla Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*, Parma, MuP, 2018.

<sup>347</sup> A. D'ALOIA, *Introduzione*, in *La Costituzione e i "nuovi cittadini"*, cit., p. 5.

<sup>348</sup> N. COLAIANNI, *Una «carta» post-costituzionale?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, giugno 2007, p. 8. L'A. ricorda come questa confusione tra libertà religiosa e ordine pubblico finisca per violare il divieto di attrazione nell'orbita statale sia di materie rientranti nell'ordine confessionale sia materie diverse come quelle dei diritti sociali e l'ordine pubblico.

<sup>349</sup> G. ANELLO, *Immigrazione: una sfida di multiculturalismo, solidarietà, integrazione. La Carta dei valori e l'interpretazione del cambiamento: una rilettura mediterranea*, in *La Costituzione e i "nuovi cittadini"*, cit., p. 129.

<sup>350</sup> «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».

<sup>351</sup> Il d.P.R. 14 settembre 2011 disciplina nel dettaglio l'accordo, il suo ambito oggettivo e soggettivo, le modalità di verifica degli adempimenti e le collaborazioni interistituzionali. L'accordo di compone di tre parti: lo schema da sottoscrivere al momento dell'ingresso; la tabella dei crediti che si riconoscono in base al grado di conoscenza della lingua italiana raggiunto, della cultura e della vita civile (in cui sono ricomprese i settori della sanità, della

dallo straniero a raggiungere gli obiettivi dell'integrazione entro il periodo di validità del permesso. Una sorta di integrazione obbligatoria per via legislativa<sup>352</sup>, che condiziona, ponendola sotto l'incudine dell'eventuale espulsione, i diritti sociali e i doveri dello straniero. Ad un anno dall'entrata in vigore nel 2010 è stato adottato il *Piano per l'integrazione nella sicurezza Identità e Incontro*<sup>353</sup> che già dal suo titolo evoca un modello assimilazionista e securitario di integrazione. Vi si legge testualmente che «Identità, incontro ed educazione sono le parole chiave di un “modello italiano” di integrazione», in cui assume centralità il percorso della persona, pensata isolatamente dal gruppo etnico, linguistico o religioso di appartenenza, dal momento che, «se l'integrazione vera richiede una relazione reciproca, il centro di tutto è ancora una volta la persona e non lo Stato». Sono poi individuati i cinque assi nei quali si dipana la vita di chi migra e altrettante corrispettive condizioni prioritarie che il piano intende realizzare: educazione e apprendimenti; scuola per i minori e lavoro per gli adulti; accesso alla casa e ai servizi essenziali. La sua attuazione successiva è stata dunque fortemente condizionata dalle risorse disponibili e dal contesto locale in cui il percorso si è effettivamente svolto.

Al *Piano Identità e Incontro* è succeduto nel 2017 il *Piano nazionale d'integrazione dei titolari di protezione internazionale*<sup>354</sup>, rivolto esclusivamente ai titolari di protezione «tuttavia le linee di intervento previste potranno 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». Anche questo *Piano* trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 2, nel binomio diritti-doveri. Esso riconosce altresì la centralità di tutti i livelli di governo coinvolti e degli enti del terzo settore. Il primo strumento di avviamento di questo percorso è individuato nel dialogo interculturale e interreligioso, in particolare con il mondo islamico, non a caso il *Piano* richiama il coetaneo *Patto nazionale per un Islam italiano*<sup>355</sup>. Sono poi individuati gli altri elementi focali: formazione linguistica; istruzione; inserimento lavorativo e formazione; assistenza sanitaria; alloggi e residenza; ricongiungimenti familiari; informazione sui diritti e doveri.

Passando dal piano descrittivo a quello critico, si condivide qui il giudizio di quanti intravedono nel non-modello italiano d'integrazione un'adesione (più o meno consapevole) ai tratti caratterizzanti della *civic integration*<sup>356</sup>, ossia all'idea di un diritto

---

scuola, dei servizi sociali, del lavoro e degli obblighi fiscali, garantire l'adempimento dell'obbligo di istruzione da parte dei figli minori) in Italia; la tabella dei crediti decurtabili.

<sup>352</sup> Così F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA, *L'accordo di integrazione ovvero l'integrazione per legge*, in *La governance dell'immigrazione*, cit., pp. 253 ss.

<sup>353</sup> Approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 giugno 2010.

<sup>354</sup> Ministero dell'interno, decreto 26 settembre 2017.

<sup>355</sup> Redatto con la collaborazione del *Consiglio per i rapporti con l'Islam italiano* e recepito dal Ministero dell'interno il 1° febbraio 2017. Sul Patto si rinvia al commento di A. FERRARI, *Il “governo giallo-verde” di fronte all'islam: l'eredità della XVII legislatura*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2018, pp. 1 ss.

<sup>356</sup> In tal senso V. CARBONE, E. GARGIULO, M. RUSSO SPENA, *Op. cit.*, passim; M. AMBROSINI, *Op. cit.*, p. 687.

di ospitalità condizionato dalla meritevolezza civica<sup>357</sup>. La persona nei due Piani nazionali descritti assume centralità e riconoscimento purché, e non ancorché, sia disposta ad aderire ai valori del Paese ospitante e all'etica del lavoro, mettendo da parte la prospettiva bidirezionale dell'incontro tra diverse identità, fondato sul rispetto e la conoscenza reciproca. In altre parole, il riconoscimento dei diritti fondamentali dello straniero extracomunitario è subordinato alla capacità dell'altro di essere più rapidamente *meno altro da sé*<sup>358</sup> e a darne prova tangibile, secondo strumenti «configurati dal nostro legislatore e dalla nostra amministrazione, spesso inutili e talvolta vessatori»<sup>359</sup>.

Il trapianto formale, in tutti i documenti esaminati, dell'art. 2 Cost. rischia di essere un vano esercizio, se non accompagnato da processi strutturali tesi a garantire una «resistenza libera e dignitosa» del migrante, ma anche a riconoscere valore alla sua identità, in modo tale che egli possa concorrere al «progresso materiale e spirituale della società».

In questa esperienza di “non-modello” italiano<sup>360</sup>, che si è limitato a regolare in forma *soft* solo pochi aspetti del rapporto fra diritto e questioni culturali, un ruolo centrale e suppletivo è stato svolto dai giudici, i quali, tenuti al rispetto del divieto di *non liquet*, hanno giocato in prima battuta e assunto così essi il ruolo di mediatori culturali, avvalendosi spesso degli strumenti di diritto comparato.

In assenza di un modello programmatico e di un indirizzo legislativo, i diritti multiculturali sono stati cioè garantiti in via pretoria e i riconoscimenti e i limiti di accoglimento dell'identità culturale debbono dunque necessariamente essere ricostruiti a partire da un'analisi *case by case*. Quest'ultima, che riguarda per lo più due branche del diritto (quello penale e di famiglia) viene di seguito ripercorsa in maniera sintetica per dare conto delle principali risultanze dell'indagine sul punto.

Per quel che concerne il diritto di famiglia, le maggiori difficoltà afferiscono al riconoscimento degli effetti giuridici di alcuni istituti tipici della religione islamica, contrari all'ordine pubblico e all'eguaglianza. Tipico esempio è quello del matrimonio poligamo, contrario agli artt. 3 e 29 Cost. e vietato dall'art. 556 c.p. e art. 86 c.c. Tale chiusura, fondata sull'art. 16 della l. 218/1995 «da legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari alla legge italiana», proietta le parti deboli

---

<sup>357</sup> Così S. MONTESANO, *L'identità (religiosa) della persona migrante e l'accoglienza in Italia, tra le derive securitarie e le politiche di integrazione civica. Brevi considerazioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo religioso*, fasc. 3/2021, p. 61.

<sup>358</sup> D. DI CESARE, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2017, p. 142, individua la prima condizione ostile dell'ospitalità nello straniero che non abbandona la propria estraneità. Solo lo straniero che smette di esser tale disinnescava la minaccia di un'intrusione e un'invasione dell'identità della Nazione.

<sup>359</sup> C. CORSI, *Percorsi accidentati d'integrazione. Il caso italiano*, in *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, cit., p. 673.

<sup>360</sup> Cfr. sul punto F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 75, che definisce la posizione programmatica italiana su tale questione in bilico tra i due modelli.

del rapporto contrattuale (il matrimonio islamico<sup>361</sup> è considerato tale) verso una situazione di maggiore vulnerabilità, quella dell'invisibilità. La supremazia della clausola di ordine pubblico contrasterebbe così col riconoscimento delle "seconde" mogli e dei relativi minori del diritto al ricongiungimento familiare, dei diritti successori, dei benefici familiari previdenziali, e così via. La giurisprudenza prevalente su tali questioni è arroccata – salvo poche pronunce – sul dare prevalenza alla clausola d'ordine pubblico e al principio della parità di trattamento tra coniugi, atteggiamento che tuttavia riproduce disegualianza nei confronti delle c.d. *forgotten persons*<sup>362</sup>.

Riguardo alla *kafalah*<sup>363</sup> (ossia l'istituto islamico che consente di prendersi cura del minore orfano o abbandonato, rispettando il divieto di adozione) è stato superato il vecchio orientamento restrittivo che non ammetteva l'ingresso del minore in Italia tramite ricongiungimento familiare, perché il vincolo di protezione materiale e affettiva così instaurato non poteva rientrare nella nozione di "familiare straniero" ai sensi dell'art. 29 d.lgs. 286/98. Attualmente le Sez. Unite, dando rilievo alla vocazione di protezione del *best interest* del minore dell'istituto islamico, hanno riconosciuto il rilascio del nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale al minore cittadino straniero affidato a cittadino italiano con provvedimento di *kafalah* pubblicistica<sup>364</sup>, di *kafalah* convenzionale omologata<sup>365</sup> e di *kafalah* convenzionale<sup>366</sup>, in tal caso secondo una valutazione caso per caso che consideri se l'affidamento sia stato realizzato per dare al minore migliori opportunità di crescita e di vita.

Passando invece alla giurisprudenza penale, la Corte di Cassazione nel 2008<sup>367</sup> ha ricondotto la pratica del *manghel* alla cultura rom e, accogliendo l'argomento culturale, ha escluso che la condotta della madre che porta con sé a mendicare il minore integri il reato di riduzione in schiavitù, precisando che: «è necessario prestare attenzione alle situazioni reali al fine di non criminalizzare condotte che rientrino nella tradizione culturale di un popolo, fermo restando, però, che se determinate pratiche, magari anche consuetudinarie e tradizionali, mettano a rischio diritti fondamentali dell'individuo garantiti dalla nostra Costituzione o confliggano con norme penali che proprio tali diritti cercano di tutelare, la repressione penale è inevitabile».

---

<sup>361</sup> La Sura IV, 3 del Corano consente a ogni uomo di avere fino a quattro mogli legittime ma vieta la poliandria.

<sup>362</sup> Cfr. E. FALLETTI, *L'impatto culturale dell'immigrazione islamica sull'ordinamento giudiziario italiano: alcune riflessioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 31/2016, pp. 21 ss.; L. SAPORITO, *Il diritto al ricongiungimento familiare, i matrimoni poligamici e le narrazioni sul multiculturalismo*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019.

<sup>363</sup> Per una ricognizione completa dell'istituto si veda P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Rassegna critica della giurisprudenza in materia di coesione familiare con il minore affidato mediante "kafalah"*, in *Gli stranieri*, 2011.

<sup>364</sup> Sezioni Unite Civili, sentenza 16 settembre 2013, n. 21108.

<sup>365</sup> Corte Cass., sez. I civile, sentenza 2 febbraio 2015, n. 1843.

<sup>366</sup> Corte Cass., sez. I civile, sentenza 11 novembre 2020, n. 25310.

<sup>367</sup> Corte Cass., sez. V penale, sent. 44516/2008. È utile precisare che la Cassazione ha ritenuto comunque sussistente il reato di maltrattamenti.

Diverso diventa il discorso dei giudici quando il movente culturale coincide con quello religioso. A tal fine è utile leggere la decisione della Cassazione<sup>368</sup> che ha distinto tra circoncisione eseguita per motivi culturali e motivi religiosi: nel primo caso viene in rilievo la cultura interiorizzata nell'ambito della comunità di provenienza, che nulla ha da condividere con la circoncisione rituale di matrice religiosa praticata dagli ebrei. Sicché alla luce del rapporto tra legge, religione, tradizione culturale e medicina, la circoncisione di matrice culturale non avrebbe fondamento costituzionale, come accade invece per quella ebraica, per la quale viene in rilievo l'art. 19 Cost. Emerge così un differente trattamento della risoluzione del conflitto quando esso sia culturalmente o piuttosto religiosamente motivato. La dottrina più attenta vi ha intravisto la concettualizzazione da parte della Cassazione «della religione come diritto e della cultura come fonte/consuetudine»<sup>369</sup>. La consuetudine potrà sì determinare una deroga alla legge, ma non fondare un diritto soggettivo con garanzia costituzionale nell'opera di bilanciamento<sup>370</sup>.

Tra i simboli religiosi è stata esclusa l'astratta idoneità del velo islamico a violare l'art. 5 della l. 152/1975, sul divieto all'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo. Il Consiglio di Stato<sup>371</sup> ha affermato che «si tratta di un utilizzo che generalmente non è diretto ad evitare il riconoscimento, ma costituisce attuazione di una tradizione di determinate popolazioni e culture». Tradizione (i giudici non si spingono ad indentificarne la matrice, se cioè religiosa o culturale) che non ostacola le esigenze di pubblica sicurezza che rimangono soddisfatte dall'obbligo per tali persone di sottoporsi all'identificazione e alla rimozione del velo, ove necessaria a tal fine.

Questo percorso di riconoscimento può tuttavia rivelarsi accidentato anche quando coinvolge la sfera religiosa, come è accaduto per il caso del *kirpan*, il pugnale rituale simbolo della resistenza al male dei Sikh. Nel 2009 il Tribunale di Cremona<sup>372</sup> aveva escluso che la natura simbolica del coltellino fosse idonea ad integrare il reato dell'art. 4, co. 2, l. n. 110/75, in quanto collocabile all'interno della tutela della libertà di fede religiosa. Nonostante che il tema possa sembrare riconducibile senza troppi problemi ricondotta a tale parametro costituzionale, nel 2017<sup>373</sup> la Corte di Cassazione è giunta a un *revirement* «anti-relativista»<sup>374</sup>. Nella sentenza ha infatti escluso la prevalenza del credo religioso sulla norma penale, ritenendo che il

---

<sup>368</sup> Corte Cass., sez. VI penale, sent. 43646/2011.

<sup>369</sup> I. RUGGIU, *Op. cit.*, p. 75.

<sup>370</sup> *Ibidem*.

<sup>371</sup> Cons. di Stato, sent. 19 giugno 2008, n. 3076.

<sup>372</sup> Con sentenza del 19 febbraio 2009, la quale espressamente si rifà alla sentenza della Corte Suprema Canadese del 2006 *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*.

<sup>373</sup> Corte Cass., sez. I penale, sent. 24084/2017.

<sup>374</sup> Si legge nella sentenza: «La società multietnica è una necessità, ma non può portare alla formazione di arcipelaghi culturali configgenti, a seconda delle etnie che la compongono, ostandovi l'unicità del tessuto culturale e giuridico del nostro paese che individua la sicurezza pubblica come un bene da tutelare e, a tal fine, pone il divieto del porto di armi e di oggetti atti ad offendere».

coltellino indiano costituisse una minaccia per la sicurezza pubblica e i valori occidentali<sup>375</sup>. Quello che più colpisce della sentenza non è tanto la decisione in sé, poiché nell'ottica del bilanciamento *case by case* non è detto che il simbolo o il comportamento di natura religiosa debba trovare in tutti luoghi o contesti legittima giustificazione. quanto l'assertività della motivazione, che nega ogni possibilità di addivenire ad una *reasonable accommodation*.

Differente è poi l'atteggiamento della giurisprudenza di fronte ai reati a elevata offensività, per i quali è stato elaborato il c.d. "sbarramento invalicabile"<sup>376</sup>, ossia l'inidoneità dell'argomento culturale ad esonerare dalla responsabilità l'agente che metta in pericolo i diritti inviolabili della persona.

Tra di essi si è andata enucleando una specifica categoria, quella dei reati di genere (delitti d'onore, mutilazioni genitali femminili, violenza domestica) come controlimite al multiculturalismo, per i quali i giudici rifiutano l'argomento culturale, individuandovi invece un atteggiamento da "padre-padrone" che prescinde dall'appartenenza etnica<sup>377</sup>. L'argomento culturale e i diritti della donne non possono tuttavia essere ascritti ad una grossolana contrapposizione che identifica specialmente la donna musulmana nello stereotipo della subordinazione femminile. Si pensi alla questione del velo islamico, giacché per molte donne che vivono in Occidente il *burka* o il *niqab* «è un modo per riappropriarsi dell'islam in quanto identità religiosa e culturale, un modo che non le nasconde. ma al contrario le rende visibili e riconoscibili per la loro appartenenza religiosa»<sup>378</sup>. Se i processi di integrazione fungono anche da specchio che riflette quel che noi siamo, allora non si può che condividere il giudizio di chi<sup>379</sup> evidenzia la struttura fortemente androcentrica che ancora caratterizza la società occidentale, anche se con sembianze meno evidenti rispetto a quella islamica.

Tornando alla questione dello sbarramento invalicabile dell'argomento culturale, recentemente la Cassazione è tornata sul tema in riferimento alla pratica albanese di "omaggio al pene"<sup>380</sup>. La pronuncia è interessante, perché riproduce una sorta di

---

<sup>375</sup> Per un commento favorevole alla sentenza si veda G. CERRINA FERONI, *Se la legge vale per tutti (infibulazione addio)*, in *Corriere della Sera-Corriere fiorentino*, 17 maggio 2017; in senso contrario *ex multis* si rinvia a A. SIMONI, *La sentenza della Cassazione sul kirpan: "voce dal sen fuggita"? Brevi note comparatistiche sull'adesione della Suprema Corte all'ideologia della "diversità culturale degli immigrati"*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/ 2107.

<sup>376</sup> Corte Cass., sez. III penale, sent. 34909/2007 per l'esclusione della rilevanza della condizione soggettiva dello straniero, pur ignorante della illiceità della condotta di violenza sessuale intra-coniugale.

<sup>377</sup> In tal senso I. RUGGIU, *Identità culturale*, in *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit., p. 249. Emblematico a tal proposito è il noto caso *Saleem*, ove i giudici hanno rifiutato categoricamente l'argomento culturale e sentenziato invece un comportamento scaturito da un «patologico e distorto rapporto di "possesso parentale"» (Cass., I pen. 6587/2010).

<sup>378</sup> E. CAMASSA *La parità di genere e il ruolo delle donne tra diritto di famiglia e diritti delle religioni*, in S. Scarponi (a cura di) *Diritto e genere. Temi e questioni*, Università degli Studi di Trento, 2020, p. 95.

<sup>379</sup> F. ABBONDANTE, *Op. cit.*, pp. 37 ss.

<sup>380</sup> Corte Cass., sez. III penale, sent. 29613/2018.

vademecum che dovrebbe accompagnare il giudice-mediatore culturale nella risoluzione dei conflitti e nel limite dello sbarramento invalicabile.

Il primo passaggio meritevole di attenzione è quello in cui i giudici della Cassazione riconoscono in quello del soggetto agente a non rinnegare le proprie tradizioni culturali, religiose, sociali, un diritto inviolabile che dovrà essere bilanciato con i valori offesi. I giudici poi evidenziano che occorre valutare la natura della norma cui l'agente aderisce (se religiosa o giuridica) e se essa sia culturalmente vincolante, ossia se sia rispettata in modo omogeneo da tutti i membri del gruppo culturale o, piuttosto, desueta e poco diffusa anche in quel contesto. Infine occorrerà valutare il «grado di inserimento dell'immigrato nella cultura e nel tessuto sociale del Paese d'arrivo o il suo grado di perdurante adesione alla cultura d'origine, aspetto relativamente indipendente dal tempo di permanenza nel nuovo Paese».

Il percorso seguito da quest'ultima giurisprudenza sembra in qualche modo aprire agli esiti cui è giunta una parte della dottrina italiana<sup>381</sup> che, guardando alle esperienze canadesi<sup>382</sup> e statunitensi<sup>383</sup>, ha proposto anche per i giudici italiani l'adozione di test culturali. Essi avrebbero l'indubbio vantaggio di sistematizzare in un protocollo l'iter argomentativo dei giudici, trovando così dei punti di convergenza su cui far ruotare l'argomento culturale. Dalla casistica ripercorsa emerge infatti come talvolta la norma esogena entri nel giudizio in riferimento al grado di offensività del reato, altre volte in riferimento all'ignoranza del divieto imposto dalla legge penale e infine altre ancora primeggia l'assenza di dolo. Questo stesso dato tuttavia porta a riflettere sul rischio che una standardizzazione delle domande «mal si attagli al *modus operandi* (et *motivandi*, soprattutto) del giudice italiano; tuttavia, se è vero che potrà notarsi una certa variabilità in caso di crimini a non elevato grado di offensività, l'impressione è che la Corte di cassazione abbia tracciato un percorso chiaro per i crimini più gravi e che, anzi, la soglia di «compatibilità» si sia nel tempo abbassata<sup>384</sup>. Esso potrebbe dunque rivelarsi uno strumento più idoneo a risolvere i conflitti a bassa offensività, utile a *riconoscere* nella pratica o nel simbolo culturale, non un'arma da vietare, ma un

---

<sup>381</sup> F. BASILE, *I reati cd. «culturalmente motivati» commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Questione giustizia*, fasc. 1/2017, p. 132. L'A. propone la ponderazione di tre elementi: livello di offensività del fatto commesso; natura della norma culturale osservata; biografia del soggetto agente. I. RUGGIU, *Il Giudice antropologo*, cit., pp. 285 ss. è stata tra le prime studiosi a proporre l'utilizzo di tale strumento, sviluppando un test più articolato che si compone di tredici quesiti, raggruppabili in una struttura triadica: valutazione oggettiva; valutazione soggettiva; valutazione relazionale.

<sup>382</sup> I. RUGGIU, *Op. ult. cit.*, p. 94 ss. In Canada vige un test culturale riservato ai popoli nativi (*distinctive cultural test* elaborato dalla Corte suprema canadese nel 1996), un test religioso e infine per i conflitti non religiosi delle minoranze non native la giurisprudenza ricorre al principio giuslavorista della *reasonable accomodation*.

<sup>383</sup> *Ivi*, p. 122 ss. Il test adottato dalla giurisprudenza statunitense è di natura religiosa, esso è stato enucleato nella decisione *Shebert v. Verner* del 1963 e dopo una travagliata vicenda istituzionale attualmente è in vigore con la denominazione di *Restorian of Freedom of Religion Act*. È utile precisare che anche se si tratta di un test religioso esso ben si presta ad includere anche pratiche culturali.

<sup>384</sup> A. TARZIA, *Il giudice e lo straniero. Linguaggi e culture nei percorsi giurisdizionali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 138.

elemento del «DNA ideale»<sup>385</sup> irrinunciabile dell'Altro. Se la strada dei *test* culturali può rivelarsi uno strumento utile a contribuire alla certezza del diritto, è comunque bene tener presente che, dinanzi a una casistica tutt'altro che uniforme, la stabilizzazione del *modus operandi* dei giudici dinanzi ai conflitti multiculturali non può virare a sua volta verso una standardizzazione delle sentenze. In altre parole, il *test* non può fungere da strumento di calcolo matematico, bensì piuttosto da griglia concettuale di cui tutti i giudici dovrebbero dotarsi per evitare che la risoluzione del caso sia lasciata ad una maggiore o minore sensibilità verso l'argomento culturale, nella consapevolezza che una società multiculturale non si costruisce esclusivamente sulle sentenze dei giudici penali, in prima battuta perché hanno il carattere dell'*extrema ratio*, e poi perché si rischierebbe di ridurne i tratti in termini antagonistici *riconoscimento vs. disconoscimento*.

Nel rapporto tra cultura e Costituzione la prima non assume le sembianze di una semplice rivendicazione di libertà individuale. Più vicina è invece all'idea della protezione del singolo nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità è l'idea della promozione di un dialogo interculturale. Il riconoscimento dei diritti culturali dovrà allora avvenire dall'incontro tra valori diversi come momento di conoscenza reciproca e inevitabilmente di trasformazione. La sfida agli ordinamenti giuridici sarebbe allora quella di riuscire a mantenere la propria laicità ma al contempo di rigenerarsi «come fattore di maturazione di valori comuni e di ricerca di ipotesi regolative condivise, piuttosto che come momento espressivo di un ben determinato e fisso quadro assiologico da opporre alle richieste “allogene”»<sup>386</sup>. Spetterebbe alle politiche pubbliche, che a loro volta dovrebbero indirizzare l'intera società civile, guidare questo delicato processo, in cui un ruolo di prim'ordine è assegnato alle scuole e più in generale all'istruzione. È chiaro che l'aspirazione a creare spazi di reciproca comprensione deve individuare un limite oltre il quale il contenitore<sup>387</sup> “relativista” dovrà chiudersi, per riconoscersi come appartenenti, nelle reciproche differenze, a un'unica comunità. Questo limite ultimo, almeno dalla prospettiva del costituzionalismo, non può che rinvenirsi nel rispetto della dignità della persona<sup>388</sup> che funge sia da garanzia dei diritti che da controlimita verso ogni forma di violenza o di imposizione (soprattutto verso i minori) in nome della diversità culturale e/o religiosa.

## 5.2. Oltre i modelli

---

<sup>385</sup> S. PRISCO, *Il valore della laicità e il senso della storia*, in *Laicità*, cit., p. 50.

<sup>386</sup> A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, cit., p. XC.

<sup>387</sup> Metafora presa in prestito da S. PRISCO, *Nota introduttiva*, in *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, cit., p. XIX.

<sup>388</sup> In tal senso G. AZZARITI, *Multiculturalismo e costituzione*, in *Politica del diritto*, fas. 1-2/2016, p. 14; S. PRISCO, *Il principio di laicità nella recente giurisprudenza*, in *Laicità*, cit., pp. 34 ss.; ID., *Il valore della laicità e il senso della storia*, in *Laicità*, cit., pp. 50 ss.

Oltre i modelli incidono sui processi d'integrazione svariati fattori, quali «il mercato del lavoro, che può offrire o meno opportunità di lavoro, di crescita professionale, di sviluppo di attività indipendenti; le politiche di welfare, con la loro capacità di offrire protezione sociale e di attutire le diseguaglianze di partenza; i sistemi educativi, come ascensore sociale per le seconde generazioni; le società civili...»<sup>389</sup>. L'integrazione, in altre parole, necessita che la dimensione culturale e gli aspetti economici e sociali vadano di pari passo.

La dimensione delle politiche dell'integrazione in Italia non si esaurisce allora nel percorso esaminato, è utile considerare anche altri fattori, non espliciti, che pure influenzano i processi d'integrazione. Non è possibile qui ragionare con completezza su tutti questi temi, vista la loro vastità e complessità, si è cercato di cogliere alcune linee di tendenza e i tratti salienti nei precedenti paragrafi in riferimento alla questione dei diritti sociali (con lo studio della giurisprudenza), dei doveri e dei diritti politici. Accanto a questi devono esser ricostruite le linee di tendenza anche delle politiche pubbliche nella prospettiva regionale e locale per il ruolo assunto nei lunghi silenzi e ritardi accumulati dal legislatore nazionale.

A partire dagli anni '90 si registra l'intervento spontaneo dei governi regionali<sup>390</sup>, cui è stato assegnato un ruolo *ad hoc* insieme a quello degli enti locali con il titolo V<sup>391</sup> del d.lgs. 286/98. Per finire ha fortemente inciso sulla *governance* multilivello delle politiche *per* l'immigrazione la riforma del titolo V della Costituzione (cfr. cap. III, par. 2, dove è approfondita la giurisprudenza costituzionale sul punto).

Il quadro delle politiche pubbliche regionali risulta fortemente frammentato e influenzato talvolta da uno scontro di natura politica e ideologica verso la compagine governativa nazionale, specialmente negli anni in cui entrò in vigore il c.d. Pacchetto sicurezza 2008-09 (cfr. cap. 3, par. 4.1).

Così sinteticamente possono individuarsi legislazioni regionali inclusive *vs.* legislazioni escludenti, specialmente nei settori dell'accesso ai servizi, alle prestazioni sociali, all'abitazione, alla formazione e all'istruzione. Tra le prime rientrano<sup>392</sup> quelle

---

<sup>389</sup> M. AMBROSINI, *Op. cit.*, p. 685.

<sup>390</sup> A. PATRONI GRIFFI, *I diritti sociali dello straniero tra costituzione e politiche regionali*, in L. Chieffi (a cura di), *Il regionalismo tra diritti sociali e prospettive federali*, Padova, Cedam, 1999, p. 350. In tema si veda P. CARROZZA, *Diritti degli stranieri e politiche regionali e locali*, in *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, cit., pp. 57 ss. L'A. individua tre generazioni di leggi regionali *per* l'immigrazione: quelle frutto delle competenze assegnate dalla l. 943/1986, che riflette l'assetto "minimale" dei compiti degli enti locali e delle regioni sulla materia; quelle introdotte a partire dall'entrata in vigore del d.lgs. 186/98; della l. 328/2000 e della riforma del titolo V Cost., maturate secondo l'impostazione della *governance* multilivello dell'immigrazione e del servizio universalistico di assistenza sociale; infine la generazione delle leggi divenute terreno di scontro politico tra regioni e governo, con l'entrata in vigore del c.d. Pacchetto sicurezza del 2008-09.

<sup>391</sup> 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 migratori.

<sup>392</sup> L. reg. Molise 7 gennaio 2000, n. 1; l. reg. Toscana 9 giugno 2009, n. 29; l. reg. Puglia 4 dicembre 2009, n. 32; l. reg. Campania 8 febbraio 2010, n. 6.

che oltre a garantire l'accesso al welfare agli stranieri regolari si sono spinte oltre prevedendo l'allargamento anche agli stranieri irregolari. Tra le seconde invece quelle che allontanano lo straniero dall'accesso a specifiche prestazioni sociali utilizzando come requisiti alternativamente o cumulativamente la cittadinanza<sup>393</sup>; un titolo specifico di soggiorno sul territorio<sup>394</sup>; la residenza protratta<sup>395</sup>. Tale processo di regionalizzazione della cittadinanza è stato definito come tentativo di costruire delle "piccole-patrie"<sup>396</sup> in contro-tendenza ai processi di globalizzazione, attraverso forme di welfare selettivo. In questo contesto la Corte Costituzionale ha svolto un ruolo particolarmente incisivo nel delineare i margini entro i quali le regioni possono legittimamente ampliare i sistemi di tutela e promozione degli stranieri sul territorio, quando essi siano ordinate verso il fine della tutela dei diritti fondamentali e non a interferire nelle scelte statali di programmazione e regolarizzazione dei flussi migratori. A tal fine la Consulta si è avvalsa delle argomentazioni svolte per la ricca giurisprudenza in materia di diritti inviolabili ed eguaglianza<sup>397</sup> (vedi par. 3.2). Nelle scelte legislative regionali dunque sono stati fissati dei perimetri ben precisi, per i quali le prestazioni afferenti ai bisogni primari sono intolleranti ad ogni discriminazione che si fondi sulla cittadinanza, residenza o titolo di soggiorno. La Corte (sent. 40/2011) infatti ha sottolineato l'irragionevolezza di tali requisiti che finiscono per escludere i soggetti più esposti al disagio e al bisogno, da quelle prestazioni e servizi che perseguono la finalità di superarli. Viceversa, le prestazioni eccedenti i bisogni primari possono essere sì agganciate a specifici requisiti ma solo se coerenti con la finalità della prestazione e ragionevoli rispetto alla stessa. Le regioni sono state altresì protagoniste di interventi anticipatori e/o complementari rispetto a quelli statali, come per le misure di contrasto al caporalato<sup>398</sup> o ancora quelle di sostegno al reddito<sup>399</sup>. Nell'ambito del *welfare*, come accennato, un ruolo decisivo è assegnato anche agli enti locali, il cui intervento nei processi di integrazione è stato programmato più organicamente dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 286/98, del d.lgs. 112/1998 e della

---

<sup>393</sup> L. reg. Lombardia 12 gennaio 2002, n. 1, come modificata dalla l. reg. 9 dicembre 2003, n. 24; l. reg. Friuli Venezia Giulia 31 marzo 2006, n. 6, come modificata dalla l. reg. 30 dicembre 2009, n. 24.

<sup>394</sup> L. reg. Calabria 20 dicembre 2011, n. 44; l. prov. Trento 24 luglio 2012, n. 15.

<sup>395</sup> L. prov. Bolzano 28 ottobre 2011, n. 12; l. reg. Friuli Venezia Giulia 30 novembre 2011, n. 16; l. reg. Trentino Alto Adige 14 dicembre 2011, n. 8; l. prov. Trento 24 luglio 2012, n. 15; l. reg. Valle d'Aosta 13 febbraio 2013, n. 3.

<sup>396</sup> In tal senso F. DINELLI, *Le «cittadinanze regionali»: un problema "nuovo" dal sapore "antico"*, in *astrid-online.it*, 2011, p. 3.

<sup>397</sup> Così P. CAROZZA, *Op. cit.*, pp. 103-104.

<sup>398</sup> L. reg. Puglia 26 ottobre 2006, n. 28.

<sup>399</sup> Come il reddito di solidarietà introdotto con l. reg. Emilia Romagna 19 dicembre 2016, n. 24; o il reddito di dignità introdotto con l. reg. Puglia 14 marzo 2016, n. 3. La misura di sostegno alla povertà assoluta pugliese ha inoltre subito due modifiche, volte a coprire la platea di beneficiari più ampia di quella del reddito di inclusione (REI) e del reddito di cittadinanza, rispettivamente con regolamento regionale 19 febbraio 2018, n. 2; deliberazione della Giunta regionale 9 aprile 2019, n. 703.

l. 328/2000, e nell'ambito della costituzionalizzazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

Anche per i comuni tuttavia si sono registrati non pochi casi di discriminazione per l'erogazione di prestazioni assistenziali, come nel più recente caso di Lodi<sup>400</sup>, ove il consiglio comunale modificava il suo *Regolamento per l'accesso alle prestazioni sociali agevolate*, con delibera n. 28/2017, introducendo un requisito per i cittadini extra UE: quello di produrre una certificazione rilasciata dalle competenti autorità estere circa il possesso o l'assenza di redditi, beni immobili e mobili registrati disciplinati nel Paese di provenienza. Il Tribunale di Milano, ritenuto adiscriminatorio tale adempimento aggiuntivo e difettando una ragionevole differenziazione tra cittadini UE ed extra UE, ha ordinato al comune di modificare il Regolamento, in modo da consentire anche ai cittadini extra 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 dell'Unione Europea in generale.

Ancora una volta è attraverso la residenza anagrafica che gli enti locali incidono maggiormente sulle politiche di inclusione sociale e che possono quindi degenerare in forme di esclusione. Dalla residenza, hanno oramai osservato da tempo gli studiosi delle scienze sociali, parte un processo di "stratificazione civica"<sup>401</sup>, che incide sulla cittadinanza sostanziale. Pertanto una regolamentazione apparentemente rivolta a tutta la comunità, ma che di fatto è indirizzata alla popolazione straniera (specie se senza fissa dimora), è idonea a riprodurre forme di discriminazione. Noto è stato il caso del comune di Cittadella<sup>402</sup> nel quale, con ordinanza del 16 novembre 2007, il sindaco introduceva requisiti specifici per l'iscrizione anagrafica degli stranieri extracomunitari, attraverso la subordinazione della stessa alla dimostrazione del possesso della capacità di avere risorse economiche sufficienti per sé e la propria famiglia ovvero lo svolgimento di un lavoro autonomo o dipendente. Il provvedimento contingibile e urgente era stato tuttavia adottato sul riscontro non di un pericolo concreto, ma sulla base di un astratta previsione di incremento dei flussi migratori e delle richieste di iscrizioni nel registro anagrafico della popolazione che *avrebbero potuto* tradursi in una vera e propria emergenza sotto il profilo della salvaguardia dell'igiene e della sanità pubblica, nonché dell'incolumità, dell'ordine e della sicurezza nella loro più ampia accezione.

A ciò si aggiunga che la riscrittura dell'art. 54 TUEL, avvenuta con il d.l. 92/2008, ha favorito l'adozione di provvedimenti simili, poiché ha riscritto il potere dei sindaci di emanare ordinanze contingibili e urgenti *anche* con provvedimenti di ordinaria amministrazione a tutela di esigenze di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Dopo l'entrata in vigore del c.d. "decreto Maroni" si è dunque assistito alla proliferazione<sup>403</sup> di strumenti emergenziali formalmente amministrativi e idonei ad

---

<sup>400</sup> Per un commento si veda G. MANFREDI, *Il caso Lodi e la soluzione delle antinomie*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2019.

<sup>401</sup> D. LOCKWOOD, *Civic Integration and Class Formation*, in *The British Journal of Sociology*, Vol. 47, No. 3/1996, p. 531.

<sup>402</sup> Sul tema F. CORTESE, *Il "caso" Cittadella: ovvero breve vademecum per leggere una controversa ordinanza*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2007.

<sup>403</sup> Per una rassegna si veda il numero 1-2 del 2010 della rivista *Le Regioni*.

incidere sui diritti costituzionali, con una forte torsione securitaria. Solo l'intervento della Corte Costituzionale con la sent. 115/2011 ha definitivamente chiarito che il descritto potere violava la riserva di legge ai sensi dell'art. 23 Cost., chiarendo che esso ha prodotto due illegittimità: 1) imposizione di comportamenti che incidono nella generale sfera di libertà dei consociati «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»; 2) la lesione del principio di eguaglianza, giacché gli stessi comportamenti potrebbero essere ritenuti variamente leciti o illeciti, a seconda delle numerose frazioni del territorio nazionale rappresentate dagli ambiti di competenza dei sindaci.

Con la successiva riforma operata dalla l. 94/2009 è stato modificato l'art. 1 della l. *l'Ordinamento delle anagrafi della popolazione residente* (l. 1128/1954) introducendo la possibilità per gli uffici comunali di svolgere accertamenti sulle condizioni igienico-sanitarie dell'immobile in cui il richiedente intende fissare la propria residenza. È facile intuire che l'esercizio di tale facoltà «potrebbe divenire uno strumento volto a selezionare le minoranze indesiderabili (tra cui stranieri *homeless*, minoranze *rom* e sinti) per escluderle dal circuito della cittadinanza, impedendone l'iscrizione anagrafica nel Comune di elezione»<sup>404</sup>.

Al netto degli interventi discriminatori, non vanno peraltro trascurati esempi virtuosi impegnati in progetti di integrazione sociale e politica. In continuità con il ruolo centrale che hanno assunto gli enti nella gestione dell'immigrazione è stata la scelta del legislatore di coinvolgerli nel sistema di accoglienza SPRAR, con l'art. 14 del d.lgs. 142/2015 (si rinvia al cap. 3, par. 5.3.3).

Oltre gli aspetti pionieristici e quelli stigmatizzabili, occorre poi evidenziare le difficoltà con cui si confronta la dimensione locale «dove concretamente avviene l'incontro tra immigrati e istituzioni pubbliche, tra vecchi e nuovi residenti, assume un rilievo cruciale, ma si trova in bilico tra l'esasperazione delle tensioni e la ricerca di nuove soluzioni, pragmatiche e inclusive»<sup>405</sup>. Un nodo comune alle politiche regionali e locali, soprattutto per quel che concerne i diritti sociali e le misure discriminatorie, rimane infine quello del finanziamento, che ne condiziona la sostenibilità.

---

<sup>404</sup> S. ROSSI, *Residenza (e domicilio)*, in *Dizionario dei Diritti degli stranieri*, cit., p. 625.

<sup>405</sup> M. AMBROSINI, *Op. cit.*, p. 701.

## Capitolo terzo

### Il legislatore italiano nel paradigma del doppio binario integrazione e sicurezza, tra spinte eurounitarie e del diritto internazionale

**SOMMARIO:** 1. *La mancata attuazione dell'art. 10, c. 2°, Cost.: un'assenza lunga cinquant'anni.* – 2. *Il Testo Unico dell'Immigrazione, la frammentazione della categoria del non-cittadino nell'ordinamento.* – 3. *Lo straniero, ovvero il clandestino, nel prisma della legge Bossi-Fini.* – 4. *La disciplina dello straniero nella morsa dei cc.dd "pacch(i) sicurezza".* – 4.1. *Il Pacchetto Sicurezza 2008-2009.* – 5. *Continuità e discontinuità della sicurezza tra "Piano Minniti" e "Decreto Salvini" nell'indebolimento del diritto di asilo.* – 5.2 (segue) *Le novità introdotte dal d.l. 13/2017.* – 5.3 (segue) *Le novità introdotte dal d.l. 113/2018: il binario della sicurezza.* – 5.3.3. (segue) *Il binario dell'integrazione nel d.l. 113/2018.*

#### **1. La mancata attuazione dell'art. 10, c. 2°, Cost.: un'assenza lunga cinquant'anni.**

La condizione giuridica dello straniero, così come enunciata nella Costituzione, verrà recepita nella normativa organica costituita dal d.lgs. 286/1998 all'incirca con cinquant'anni di ritardo. Fino alla legge 6 marzo 1998, n. 40 vi erano stati timidi interventi del legislatore, settoriali e che eludevano la riserva di legge rinforzata richiesta dall'art. 10 co. 2 Cost., dettati da una logica emergenziale e spesso dietro l'impulso intergovernativo degli altri Stati della Comunità europea, per il timore che un'immigrazione incontrollata in Italia potesse avere conseguenze anche per altri Paesi, in vista del nascente spazio comune senza confini interni.

Per lungo tempo, dunque, anche nel mutato contesto valoriale e normativo di netta cesura col precedente regime, le condizioni circa l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione dei non cittadini si rinvenivano ancora nel TULPS del 1931; nel d.lgs. 50/1948 (*Sanzioni per omessa denuncia di stranieri o apolidi*); nella l. 152/1975 (*c.d. Legge Reale, Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico*); negli artt. 215, 235 e 312 c.p.; nella l. 685/1975 (*Disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope. Prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*). Già dal titolo delle leggi si può notarne, da un lato, la dimensione securitaria e penalistica e l'assenza di riferimenti giuridici sui diritti legati alla permanenza sul territorio dello straniero, rimessi così ai testi delle circolari ministeriali<sup>406</sup>. Lo *status* giuridico dello straniero ha finito per poggiarsi così a lungo tempo sulla normativa che assegna valore preminente alla tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico.

---

<sup>406</sup> I. GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione*, cit., p. 16 s., sottolinea la dimensione poliziesca del diritto degli stranieri, caratterizzato da una normativa instabile e fluttuante a causa dell'incessante produzioni di circolari amministrative.

Dall'altro lato occorre notare l'assenza da noi di una riflessione specifica sul fenomeno, rimesso a sé stesso e alle sue dinamiche spontanee, a differenza di quanto accaduto nei Paesi dell'Europa centro-settentrionale che avevano introdotto politiche di programmazione dei flussi: si pensi agli accordi stipulati dalla Repubblica Federale Tedesca con la Turchia negli anni '60<sup>407</sup>, per rifocillare un Paese distrutto dalla seconda guerra mondiale, *in primis* da un punto di vista demografico e che aveva una forte necessità di forza lavoro giovane, per rimettere in piedi le proprie industrie e in generale la propria economia.

Nel complesso, la disciplina italiana si è mossa nella tensione costante dei due elementi "sicurezza" e "integrazione", che nel tempo hanno acquisito pesi differenti: «da un lato sta il contrasto all'immigrazione clandestina ed il connesso riassorbimento delle irregolarità – perseguiti attraverso il combinato utilizzo di sempre più estese misure in tema di polizia degli stranieri e di periodiche regolarizzazioni o "sanatorie" – dall'altro sta invece l'attivazione di parziali percorsi di integrazione per chi può dirsi "in regola"»<sup>408</sup>.

La prima legge in materia risale al 30 dicembre 1986, n. 943 ed è finalizzata a regolare il trattamento dei lavoratori extracomunitari e a dettare alcune norme di contrasto all'irregolarità, normativa — più che ispirata da una sensibilità al tema degli ingressi dei lavoratori stranieri — guidata dalla necessità di dare attuazione alla Convenzione OIL, sottoscritta nel 1975, sulla parità di trattamento tra lavoratori degli Stati aderenti e lavoratori stranieri<sup>409</sup>. In concomitanza con l'adesione dell'Italia all'Accordo di Schengen<sup>410</sup> vi fu quindi un tentativo di risposta organica con il d.l.

---

<sup>407</sup> Non si manca di considerare la stipulazione nel 20 dicembre del 1955 con l'Italia dell'*Anmerbevertrag*, che apriva le porte ai lavoratori italiani nella RFT e con la quale si è dato avvio ad una nuova configurazione giuridica del lavoratore straniero, definito *Gastarbeiter* (lavoratore ospite). Fino a metà degli anni '70 le politiche di immigrazione della Germania si basavano sul c.d. principio di *Rotationsprinzip*, cioè un'immigrazione temporanea e funzionale alle esigenze del mercato del lavoro. Sul tema cfr. E. PICHLER, *50 anni di immigrazione italiana in Germania: transitori, inclusi / esclusi o cittadini europei?*, in *Altreitalia*, n. 33/2006, pp. 6 ss.

<sup>408</sup> G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 160. Sul "doppio-binario" si vedano anche *ex multis*: E. ROSSI, *Immigrazione e diritti fondamentali a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano*, in *La governance dell'immigrazione*, cit. p. 68; F. SCUTO, *Op. cit.*, p. 196 e F. PASTORE, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, cit., pp. 1033 ss.

<sup>409</sup> F. SCUTO, *Op. cit.*, p. 187, il quale nota che originariamente l'Italia fu tra i forti sostenitori della necessità di approvazione della Convenzione, giacché ancora poco interessata dai fenomeni di immigrazione di massa.

<sup>410</sup> Una lettura combinata sulla legge e l'adesione agli Accordi di Schengen si ricava da M. PASTORE, N. ZORZELLA, *30 anni di legislazione italiana in materia di condizione giuridica della persona straniera. Alcune chiavi di lettura*, in *Ius Migrandi*, cit. pp. 104-132: «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

30 dicembre 1989, n. 416, convertito in l. 28 febbraio 1990, n. 39: la c.d. Legge Martelli. Dell'influenza della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen vi è traccia nella predisposizione di opportuni controlli alla frontiera<sup>411</sup>, sì da garantire per tale via ordine pubblico e sicurezza nello "spazio comune" senza confini tra i contraenti e allo stesso tempo normative ravvicinate. Qui si colgono altresì i prodromi dell'esternalizzazione delle frontiere, con le cc.dd. sanzioni ai vettori, per quelli fra loro che accettavano 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 dei primi Accordi di riammissione<sup>412</sup>.

Nel medesimo anno si registra anche la sottoscrizione della Convenzione di Dublino (*Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle comunità europee*), l'adesione alla quale ha portato all'abrogazione con l'art. 1 della legge 39/90 della riserva geografica che l'Italia aveva mantenuto per i rifugiati in fuga dall'ex Unione Sovietica all'atto di adesione alla Convenzione di Ginevra del 1951. La legge Martelli introdusse per prima alcune linee essenziali della normativa sull'asilo, restando però ben lontana dall'essere la legge attuativa di una sua disciplina organica, istituendo la Commissione centrale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

L'Italia entrò così nel circuito europeo della programmazione delle politiche di immigrazione e d'asilo. Anche tale legge, pur rilevante come nuovo indirizzo sulla materia<sup>413</sup>, sconta peraltro un certo grado di frammentarietà e di emergenzialità, essendo stata adottata in una fase in cui l'Italia si assestava definitivamente come Paese di immigrazione: tra il 1986 e il 1998 ci sono state comunque ben quattro regolarizzazioni di cittadini stranieri, le cc.dd. "sanatorie" (nel 1987, 1990, 1995 e 1998), che hanno portato a far emergere un numero di presenze straniere compreso tra i cento e i duecentocinquanta soggetti, fino a quel momento non rilevati dai censimenti e nelle statistiche.

L'insufficienza della l. 39 è tra l'altro testimoniata dalla necessità di ricorrere a specifici interventi di natura straordinaria per far fronte alle crisi migratorie dell'ex Jugoslava (Ordinanza del presidente del Consiglio dei Ministri del 1994) e dell'Albania (decreto-legge 20 marzo 1997, n. 40).

Al netto delle criticità, tuttavia, la legge introdusse importanti novità: l'abolizione della clausola geografica per la presentazione della domanda d'asilo; la disciplina dell'ingresso non legata a motivi occupazionali (art. 2, co. 2) e l'introduzione

---

l'"obiettivo non dichiarato" della legge Martelli diventasse oggetto di discussione, in Parlamento e nella piazza» (*ivi*, p. 109).

<sup>411</sup> In tal senso si veda l'ampia normativa di dettaglio introdotta dalla legge in materia di visti: l'art. 3, co. 1, che detta disposizioni sui controlli di frontiera, sui requisiti per ottenere l'autorizzazione all'ingresso, nonché l'obbligo di visto se prescritto dalla legge; l'art. 3, co. 5, disciplina le ipotesi di respingimento alla frontiera per motivi di ordine pubblico o sicurezza, o per mancanza di mezzi di sostentamento.

<sup>412</sup> *Ivi*, p. 110.

<sup>413</sup> M. COLUCCI, *Op. cit.*, p. 87, individua in essa un momento di svolta nella gestione dell'immigrazione, in quanto da un punto di vista politico e giuridico per la prima volta si tenta di dare una risposta più articolata al fenomeno.

dell'obbligo di visto d'ingresso per i cittadini provenienti da taluni Paesi (art. 3); la suddivisione dei permessi di soggiorno, a seconda delle motivazioni del rilascio del visto (art. 4); la regolarizzazione degli stranieri già presenti sul territorio (art. 9), anche attraverso l'iscrizione alla liste di collocamento (art. 9, co. 3 lett. d); il coinvolgimento delle Regioni attraverso erogazione di contributi per la predisposizione, in collaborazione con i comuni di maggiore insediamento, di programmi per la realizzazione di centri di prima accoglienza e di servizi per gli stranieri immigrati, gli esuli ed i loro familiari (art. 11).

Sul piano europeo<sup>414</sup>, in quegli anni l'attivismo intergovernativo, oltre a spingere i singoli Stati ad introdurre *standard* comuni di accesso e controlli alla frontiera, innestò il seme della comunitarizzazione dei settori delle politiche migratorie tesi alla creazione di un mercato europeo del lavoro. Di questo atteggiamento è espressione la stipula degli Accordi di Schengen del 1985, confluiti nella relativa Convenzione di applicazione del 10 giugno 1990<sup>415</sup>, nati sulla volontà di realizzare la libera circolazione delle persone (il c. d. spazio Schengen) e abolire i confini interni, che divise gli Stati proprio sulla questione di estendere tale libertà anche ai cittadini non europei.

Il primo passo verso la ricordata europeizzazione della materia avvenne con il trattato di Maastricht del 1992, in cui le principali questioni in materia di immigrazione e asilo furono previste nel c.d. terzo pilastro, nel settore "giustizia e affari interni", che garantisce il rispetto della Convenzione EDU e la Convenzione di Ginevra del 1951 (art. K.2, par. 1). La materia fu poi trasferita nel c. d. pilastro comunitario con il Trattato di Amsterdam, firmato nel 1997 ed entrato in vigore nel 1999, che prevedeva l'*acquis* di Schengen e l'introduzione nel titolo IV del Trattato CE, con l'obiettivo di realizzare uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia",

---

<sup>414</sup> In questa sede ci si limiterà alla trattazione della posizione giuridica dello straniero nel contesto interno, pur se vi saranno rinvii alla dimensione sovranazionale e internazionale, stante il valore specifico riconosciuto in questa materia dagli artt. 10, 11 e in via più in generale, dopo la riforma costituzionale, dall'art. 117 della Carta Costituzionale. Si vedano invece per tale prospettiva, *ex multis*, B. NASCIBENE, con la collaborazione di M. Pastore, *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, Giuffrè, 1995; L. MANCA, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2003; F. SCUTO, *Op. cit.*; G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione: migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2014; B. TONOLETTI, *Confini Diritti Migrazioni. Catastrofe e redenzione del diritto pubblico europeo*, in F. Cortese, G. Pelacani (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 55 ss.; A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in G. Strozzi, *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, Torino, Giappichelli, V ed., 2017; C. FAVILLI, *Il diritto dell'Unione europea e il fenomeno migratorio*, in *Ius migrandi*, cit., pp. 55-80 e, nel medesimo volume, A. DI PASCALE, *L'impatto del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale*, pp. 81-103.

<sup>415</sup> L'Italia aderì alla Convenzione nel 1990, ratificata con la l. 30 novembre, n. 388. Nota F. SCUTO, *Op. cit.*, p. 76, che la Convenzione era certamente carente sotto il profilo dei diritti spettanti allo straniero, salvo il richiamo alla Convenzione di Ginevra del 1951 sui diritti del richiedente asilo; mancavano altresì indicazioni sull'effettività dei diritti; assenti meccanismi di controlli democratici da parte del Parlamento europeo o di quelli nazionali.

attraverso competenze in materia di visti, immigrazione e altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone, affidando dapprima alla regola dell'unanimità l'adozione delle decisioni sulla materia e solo dopo cinque anni dall'adozione al meccanismo della maggioranza qualificata e della codecisione<sup>416</sup>.

Il Trattato realizzò un passaggio della materia dal metodo "intergovernativo" al metodo "comunitario" che consentiva in sostanza l'adozione di misure comuni tramite atti vincolanti, regolamenti e direttive e di adire la Corte di Giustizia sull'attuazione del Titolo IV e le norme derivate<sup>417</sup>, benché abbia fatto un passo indietro rispetto a quello di Maastricht sulla tutela dei diritti fondamentali in materia delle politiche migratorie adottate, poiché non richiamava la Cedu e le altre Carte dei diritti internazionali.

Nell'ottobre dello stesso anno il Consiglio europeo, con una riunione straordinaria a Tampere<sup>418</sup> sulla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea, elaborò i capisaldi che avrebbero dovuto orientare le politiche sulle nuove competenze nei settori dei controlli delle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione: partenariati coi Paesi di origine; regime europeo comune in materia di asilo; una politica di integrazione più incisiva dei cittadini di Paesi terzi; una gestione più efficace delle frontiere.

Tornando ora alla dimensione domestica, tra i tasselli importanti delle leggi dell'immigrazione si colloca anche quella sulla cittadinanza, ossia la legge 5 febbraio 1992, n. 91 di riforma della legge 13 giugno 1912, n. 555<sup>419</sup>.

La nuova disciplina risulta essere di maggior favore verso il gran numero di emigrati all'estero e dei loro discendenti<sup>420</sup> mentre è particolarmente rigorosa verso la categoria dei migranti<sup>421</sup>. In continuità con la vecchia legge del 1912 è rimasta

---

<sup>416</sup> Secondo le regole previste dall'art. 251 del Trattato CE che prevedeva l'approvazione del Consiglio a maggioranza qualificata e, entro tre mesi, l'approvazione dello stesso atto da parte del Parlamento.

<sup>417</sup> Seppure con rilevanti limiti, quali la possibilità di rinviare alla Corte solo da parte delle giurisdizioni nazionali di ultima istanza e l'impossibilità di pronunciarsi su questioni attinenti la salvaguardia della pubblica sicurezza e l'ordine pubblico (art. 68 TCE).

<sup>418</sup> Per approfondire quale sia lo stato dell'arte in ordine alla realizzazione dell'ambizioso programma a ventuno anni di distanza dal Consiglio di Tampere cfr. M. SAVINO, *La chimera di Tampere*, in *Diritto Pubblico*, fasc. 1/2020, pp. 3 ss.; A. DI PASCALE, *A vent'anni dal Programma di Tampere quali prospettive per le politiche di immigrazione e asilo dell'Unione europea?*, in *Eurojus*, n. 4/2019, pp. 107 ss.

<sup>419</sup> G. BASCHERINI, *Brevi considerazioni storico-comparative su cittadinanza, ius sanguinis e ius soli nella vicenda italiana*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 1/ 2019, pp. 53-67.

<sup>420</sup> A tal proposito si è infatti notato che la legge n. 91/1992 si è concentrata maggiormente a mantenere saldi i rapporti con i discendenti dei cittadini italiani all'estero piuttosto che a creare e rinsaldare legami con gli stranieri nati o vissuti in Italia. In tal senso si veda G. MILANO, *Cittadinanza e integrazione. L'influenza del diritto comparato sulla disciplina italiana e sulle proposte di riforma*, in *federalismi.it*, n. 4/2018, p. 2.

<sup>421</sup> C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, cit., p 419, fa notare addirittura alcuni elementi peggiorativi rispetto alla norma previgente. Tra di essi l'acquisto della cittadinanza per beneficio di legge del minore straniero nato in Italia dopo avervi risieduto dalla nascita fino al compimento del diciottesimo anno di età. La legge del 1912 prevedeva requisiti meno

immutato la prevalenza del criterio della discendenza *ius sanguinis*, destinata ad alimentare il dibattito pubblico degli anni successivi, in rapporto ad un suo possibile superamento in favore del *jus soli* combinato con e temperato da un *jus culturae*. Il progetto di riforma A.S. 2092 introduceva tre criteri innovativi per l'acquisto della cittadinanza del minore: nato in Italia e il possesso da parte di almeno uno dei due genitori del permesso di soggiorno UE di lungo periodo o se cittadino comunitario del permesso definitivo; nato in Italia o che vi ha fatto ingresso prima del compimento del dodicesimo anno di età e che ivi ha concluso almeno un ciclo scolastico; lo straniero entrato in Italia prima della maggiore età, residente legalmente da sei anni e che ha frequentato un ciclo scolastico conseguendo il relativo diploma. Il testo pur prestando il fianco a delle criticità<sup>422</sup>, portava l'indubbia innovazione di superare l'appiglio ereditario in favore della valorizzazione dei luoghi di formazione quale anticamera della cittadinanza. Confermando così anche la dimensione interculturale della scuola, quale comunità intorno alla quale "costruire" i *cives* al termine di un percorso di apprendimento e di scambio di valori. Il percorso scolastico, più di ogni altro processo, è idoneo allo sviluppo di una maggiore omogeneità culturale alla base della coesione sociale.

Analoga sorte politica è toccata alla proposta di legge A.C. 105, anch'essa portatrice di una revisione dei modi di acquisto della cittadinanza *iure soli* particolarmente attenta alle c.d. seconde generazioni. La proposta è indirizzata ad ampliare la platea della popolazione da considerare cittadini per nascita, per chi è nato nel territorio della Repubblica da genitori stranieri di cui almeno uno è regolarmente soggiornante in Italia da almeno un anno, al momento della nascita del figlio; chi è nato nel territorio della Repubblica da genitori stranieri di cui almeno uno è nato in Italia. Anche la c.d. "proposta Boldrini" ha dedicato attenzione allo *jus culturae*, cogliendo quindi la sensibilità maturata sul tema, ha individuato tra i modi di acquisto della cittadinanza del neomaggiorenne nato o entrato in Italia entro il decimo anno di età e che abbia frequentato un corso di istruzione primaria o secondaria di primo grado

---

gravosi: l'aver svolto il servizio militare in Italia o aver accettato un pubblico impiego; essere residenti in Italia al momento del diciottesimo anno di età non dalla nascita ma per almeno dieci anni. La stessa naturalizzazione per residenza è stata portata da un periodo di cinque a dieci anni.

<sup>422</sup> Le maggiori criticità riguardano il primo e il secondo dei criteri descritti. Quanto al primo oltre alla considerazione di base che tale ipotesi è strettamente legata alla capacità reddituale e abitativa dei genitori (presupposti inderogabili per il rilascio del permesso di soggiorno UE lungo soggiornanti) si evidenzia un limite ben maggiore nella parte in cui non consente che, una volta acquistato tale permesso da parte di un genitore, "tutti" i figli minori (o, comunque, non ultra-ventenni) possano acquistare la cittadinanza. Quanto al secondo criterio il progetto prevedeva che fosse il genitore legalmente soggiornante a presentare la domanda di cittadinanza entro il compimento della maggiore età. Facendo così rientrare dalla finestra quel requisito della residenza legale che era stato cacciato dalla porta. Per ulteriori rilievi si rinvia a A. RAUTI, *Lo ius soli in Italia: alla vigilia di una possibile svolta?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, pp. 23 ss.; A. CIERVO, *La cittadinanza ai tempi del sovranismo tra regressione della cultura giuridica e riforme legislative "progressiste"*, in *Ius migrandi*, cit., pp. 480 ss.

ovvero secondaria di secondo grado, ovvero un percorso di istruzione e formazione professionale idoneo al conseguimento di una qualifica professionale.

Lo “stallo” della riforma evidenzia i limiti della politica ma allo stesso tempo mina alle basi della tenuta della società, a causa di un profondo disallineamento<sup>423</sup> tra popolo e popolazione. L’unica norma di sostegno alla cittadinanza *iure soli* per il neo-maggiorenne, che possa esercitare il diritto d’opzione ex art. 4, co. 2 l. 91/92, è contenuta nell’art. 33 del d.l. 69/2013, volto ad evitare che inadempienze e/o irregolarità dei genitori o della pubblica amministrazione ricadano sull’interessato, consentendogli di presentare il possesso dei requisiti previsti dalla legge (essere nato in Italia e residenza ininterrotta fino al compimento del diciottesimo anno) con ogni idonea documentazione. Per tale via è stato possibile superare la nozione di residenza legale in favore della stabile dimora di cui può darsi prova *in primis* con la documentazione attestante la frequentazione scolastica. È indicativo del mancato coraggio delle forze politiche verso la riforma della cittadinanza, che l’unico intervento migliorativo e inclusivo sia giunto per mezzo delle *Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia* e non all’interno di un progetto di riforma compiutamente indirizzato ad esaltare la partecipazione al tessuto sociale e culturale del Paese.

## **2. Il Testo Unico dell’Immigrazione e la frammentazione della categoria del non-cittadino nell’ordinamento.**

Nel 1997 il Governo in carica presentò un disegno di legge per la riforma della disciplina, che sfociò nella legge n. 40/1998 di “*Disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione giuridica dello straniero*”, che all’art. 47, co. 1 ha previsto la delega per l’emanazione di un decreto legislativo contenente il Testo Unico sulla materia. Così in pochi mesi si giunse al decreto legislativo del 25 luglio 1998, n. 286 “*Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione degli stranieri*”, che costituiva e costituisce tutt’oggi la fonte legislativa organica di riferimento e di recepimento della maggior parte delle direttive<sup>424</sup> europee sulla materia. Tra gli aspetti più interessanti della disposizione vi è anzitutto quello di aver delineato la

---

<sup>423</sup> In tal senso si veda C. PANZERA, *Cittadinanza*, in *Dizionario dei Diritti degli Stranieri*, cit., p. 134; L. RONCHETTI, *Istruzione*, *ivi*, p. 354.

<sup>424</sup> Su tutte le direttive 2003/109/CE relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo; 2005/71/CE, relativa a una procedura specificamente concepita per l’ammissione di cittadini di paesi terzi a fini di ricerca scientifica; 2009/50/CE, sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati; 2011/95/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. Per un’analisi di come queste siano state recepite nell’ordinamento interno si veda l’accurato lavoro P. BONETTI, *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea*, in *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, cit., pp. 143-250.

nozione di “straniero” stabilendo all’art. 1 che per tali s’intendono i cittadini non appartenenti all’Unione europea e gli apolidi. All’art. 2 stabilisce che allo straniero (indipendentemente dalla regolarità del soggiorno) sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. Il legislatore mostra così di aver recepito l’orientamento della giurisprudenza costituzionale<sup>425</sup>, come emerso sin dalla sent. 120/67, di cui *supra*. La norma, come noto, ha introdotto i criteri per l’ingresso, il soggiorno e l’allontanamento dello straniero, distinguendo tra regolari e irregolari e assicurando ai primi ulteriori diritti rispetto ai secondi, specialmente per ciò che concerne la vita sociale e familiare.

All’art. 3 del TUI è prevista la predisposizione del documento programmatico triennale relativo alla politica dell’immigrazione e degli stranieri, da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentiti i Ministri interessati, il Consiglio nazionale dell’economia e del lavoro, la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, la Conferenza Stato-città e autonomie locali, gli enti e le associazioni nazionali maggiormente attivi nell’assistenza e nell’integrazione degli immigrati e le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro maggiormente rappresentative sul piano nazionale, approvato dal Governo e trasmesso al Parlamento. Il documento individua, tra l’altro, i criteri generali per la definizione dei flussi di ingresso nel territorio dello Stato, delinea gli interventi pubblici volti a favorire le relazioni familiari, l’inserimento sociale e l’integrazione culturale degli stranieri residenti in Italia, nel rispetto delle diversità e delle identità culturali delle persone, purché non confliggenti con l’ordinamento giuridico, e prevede ogni possibile strumento per un positivo reinserimento nei Paesi di origine. Il c.d. sistema delle quote è una formula di per sé neutra, ma che rischia di declinarsi in maniera più o meno securitaria a seconda del programma del Governo in carica e dei suoi umori. Resta in filigrana l’idea che la politica degli ingressi e dei suoi numeri sia legata al mercato

---

<sup>425</sup> E. ROSSI, *Immigrazione e diritti fondamentali a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano*, in *La governance dell’immigrazione*, cit. pp. 61-90 (spec. p. 64), richiamando le notazioni svolte sul punto da B. Nascimbene, *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, Cedam, 1997, p. 25 e P. Bonetti, *I principi, i diritti e i doveri. Le politiche migratorie*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, pp. 81-199 (spec. p. 85). Nota il primo A. che, in coerenza col principio accolto all’art. 2 del TUI, il legislatore ha stabilito il divieto di espulsione e respingimento immediato alla frontiera in presenza di necessità di pubblico soccorso (art. 10); divieto simile vige anche per i minori stranieri, donne in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi dalla nascita del figlio; nonché verso coloro che siano espulsi o respinti in Paesi in cui potrebbero esser perseguitati per motivi di razza, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali (art. 19). Per inciso, la categoria è stata ampliata anche al marito/convivente della donna in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi al parto (Corte Cost., sent. 376/2000) e alle persone che, se rimpatriate, rischierebbero di esser sottoposte a tortura (l. 110/2017).

Si segnala inoltre la disposizione contenuta nell’art. 3, co. 5 del TUI che riconosce il ruolo dei diversi livelli di governo del territorio nella rimozione degli ostacoli di fatto al riconoscimento dei diritti fondamentali della persona umana.

e al fabbisogno di manodopera «in quella logica di *laissez faire* caratterizzante la politica immigratoria di molti Paesi occidentali prima della crisi economica della prima metà degli anni Settanta»<sup>426</sup>.

Anche questa normativa percorre la logica binaria sopradescritta e la spinta proveniente dalla comunitarizzazione delle politiche migratorie. Il testo è ricco di disposizioni a tutela dei cittadini stranieri “regolari”, ma risulta aver inasprito la condizione degli “irregolari” in tema di ingressi e allontanamenti. Nel passaggio dalla legge Martelli al TUI le ipotesi di esecuzione dell’espulsione mediante intimazione da parte del Prefetto si sono ridotte per lasciare spazio ad un’altra modalità esecutiva: quella della limitazione della libertà personale. Questo non vuol dire che prima della legge 40/1998 la detenzione amministrativa fosse istituito sconosciuto o inapplicato, ma che aveva natura residuale ed un’altra veste: quella della sorveglianza speciale<sup>427</sup>. Come già emerso, la legge 40/1998 porta a compimento l’istituto della detenzione amministrativa con la previsione dell’art. 14 sulla limitazione della libertà personale all’interno dei Centri di permanenza temporanea e assistenza (CPTA). La dottrina ha infatti evidenziato come non si sia creato nulla di nuovo, ma ci si sia limitati «ad attribuire carattere di stabilità alla normativa che si era precedentemente sviluppata in forma frammentaria»<sup>428</sup>.

---

<sup>426</sup> G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 193, mette in risalto anche due tendenze che si sono registrate nella dinamiche del decreto flussi: da una parte il maggior numero di quote riservate a permessi stagionali e dall’altro l’incremento di quote privilegiate, ossia stipulate con quei Paesi con cui l’Italia ha stipulato accordi di riammissione, in vista quindi una più semplice allontanamento dello straniero.

<sup>427</sup> D. LOPRIENO, “*Trattenere e punire*”. *La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 84, individua nel regime di sorveglianza speciale, previsto dall’art. 7, co. 11 della l. 39/1990, i sintomi di quella che a breve sarebbe diventata la detenzione amministrativa. La norma consentiva il questore del luogo in cui lo straniero si trovava di richiedere la misura indicata con o senza l’obbligo di soggiorno in una determinata località per: procedere ad accertamenti supplementari su identità e nazionalità dello straniero; acquisizione di documenti o visti e in ogni altro caso in cui non si poteva procedere all’esecuzione immediata dell’espulsione. Al comma 12 era previsto che il questore ne avrebbe potuto fare richiesta anche prima dell’avvio del procedimento in via provvisoria al presidente del tribunale e in caso di violazione degli obblighi da essa derivante erano previsti l’arresto e la pena con reclusione fino a due anni. Dello stesso avviso della studiosa anche I. GJERGJI, *Op. cit.*, p. 18, secondo la quale nonostante i propositi garantistici verso lo straniero, aperti dalla legge 39/1990 che prevedeva la possibilità proporre ricorso avverso il decreto di espulsione dinanzi al Tribunale amministrativo del suo luogo di domicilio con sospensione (salvo l’ipotesi di ordine del Ministero dell’Interno per motivi di ordine pubblico e sicurezza interna), la legge Martelli ha finito per potenziare eccessivamente i poteri della polizia, riproducendo la sostanza del TULPS del ’31.

<sup>428</sup> I. GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione*, cit., p. 18; D. LOPRIENO, *Op. cit.*, p. 86, la quale si sofferma anche sull’eredità del decreto Conso (d.l. 187/1993) e del decreto Dini (d.l. 489/1995). In particolare il secondo prevedeva all’art. 7 – *sexies*, co. 5 la possibilità di disporre l’obbligo di dimora per un periodo massimo di trenta giorni al fine di procedere agli accertamenti necessari all’esecuzione dell’espulsione; o per acquisire i titoli di viaggio; o per il pericolo di fuga.

Nell'ambito delle misure di contrasto all'immigrazione irregolare si inserisce anche l'art. 10 della legge 40, che punisce le attività dirette a favorire gli ingressi irregolari. Nella disposizione precedente, nell'ottica del sistema Schengen, si affida al Ministero dell'Interno e a quello degli Affari Esteri il compito di predisporre il piano per il rafforzamento dei controlli alla frontiera.

La figura del non cittadino all'interno della legislazione nazionale trova — lo si rilevava in precedenza — una prima frammentazione: quella tra straniero regolare e straniero irregolare, quest'ultimo è destinatario per lo più di provvedimenti legati alla sicurezza e al controllo delle frontiere. Salvo le poche norme sui diritti che gli sono riconosciuti da parte del TUI (artt. 2, 34, 35), un ruolo suppletivo è stato svolto, come si è visto, dalla giurisprudenza costituzionale, sia in attesa del tardivo intervento del legislatore, sia successivamente (sul “nucleo irriducibile” del diritto alla salute; in materia di diritto di difesa<sup>429</sup>; di esecuzione della pena<sup>430</sup>; e così via).

Un'altra distinzione che riguarda i cc.dd. “regolari” è quella legata alla durata del permesso di soggiorno, già affiorata nella legge 39/90, all'art. 4, co. 7, con il permesso dalla durata illimitata. Il permesso di soggiornante di lungo periodo di cui all'art. 9 del TUI consente un numero un numero indeterminato di rinnovi, in presenza di determinati requisiti che dimostrino reddito sufficiente per il sostentamento proprio e dei familiari<sup>431</sup>. Si tratta di un titolo di soggiorno che ha carattere “rafforzato”, perché attesta una significativa presenza ed integrazione sul territorio, oltre che rendere più gravosa l'ipotesi dell'espulsione amministrativa. Esso è stato inoltre considerato spesso idoneo da parte del legislatore nazionale e regionale per essere beneficiari di maggiori prestazioni di natura sociale<sup>432</sup> rispetto agli altri stranieri non titolari dello stesso permesso.

---

<sup>429</sup> Corte cost., sent. n. 198/2000 «lo straniero (anche irregolarmente soggiornante) gode di tutti i diritti fondamentali della persona umana, fra 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 ed il significato»; Corte cost., sent. n. 254/2007 sulla incomprensione linguistica quale ostacolo all'accesso effettivo alla giustizia.

<sup>430</sup> Corte cost., sent. n. 78/2007 sull'accesso alle misure alternative alla detenzione.

<sup>431</sup> Con la legge n. 94/2009 è stato previsto che per ottenere il rilascio del permesso per lungo soggiornanti lo straniero deve anche dimostrare la conoscenza della lingua italiana (corrispondente al livello A2 del Quadro comune europeo di riferimento per la conoscenza delle lingue approvato dal Consiglio d'Europa); con la direttiva 2003/109/CE si sono aggiunti anche i requisiti di idoneità alloggiativa.

<sup>432</sup> Sulla opportunità e sulla legittimità delle differenziazioni in ordine al godimento dei diritti sociali fondate sulla tipologia del permesso di soggiorno, presenza sul territorio e residenza si rinvia *ex multis* a: F. BIONDI DAL MONTE, *Lo Stato sociale di fronte alle migrazioni. diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, fasc. 3/2012; EAD., *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2013; C. CORSI, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018.

Il quadro legislativo sarebbe incompleto, ove non si menzionasse il ruolo delle Regioni e degli Enti locali<sup>433</sup> nella materia, riconosciuto già all'art. 1, co. 4 del TUI e divenuto più composito dopo la riforma del titolo V della Costituzione<sup>434</sup>. Invero, già prima, nel corso degli anni Novanta si registrò un certo attivismo spontaneo delle Regioni, spinte dalla necessità di colmare le lacune nazionali<sup>435</sup> (vedi *supra*, cap. 2, par. 5.2).

Tra le materie di competenza esclusiva statale rientrano il “diritto di asilo”, la “condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all’Unione europea” (art. 117, comma 2, lett. a) e l’“immigrazione” (art. 117, comma 2, lett. b). Il tema dell’immigrazione attraversa invero le competenze regionali in riferimento alla competenza statale sulla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, co. 2, lett. m), poiché le Regioni sono chiamate ad assicurare quei livelli essenziali anche ai cittadini stranieri. La previsione costituzionale costituisce altresì «un punto di riferimento ed un limite per la potestà legislativa delle Regioni, qualora volessero introdurre discipline derogatorie peggiorative della condizione giuridica dello straniero presente sul territorio regionale»<sup>436</sup>.

Sull’esclusività della competenza statale si è espressa la Corte Costituzionale<sup>437</sup>, che ha contribuito a disegnare e a contenere le rispettive pretese<sup>438</sup>. Più precisamente, la Consulta ha riconosciuto l’intreccio e la trasversalità<sup>439</sup> tra competenze statali e

---

<sup>433</sup> Tali competenze non derivano dalla somma di più previsioni, su cui domina il principio di sussidiarietà di cui all’art. 118 Cost., e, ancor prima della sua costituzionalizzazione, le previsioni di cui all’art. 13 del d.lgs. 267/2000, ove si riconosce che: «Spettano al comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell’assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze» e infine la l. 328/2000, che attribuisce ai Comuni gli interventi di *welfare* a favore dei migranti. Si pensi infine che il Comune gestisce i servizi di stato civile, di anagrafe, con le relative funzioni esercitate dal sindaco quale ufficiale del Governo.

<sup>434</sup> A. RUGGERI, C. SALAZAR, “*Ombre e nebbia*” nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del Titolo V, in *Quad. reg.*, 2004, 27 ss.

<sup>435</sup> A. PATRONI GRIFFI, *I diritti dello straniero tra Costituzione e politiche regionali*, cit., p. 350.

<sup>436</sup> M. VELTRI, *La Governance dell’Immigrazione tra Stato, Regioni ed Enti Locali*, in F. Biondi Dal Monte, E. Rossi, *Diritti oltre frontiera: migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa University Press, 2020, pp. 289-314 (spec. p. 296).

<sup>437</sup> Il riferimento è alle sentt. nn. 300 e 432/2005, 50/2008, 269 e 299/2010, 61/2011. Per un commento complessivo si rinvia a F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in *le Regioni*, 2010; L. RONCHETTI, *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni (a proposito delle sentenze nn. 299 del 2010 e 61 del 2011)*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011.

<sup>438</sup> L. RONCHETTI, *La Costituzione e lo ius migrandi*, in L. Corazza, M. Della Morte, S. Giova (a cura di), *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti. Asilo, Minori, Welfare*, Napoli, ESI, 2018, pp. 17 ss.

<sup>439</sup> La giurisprudenza costituzionale ha definito come trasversali quelle materie in ordine alle quali «si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo

regionali sulle materie di competenza esclusiva statale e quelle in cui le regioni hanno già competenza concorrente, su servizi sociali, assistenza sanitaria, istruzione e integrazione sociale, che inevitabilmente riguardano anche la vita degli stranieri. Può farsi menzione delle pronunce in cui la Corte, pur escludendo la legittimità del rifiuto delle regioni di aprire centri per l'immigrazione sul loro territorio<sup>440</sup>, al contempo ritiene impossibile la loro esclusione totale, riconoscendo ad esse la possibilità di partecipare all'organizzazione, all'osservazione e al monitoraggio degli stessi, per quanto di competenza, attraverso attività quali l'assistenza in genere e quella sanitaria in particolare, secondo modalità (in necessario previo accordo con le prefetture) tali da impedire comunque indebite intrusioni<sup>441</sup>. A più riprese la Consulta ha fatto salve le forme di cooperazione con la Stato da parte delle autonomie territoriali relativamente all'attività istruttoria<sup>442</sup> di assistenza per il rilascio e i rinnovi dei

---

Stato le determinazioni che rispondono a esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale» (sent. 407/2002).

<sup>440</sup> Sent. 134/2010 resa sulla l. reg. Liguria n. 4/2009 che dichiarava l'indisponibilità ad avere sul proprio territorio centri di trattenimento; ord. 275/2010 resa sulla l. reg. Marche n. 13/2009 che però fu abrogata nelle more del processo costituzionale.

<sup>441</sup> Il riferimento è alla sent. 300/2005, con cui la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa all'intero testo della l. reg. Emilia-Romagna n. 5/2004 sollevata dal Presidente del Consiglio dei ministri, relativamente a: a) l'art. 3, comma 4, lettera d), che prevede l'osservazione e il monitoraggio, "in raccordo con le Prefetture", del funzionamento dei centri di permanenza temporanea; b) gli artt. 6 e 7, che riconoscono nuove forme di partecipazione dei cittadini stranieri all'attività politico-amministrativa della Regione, quali membri della Consulta regionale, cui sono affidati compiti istituzionali propulsivi e consultivi; c) l'art. 10, che consente ai cittadini immigrati di accedere all'edilizia residenziale pubblica ed ai benefici per la prima casa. È qui interessante il passaggio della sentenza relativo agli artt. 6 e 7, in cui la Corte fa salvo il potere di disciplinare «forme partecipative degli stranieri nella Consulta regionale per l'integrazione sociale dei cittadini stranieri immigrati» che «lungi dall'invasione materie attribuite esclusivamente allo Stato, costituiscono anzi l'attuazione, da parte della Regione Emilia-Romagna, delle disposizioni statali che, come sopra evidenziato, prevedono appunto forme di partecipazione dei cittadini stranieri soggiornanti regolarmente nel Paese alla vita pubblica locale» in tal senso la Corte ricorda il suo precedente in materia con la sent. 379/2004 sulla «legittimità della norma statutaria dell'Emilia-Romagna che prevede il diritto di voto di tutti i residenti nei referendum regionali, secondo un criterio di favore verso la partecipazione, che trova il suo fondamento nel già ricordato art. 2, comma 4, del d.lgs. n. 286 del 1998».

<sup>442</sup> Sent. 269/2010 resa sulla l. reg. Toscana n. 29/2009, in cui la Corte ricorda che l'attivazione di una «rete regionale di sportelli informativi supporta i comuni nella sperimentazione, avvio ed esercizio delle funzioni relative al rilascio dei titoli di soggiorno; promuove inoltre il coordinamento tra gli enti locali per lo sviluppo dei servizi volti a facilitare e semplificare i rapporti tra i cittadini stranieri e la pubblica amministrazione», non fa che disciplinare una mera attività di supporto alla rete informativa già presente ed avviata, tra l'altro, sulla base del Protocollo d'intesa stipulato nel 2006 fra l'ANCI (Associazione Nazionale Comuni Italiani) ed il Ministero dell'Interno, con il quale si è dato inizio ad una sperimentazione volta ad attribuire progressivamente competenze ai Comuni per quanto riguarda l'istruttoria relativa al rilascio ed al rinnovo del permesso di soggiorno. Sul medesimo tema si veda anche la sent. 156/2006 sulla l. reg. Veneto 5/2005.

permessi di soggiorno. Va infine menzionato anche il contributo riconosciuto alle regioni in materia di formazione professionale e tirocini formativi<sup>443</sup>, volto a facilitare l'ingresso di cittadini stranieri.

La Corte ha altresì chiarito con la sua giurisprudenza che la materia immigrazione non si esaurisce negli aspetti che attengono alla programmazione dei flussi di ingresso, di soggiorno sul territorio e di regolarizzazione (sentt. 134/2010; 201/2005). È così accolta la bipartizione tra politiche di immigrazione (*immigration policy*) e per l'immigrazione<sup>444</sup> (*immigrant policy*). Tra le prime rientrano le attribuzioni esclusive statali riguardanti le condizioni di ingresso e soggiorno dello straniero sul territorio, inclusi tutti gli aspetti che attengono alle politiche di programmazione dei flussi di ingresso (inclusa la regolarizzazione) e di soggiorno nel territorio nazionale; nelle seconde quelle teleologicamente tese alla promozione, alla tutela e all'integrazione sul territorio, negli altri ambiti della vita dello straniero, che hanno il baricentro nella materia sanitaria e sociale, relativi all'assistenza sociale, al diritto allo studio, all'accesso all'abitazione, alla formazione, e così via.

Secondo la dottrina, dalle sentenze indicate può ricavarsi anche un'altra importante indicazione relativa alla tutela dei diritti fondamentali degli stranieri irregolari e cioè che «nelle materie di competenza residuale, le Regioni possono prevedere l'estensione di certi diritti fondamentali (*rectius* "prestazioni fondamentali") a favore degli immigrati presenti sul proprio territorio, anche non regolarmente, poiché lo straniero è titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona»<sup>445</sup>.

Di fronte ad una così complessa articolazione tra livelli di governo e fonti del diritto dell'immigrazione da un lato e differenti tipologie di *status* e di permesso di soggiorno, si è ormai ben chiarito da tempo<sup>446</sup> come la condizione giuridica dello straniero non sia in effetti unitaria, ma fortemente frammentata: a livello orizzontale, in relazione al tipo di permesso di soggiorno e/o *status* personale, a livello verticale attraverso ulteriori previsioni di intervento, soprattutto in materia di diritti sociali, da parte delle Regioni ed enti locali, realizzandosi così un ulteriore profilo di

---

<sup>443</sup> Sent. 269/2010, cit.

<sup>444</sup> M. VRENNA, *Le Regioni di fronte all'immigrazione: linee di tendenza degli ultimi anni*, in *La governance dell'immigrazione*, cit., pp. 397- 436 (spec. p. 425), propone di rivedere la classica distinzione per trovare una nuova sintesi prevedendo ad esempio il coinvolgimento delle regioni anche nelle politiche di ingresso, oltre che in quelle di integrazione e propone ad esempio un coinvolgimento più significativo in materia di determinazione delle quote di ingresso, per intercettare le reali esigenze produttive dei territori. L'A. guarda con favore in chiave comparativa all'esperienza spagnola, pur nella differenza del modello di regionalismo adottato, quanto alle alla rivendicazioni delle CC.AA. in tema di lavoro e della disciplina dell'ingresso.

<sup>445</sup> F. BIONDI DAL MONTE, *Op. cit.*, p. 12; L. RONCHETTI *Op. cit.*, p. 7.

<sup>446</sup> F. BIONDI DAL MONTE, *La condizione giuridica dello straniero. Alcune chiavi di lettura*, in *Diritti oltre frontiera*, cit., pp. 22 ss. (spec. p. 39), ricava dalla duplice frammentazione, orizzontale e verticale, tre coppie di dicotomie all'interno della categoria degli stranieri: quella tra rifugiati e migranti economici; tra residenti di lungo periodo e neoarrivati, e per finire, tra regolari e irregolari.

differenziazione a seconda del luogo di residenza. Allo straniero sarà dunque riconosciuto un “pacchetto” di diritti, a seconda della regolarità/irregolarità (e, nell’ambito della regolarità, a seconda del tipo di permesso di soggiorno di cui è titolare) e, in ragione dell’articolazione territoriale delle competenze, a seconda del luogo di residenza.

Alla luce di queste notazioni si capisce come la materia si collochi all’interno di un « “ordinamento complesso”, nel senso etimologico del suo significato, come ordinamento intrecciato (*complexus*) nel quale convivono soggetti istituzionali tra loro distinti e interagenti»<sup>447</sup>. Di quest’ultimo fanno parte anche le Dichiarazioni e le Carte dei diritti<sup>448</sup> e per finire le disposizioni di diritto interno che non interessano immediatamente la materia ma pur vi incidono. Per il quadro interno si pensi ai formanti legislativi esterni al TUI, come le leggi finanziarie e di *spending review* o, da ultimo, al d.l. 34/2020 *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19*, c.d. “Rilancio convertito in l. 77/2020”, che all’art. 103 ha regolato “l’emersione dei rapporti di lavoro”.

### 3. Lo straniero, ovvero il clandestino, nel prisma della legge Bossi-Fini

La legge 30 luglio 2002, n. 189 di *Modifica alla normativa in materia di immigrazione e asilo*, più nota come legge Bossi-Fini<sup>449</sup>, interveniva a distanza di pochi anni dall’entrata in vigore del TUI sul suo impianto, acuendo gli spazi repressivi già presenti. Più specificamente riducendo le possibilità di ingressi legali; di ricongiungimento familiare; introducendo l’istituto del contratto di soggiorno; inasprendo la normativa sull’allontanamento e sulla lotta all’immigrazione clandestina<sup>450</sup>.

---

<sup>447</sup> F. BIONDI DAL MONTE, *Le fonti del diritto dell’immigrazione*, in *Il diritto in migrazione*, cit., pp. 343 ss. (spec. p. 344).

<sup>448</sup> La Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948; la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU); il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966; la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989; la Carta sociale europea; la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006.

<sup>449</sup> Per un commento alla norma si vedano A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, in *Questione Giustizia*, 2002, pp. 964 ss.; L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2002, pp. 9 ss.; M. PAGGI, *Prime note sulla nuova disciplina dei flussi migratori*, ivi, pp. 22 ss.; B. NASCIBENE, *Nuove norme in materia di immigrazione. La legge Bossi - Fini: perplessità e critiche*, in *Corriere giuridico*, n. 4/2003, pp. 532-540.

<sup>450</sup> È interessante notare che, in accordo con le indicazioni che emergono dalle “Conclusioni” del Consiglio europeo di Siviglia (21 e 22 giugno 2002, punti 33-36) all’art. 1, la legge 189 si concentra sulla collaborazione con i Paesi terzi e, nel tentativo di favorire le elargizioni in favore di iniziative di sviluppo umanitario, di qualunque natura, prevede una serie vantaggi di vantaggi di natura fiscale. Questa generosità è bilanciata dalla possibilità di rivedere l’elaborazione e la eventuale revisione dei programmi bilaterali di cooperazione e di aiuto per interventi non a scopo umanitario, tenendo conto della collaborazione prestata dai Paesi interessati alla prevenzione dei flussi migratori illegali e al contrasto

Gli slogan e i messaggi politici che hanno accompagnato la presentazione del d.d.l. alle Camere esasperavano il «pericolo di una vera invasione dell'Europa da parte di popoli che sono alla fame, in preda ad una inarrestabile disoccupazione».

Il cortocircuito della normativa, che l'accomuna alla precedente e alle successive, è in questo caso più evidente: la lotta all'immigrazione clandestina crea infatti essa stessa clandestinità, la riduzione degli spazi di legalità si traduce in un passaggio quasi obbligato verso l'illegalità. Non è un caso che all'entrata in vigore della norma seguì lo stesso giorno, 10 settembre 2002, anche l'entrata in vigore del d.l. 9 settembre 2002, n. 195 (poi conv. in legge 9 ottobre 2002, n. 222) in materia di *legalizzazione del lavoro irregolare di extracomunitari*, ossia la più importante (in termini numerici) regolarizzazione di cittadini stranieri<sup>451</sup> della storia italiana.

Tra le riforme più significative rientra sicuramente l'introduzione all'art. 5 *bis* del contratto di soggiorno, già sopra indicato, che radicalizza quel legame già presente nel TUI tra l'ingresso e la permanenza sul territorio dello straniero e lo svolgimento di un'attività lavorativa.

Il legame indissolubile che la legge fa emergere è la contraddittorietà «tra quella clandestinità a parole condannata e combattuta, ma nei fatti profondamente funzionale a molteplici esigenze delle più o meno informali economie nazionali»<sup>452</sup>. Proprio a proposito del rapporto tra lavoro, cittadinanza, diritti e doveri del cittadino straniero si nota come i valori di dignità, rispetto, riconoscimento, circolazione e inclusione, tipici della vocazione riconosciuta al lavoro (e non solo) dalla Carta Costituzionale, subiscono un depotenziamento. Facendo del lavoro la preconditione di ingresso e soggiorno si istituirono surrettiziamente meccanismi di controllo e disciplinamento per i quali il dovere del lavoro dello straniero si svuota di quei valori prima indicati<sup>453</sup>: il lavoro diventa per lo straniero il perno non solo del sua sussistenza economica, ma anche della sua posizione regolare sul territorio.

La l. 189 per prima ha collegato la protezione umanitaria con il diritto d'asilo disponendo che «nell'esaminare la domanda di asilo le commissioni territoriali

---

delle organizzazioni criminali operanti nell'immigrazione clandestina, nel traffico di esseri umani, nello sfruttamento della prostituzione, nel traffico di stupefacenti, di armamenti, nonché in materia di cooperazione giudiziaria e penitenziaria e nella applicazione della normativa internazionale in materia di sicurezza della navigazione. Sul punto B. NASCIBENE, *Op. cit.*

<sup>451</sup> M. AMBROSINI, *Immigrati stranieri e famiglie italiane: la formazione di un welfare parallelo, tollerato, misconosciuto*, in *Il diritto in migrazione*, cit., pp. 318 ss., definisce il meccanismo delle sanatorie un pilastro della gestione dei flussi migratori. Più precisamente le quattro introdotte dal 1986 al 1998 hanno portato alla regolarizzazione di 790.000 migranti; la sanatoria del 2002 ha regolarizzato 630.000 migranti; quella del 2009, 300.000; nel 2012 la sanatoria ha portato alla regolarizzazione di 130.000 persone straniere. Dati alla mano. il d.l. 195/2002 ha condotto al numero più elevato di regolarizzazioni.

<sup>452</sup> G. BASCHERINI, *I doveri costituzionali degli immigrati*, cit., p. 115. Contratto di soggiorno che, precisa l'A., si pone potenzialmente in contrasto con le previsioni degli artt. 35 e ss. Cost., assumendo la cittadinanza come fattore discriminante nella disciplina dei contratti individuali, nell'effettivo godimento di quei diritti individuali e collettivi connessi alla condizione di lavoratore.

<sup>453</sup> *Ivi*, p. 119; I. GJERGI, *Espulsione, trattenimento, disciplinamento*, cit.

valutano per i provvedimenti di cui all'art. 5, 6° comma, del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 286 del 1998, le conseguenze di un rimpatrio alla luce degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali di cui l'Italia è firmataria e, in particolare, dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della l. 4 agosto 1955 n. 84». La finalità essenziale, anche se non unica, della novella legislativa è la lotta all'immigrazione clandestina, cui si rifanno le misure da un lato volte alla prevenzione degli ingressi attraverso una attività di vigilanza delle frontiere marittime, che consente l'impiego anche di navi della marina militare, in ausilio e supplemento rispetto a quelle in normale servizio di polizia (art. 12, commi 9 bis e 9 ter); dall'altro lato di diritto penale della difesa delle frontiere, attraverso l'inasprimento delle pene contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, aggiungendo ai motivi di respingimento alla frontiera (art. 4) quello di aver riportato una condanna, anche a seguito di patteggiamento, per vari tipi di reati (per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, art. 380 c.p.p., commi 1 e 2; per reati concernenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, l'immigrazione clandestina, la prostituzione). Proprio in riferimento all'inasprimento delle fattispecie penali la Corte di Cassazione ha sottolineato come le disposizioni della l. 189 «hanno solo accentuato il carattere di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica di alcune disposizioni, in parte capovolgendo la visione solidaristica in una esclusivamente repressiva» (III sez. pen., sent. 3162/2003).

L'altro versante su cui la l. 189 ha fatto perno per la lotta all'immigrazione è stato quello delle misure di allontanamento, modificando la legge previgente su più punti ed anzitutto con l'immediata esecutività del provvedimento di espulsione amministrativa, anche se sottoposto a gravame da parte del migrante, con conseguente compressione della tutela giurisdizionale (art. 12, co. 1, l. 189 modifica l'art. 13, co. 3 TUI); poi con l'esecuzione dell'espulsione affidata al mezzo dell'accompagnamento coatto alla frontiera in tutti i casi, ad eccezione di quello in cui lo straniero non abbia rinnovato il permesso di soggiorno entro i sessanta giorni previsti dalla legge (art. 12, co. 3-sexies, lett. c, l. 189 modifica l'art. 13, comma 4); ancora con l'inasprimento della pena per il reato di divieto di reingresso; infine con l'allungamento del periodo massimo del trattenimento nei CPT, da trenta a sessanta giorni.

L'immediata esecutività dell'espulsione, controbilanciata da un procedimento di convalida *inaudita altera parte*, produceva un evidente difetto di effettività non solo della libertà personale, ma anche del diritto di difesa, destinato a realizzarsi in una fase tardiva, ossia quando lo straniero era già stato rimpatriato.

L'altra importante novità di rilievo è l'introduzione, con l'art. 32, della novella dell'istituto del trattenimento amministrativo anche per i richiedenti asilo<sup>454</sup>, in centri *ad hoc* i centri di identificazione (tema su cui si tornerà nel capitolo quarto).

---

<sup>454</sup> L. TRUCCO, *Le modifiche alla legge n. 189/2002 in tema d'asilo*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2002, pp. 102 ss.

Sulla normativa qui succintamente ripercorsa si segnala la pronuncia<sup>455</sup> della Consulta con sent. 222/2004, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, co. 5-bis, del TUI, nella parte in cui non prevedeva che il giudizio di convalida dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera dovesse svolgersi nel contraddittorio tra le parti e con le garanzie della difesa.

Tale pronuncia è importante perché nel solco di essa vi fu un altro importante intervento del legislatore: con l. 271/2004 fu infatti reintrodotta la sospensiva del provvedimento di espulsione fino al giudizio di convalida, ma al tempo stesso, «in una chiara ottica di indebolimento delle garanzie nei confronti degli stranieri fu devoluto alla competenza del giudice di pace il contenzioso relativo all'allontanamento degli stranieri»<sup>456</sup>. Si tratta, come noto, di un giudice non togato, la cui fisionomia ordinamentale lo colloca in un contenzioso di natura per lo più conciliativa, «attribuendogli competenze non in sintonia con esigenze deflattive e con il significato costituzionale della riserva di giurisdizione»<sup>457</sup>. Al giudice di pace sono assegnate le competenze in materia di convalida dei trattenimenti e degli accompagnamenti coattivi, ossia importanti competenze *de libertate* che, oltre a coinvolgere l'art. 13 Cost, implicano anche valutazioni ulteriori che si riferiscono al divieto di respingimento. Più precisamente, il giudice viene chiamato a valutare potenziali lesioni al diritto di non subire trattamenti inumani e degradanti, tortura o al diritto alla vita. Prima ancora che porsi qui un problema relativo al rispetto della riserva di giurisdizione, se cioè essa sia soddisfatta dalla presa in carico dell'atto da controllare da parte di un giudice non professionale, la natura dei diritti coinvolti pone un problema sotto il profilo della logica delle istituzioni<sup>458</sup>.

#### **4. La disciplina della condizione dello straniero nella morsa dei cc.dd. "pacchetti sicurezza"**

---

<sup>455</sup> Per un commento si vedano G. BASCHERINI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge Bossi-Fini*, in *Costituzionalismo.it*, 20 luglio 2004; A. RAUTI, *La libertà personale degli stranieri fra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la Consulta segna un'ulteriore "tappa" nel tortuoso "cammino" degli extracomunitari*, in *Forum di Quaderni costituzionale*, 25 luglio 2004.

<sup>456</sup> C. CORSI, *Un (in)arrestabile indebolimento delle garanzie costituzionali nei confronti degli stranieri?*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2/2018, p. 5.

<sup>457</sup> D. LOPRIENO, "Trattenere e punire", cit., p. 108. Ancora sul punto A. CAPUTO, L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2004, pp. 13 ss., che, sull'indebolimento della riserva di giurisdizione scrivono: «quando è in gioco l'*habeas corpus* il significato costituzionale della riserva di giurisdizione impone di attribuire le relative competenze al giudice professionale, ossia a un magistrato che, svolgendo l'attività giudiziaria in via esclusiva e non temporanea, ha un profilo ordinamentale in grado di esercitare un controllo "forte" sulla legittimità della coercizione personale provvisoria disposta dall'autorità di polizia» (p. 23).

<sup>458</sup> In tal senso F. CORVAJA, *Lo straniero e i suoi giudici*, in *Riv. Dir. Cost., Migrazioni*, cit., pp. 141 ss. (spec. p. 146).

Dal breve scenario tratteggiato emergono alcune peculiarità caratterizzanti<sup>459</sup> il diritto dell'immigrazione anche negli sviluppi successivi della materia, fino a oggi: la logica emergenziale; le modifiche indirette al TUI; le sollecitazioni provenienti dall'UE; l'“amministrativizzazione” delle libertà e dei diritti degli altri.

I solleciti provenienti dall'UE trovano fondamento nell'entrata in vigore il 1° dicembre 2009 del Trattato di Lisbona<sup>460</sup>, che apporta significative modifiche nel settore asilo e immigrazione. La materia viene collocata nel Titolo V del TFUE, con l'obiettivo di realizzare lo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali»<sup>461</sup>, garantendo l'assenza di controlli sulle persone alle frontiere interne e lo sviluppo di una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi (sul tema si tornerà nel capitolo quarto). Si sottolinea il passaggio, rispetto al precedente Trattato di Amsterdam, dalle “misure comuni” alla “politica comune” nella materia<sup>462</sup>. All'art. 78, par. 1 è poi indicato il settore dell'asilo e la volontà di sviluppare 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. Con il Trattato di Lisbona la Carta dei diritti dell'UE ha assunto come noto lo stesso valore giuridico dei Trattati e del diritto primario e un valore specifico anche rispetto all'effettività dei diritti, in particolare quale fonte che sia la Corte di Giustizia UE, sia i giudici nazionali devono tener conto per «assicurare che gli obblighi di protezione degli Stati membri nei confronti dei non cittadini che provano ad attraversare le frontiere nazionali o che si muovono entro lo spazio giuridico europeo si conformino, da un lato, agli *standards* CEDU e, dall'altro, alle norme costituzionali statali in materia di diritti e libertà fondamentali della persona migrante»<sup>463</sup>.

---

<sup>459</sup> F. BIONDI DAL MONTE, *Le fonti del diritto dell'immigrazione*, cit., p. 355.

<sup>460</sup> Anche in questo caso si rinvia a scritti di approfondimento specifico, *ex multis*: P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2009; C. FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2010, pp. 7-30; B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2012; D. VITIELLO, *L'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo: linee di tendenza e proposte per il futuro*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3-4/2016, pp. 9-38.

<sup>461</sup> Articolo 67, par. 1 TFUE (ex articolo 61 del TCE ed ex articolo 29 del TUE).

<sup>462</sup> F. SCUTO, *Op. cit.*, p. 85 che sottolinea come l'obiettivo di una politica comune venga assorbito nel TUE e nel TFUE come una “*mission*” che l'Unione dovrà affrontare.

<sup>463</sup> E. CAVASINO, *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, in *federalismi.it, focus human rights*, fasc. 3/2018, p. 9. L'A. ricorda l'intervento della Corte Costituzionale con sent. 269/2017 che riconosce nella Carta di Nizza una fonte del diritto con caratteristiche uniche, dato il valore costituzionale intrinseco che la connota. La Carta potrebbe avere secondo l'A. le caratteristiche per portare il costituzionalismo nazionale al

Fatta questa necessaria premessa di inquadramento sistematico della disciplina nel solco della c.d. tutela multilivello dei diritti, è ora utile passare all'argomento specifico che qui si vuol trattare: l'incessante emergenza di cui la materia è afflitta.

In tal senso può leggersi come paradigmatica la retorica con la quale la politica si accosta alla tematica, ma ancor di più lo strumento giuridico adoperato per le riforme che la interessano: la decretazione d'urgenza e i pacchetti sicurezza. Se è consentita una nota di colore, da quando chi scrive ha intrapreso il percorso di dottorato si sono succeduti ben tre decreti-legge che hanno riscritto buona parte delle regole, soprattutto in materia d'asilo. Ai quali si è recentemente aggiunto un quarto decreto-legge in materia di immigrazione e protezione internazionale, negli ultimi mesi in cui mi accingevo a trarre le fila di questo lavoro.

Nella logica emergenziale rientra dunque il ricorso sistematico alla decretazione d'urgenza<sup>464</sup> impiegato con un richiamo costante alla domanda di sicurezza, alle ragioni di necessità e d'urgenza che spesso si prestano peraltro all'accusa di essere richiami apodittici. Del resto, questa censura è nota e ripetuta, come nota la patologia della reiterazione dei decreti-legge non ancora convertiti in legge, dichiarata incostituzionale fin dalla pronuncia della Consulta n. 360/1996. Ancora oggi non si riesce tuttavia a superare il sistematico impiego distorto di tale tipo di atto che spesso non ne confina il ricorso solo ad una conclamata ed evidente eccezionalità.

La responsabilità di tale abuso non è peraltro da imputare unicamente al Governo, ma anche alle Camere, che rinunciano spesso (per ragioni di indirizzo politico generale e di sostegno alla stabilità della maggioranza) a svolgere in sede di conversione un serio ed incisivo controllo sulla effettiva legittimità dei suoi presupposti. Lo stesso deve dirsi per l'assenza di controllo preventivo del Presidente della Repubblica sul testo e sui presupposti del decreto-legge. La scelta della promulgazione della legge, anche se accompagnata da missive ed avvertimenti, è

---

di là delle frontiere dello Stato, a patto che la si consideri sia nella prospettiva del primato del diritto dell'Unione, sia come custode del costituzionalismo dei diritti e delle libertà europee. In tema anche M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali - il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona - Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola* - Santiago del Compostela 16-18 ottobre 2014, in

[https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/RI\\_Cartabia\\_santiago2014.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_santiago2014.pdf)

<sup>464</sup> A titolo meramente riepilogativo dopo l'emanazione del TUI: il decreto-legge n. 195/2002, convertito in l. n. 222/2002; il decreto-legge n. 241/2004, convertito nella l. n. 271/2004; il decreto-legge n. 144/2005, convertito in l. n. 155/2005; il decreto-legge n. 300/2006, convertito in l. n. 17/2007; il decreto-legge n. 10/2007, convertito in l. n. 46/2007; decreto-legge n. 92/2008, convertito in l. n. 125/2008; il decreto-legge n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008; il decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni con legge 23 aprile 2009, n. 38; il decreto-legge n. 76/2013, convertito in l. n. 99/2013; il decreto-legge n. 93/2013, convertito in l. n. 119/2013; il decreto-legge n. 104/2013, convertito in l. n. 128/2013; il decreto-legge n. 145/2013, convertito in l. n. 9/2014; il decreto-legge n. 146/2013, convertito in l. n. 10/2014; il decreto-legge n. 7/2015m convertito in l. 43/2015; il decreto-legge n. 13/2017, convertito in l. n. 46/2017; il decreto-legge n. 113/2018, convertito in l. n. 132/2018; il decreto-legge n. 53/2019, convertito in l. n. 77/2019.

costituzionalmente l'unico dato rilevante: «il dato costituzionale decisivo è quello giuridico-formale di una legge efficace e in vigore proprio in ragione della firma del Presidente della Repubblica. Per contro, le perplessità del Colle non hanno alcun rilievo giuridico sulla legge promulgata, non obbligano le Camere a ritornare sulla materia disciplinata, né vincolano in alcun modo l'amministrazione in sede applicativa»<sup>465</sup>.

Ulteriori vizi formali, poi, emergono dalla mancata omogeneità teleologica, ossia del collegamento che si impone tra contenuto specifico, omogeneo e corrispondente al titolo al decreto legge, richiesto *ex art.* 15, co. 3 della l. 400/1988, come interpretato anche dalla giurisprudenza costituzionale<sup>466</sup> (sentt. 170/2017, 244/2016, 22/2012). Di più ampio respiro sono invece le modifiche introdotte con i decreti legge, composte come «dalla sovrapposizione di una serie di disposizioni dall'oggetto eterogeneo che non appaiono accomunate dal fine di reagire a un'unica e determinata situazione di straordinarietà»<sup>467</sup> e che sembrano introdurre modifiche “di sistema” al TUI, piuttosto che interventi mirati a risolvere singole situazioni di eccezionalità.

L'(ab)uso del decreto-legge lede «il principio di sovranità popolare, sia esautorando il Parlamento quale sede di confronto tra le forze politiche, sia ostacolando lo sviluppo della discussione nella società»<sup>468</sup>, specie quando poi in sede di conversione si adottano maxi emendamenti o si pone la questione di fiducia.

A questa prospettiva si aggiunge il sistematico accostamento del tema dell'immigrazione a quello della sicurezza, che richiama assieme emergenza, sentimento di insicurezza collettivo, uso simbolico del diritto penale. La coppia immigrazione-sicurezza «ha l'evidente obiettivo di indurre (o consolidare) la

---

<sup>465</sup> A. PUGIOTTO, *Op. cit.*, p. 42. L'A. si riferisce proprio alla missiva che accompagnò la promulgazione della legge 94/2009, seppure critica da parte dell'allora Presidente Napolitano resta giuridicamente inerte, dando adito all'idea di un impenetrabile controllo del Quirinale su questa materia.

<sup>466</sup> Corte Cost., sent. 16 febbraio 2012, n. 22: «Il presupposto del “caso” straordinario di necessità e urgenza inerisce sempre e soltanto al provvedimento inteso come un tutto unitario, atto normativo fornito di intrinseca coerenza, anche se articolato e differenziato al suo interno. La scomposizione atomistica della condizione di validità prescritta dalla Costituzione si pone in contrasto con il necessario legame tra il provvedimento legislativo urgente ed il “caso” che lo ha reso necessario, trasformando il decreto-legge in una congerie di norme assembleate soltanto da mera casualità temporale» (*Considerato in diritto* 3.3). Si veda sul punto R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 182. La Corte discorre di un presupposto di necessità e di urgenza che riguarda tanto il decreto legge quanto la legge di conversione riguardato come un tutto unitario e coerente. È richiesta dunque altrettanta coerenza anche per gli emendamenti apportati dal Parlamento, i quali pure devono essere sorretti dai medesimi presupposti di necessità e di urgenza e risultare omogenei rispetto al resto dell'atto (sent. 22/2012).

<sup>467</sup> G. SANTOMAURO, *I diritti degli stranieri al tempo del “decreto sicurezza” e le “ombre” della giustizia costituzionale: osservazioni a margine della sentenza n. 194/2019*, in *Nomos*, fasc. 1/2020, p. 4.

<sup>468</sup> A. ALGOSTINO, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2018, pp. 167 ss. (spec. p. 171).

convinzione che i responsabili dell'insicurezza diffusa sono i migranti e di contribuire alla realizzazione di quello che è stato felicemente definito un nazionalismo autoritario»<sup>469</sup>.

#### 4.1 Il Pacchetto Sicurezza 2008-2009

Nel solco di queste indicazioni s'inserisce il "pacchetto sicurezza", approvato tra il 2008 e il 2009 nel corso della XVI legislatura. I due provvedimenti principali del pacchetto sicurezza, il decreto-legge 92/2008 *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, convertito in legge 125/2008 e la legge 94/2009 *Recante disposizioni in materia di sicurezza pubblica*, dedicano ampio spazio alle disposizioni volte a contrastare l'immigrazione illegale e a fare fronte a questioni di ordine e sicurezza pubblica. Il ricorso alla nozione della sicurezza pubblica funge da collante<sup>470</sup> all'uso simbolico del diritto penale, che viene utilizzato sia per modificare norme penali e di procedura penale, sia misure di prevenzione, sia infine allo scopo di introdurre nuove fattispecie (o appesantire quelle già vigenti) nel TUI, fino ad arrivare ai poteri dei sindaci.

Facevano parte dello stesso pacchetto anche tre schemi di decreto legislativo rispettivamente in materia di ricongiungimento familiare<sup>471</sup>, diritto di asilo<sup>472</sup> e libera circolazione di cittadini comunitari, i primi due poi emanati e lo stato di emergenza disposto con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 21 maggio 2008, che lo ha dichiarato con riferimento agli insediamenti di nomadi nel territorio delle regioni Lombardia, Lazio e Campania, atto successivamente dichiarato illegittimo dal Consiglio di Stato (sent. n. 6050/2011).

Agli stessi anni risale l'inizio della cooperazione italo-libica con la stipula del *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista*, fatto a Bengasi il 30 agosto 2008 e ratificato con legge 6 febbraio 2009, n. 7<sup>473</sup>. Esso all'art. 19, co. 2, ha previsto la realizzazione di un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche per la lotta all'immigrazione clandestina, unitamente al protocollo di attuazione del 2009 per l'organizzazione di

---

<sup>469</sup> L. PEPINO, *Le nuove norme su immigrazione e sicurezza: punire i poveri*, in *Questione Giustizia*, che riprende A. ALGOSTINO, *Verso un nazionalismo autoritario*, 1 dicembre 2018, rinvenibile all'url: [www.volerelaluna.it/in-primo-piano/2018/12/01/il-decreto-sicurezza-e-immigrazione-verso-un-nazionalismo-autoritario](http://www.volerelaluna.it/in-primo-piano/2018/12/01/il-decreto-sicurezza-e-immigrazione-verso-un-nazionalismo-autoritario)

<sup>470</sup> Espressione utilizzata da G. BASCHERINI, *Note sulla penalizzazione delle irregolarità migratorie. Though this be madness, yet there is method in't*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2010, p. 7.

<sup>471</sup> Decreto Legislativo 3 ottobre 2008, n. 160, *Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 5, recante attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare*.

<sup>472</sup> Decreto Legislativo 3 ottobre 2008, n. 159, *Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, recante attuazione della direttiva 2005/85/CE relativa alle norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*.

<sup>473</sup> Per un commento puntuale si rinvia a L. DI MAJO, I. PATRONI GRIFFI, *Migrazioni e relazioni bilaterali tra Italia e Libia dal Trattato di Bengasi 2008 al Memorandum of Understanding del 2017*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, fasc. 1/2018, pp. 203 ss.

pattugliamenti marittimi congiunti davanti alle coste libiche. In particolare stabiliva il dirottamento verso le coste libiche di navi intercettate in alto mare o in acque territoriali libiche mentre svolgevano attività legate all'immigrazione irregolare e dunque anche di soccorso umanitario. Si è trattato di operazioni di *push-back* che hanno determinato la condanna all'Italia con la celebre sentenza *Hirsi e al. c. Italia*<sup>474</sup> per il dirottamento delle imbarcazioni con a bordo i naufraghi soccorsi verso le coste libiche, violando così le norme di diritto internazionale sui respingimenti.

Nella spirale securitaria<sup>475</sup> introdotta dal Pacchetto sicurezza rientrano in chiave marcatamente criminalizzante, su tutti, l'introduzione del reato di «ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato» con l'art. 10 *bis* del TUI aggiunto dall'art. 1, comma 16, lettera a), della legge 94/2009, e dell'aggravante comune per i fatti commessi dal soggetto «mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale», all' art. 61, numero 11-bis, introdotta dall'art. 1, comma 1, lettera f), del d.l. 92/2008<sup>476</sup>.

Altra previsione che si è caratterizzata per la natura poliziesca è l'art. 9 del d.l. 92/2008 che ha mutato la denominazione<sup>477</sup> dei “centri di permanenza temporanea

---

<sup>474</sup> Corte Edu (GC), *Hirsi e al. c. Italia*, sentenza del 23 febbraio 2012. In quell'occasione l'Italia fu altresì condannata per molteplici violazioni della Cedu: dell'art. 3, per aver esposto i profughi al subire trattamenti inumani e degradanti; dell'art. 4 Protocollo 4 per aver violato il divieto di espulsioni collettive; dell'art. 13 per non aver assicurato il diritto ad adire l'autorità giudiziaria. Per note alla sentenza si vedano *ex multis*: P. BONETTI, *La decisione Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2/2012, pp. 447-449; S. ZIRULLA, *I respingimenti nel mediterraneo tra diritto del mare e diritti fondamentali*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2012; A. LIGUORI, *La Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 2/2012, pp. 415 ss.

<sup>475</sup> G. BASCHERINI, *Note sulla penalizzazione delle irregolarità migratorie*, cit. pp. 7-10, ricostruisce in sintesi la normativa, che da un lato accentua la criminalizzazione dello straniero e dall'altro «si accompagna ad una serie di misure amministrative che concorrono a fare “terra bruciata” attorno all'immigrato irregolare (...)» (p. 10).

<sup>476</sup> Le due disposizioni sono state scrutinate dalla Corte Costituzionale con esiti differenti: mentre nella sentenza 249/2010 (vd. *supra* par. 2.3) si è dichiarata la incostituzionalità dell'aggravante comune di c.d. clandestinità, per violazione degli artt. 3 e 25, co. 2 Cost., con la sent. 250/2010 si è fatta salva l'introduzione del reato dell'art. 10 bis, ritenendo infondate le questioni sulla materialità e l'offensività del reato osservando che oggetto dell'incriminazione non sarebbe un modo d'essere della persona, ma uno specifico comportamento trasgressivo delle norme vigenti in materia di controllo dei flussi migratori. Introduzione del reato che rientra nella legittima disponibilità del legislatore nell'ambito delle misure di contrasto all'immigrazione irregolare. Per una ricostruzione più approfondita si rinvia a F. SCUTO, *Op. cit.*, pp. 208-211; L. MASERA, *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte costituzionale*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2010, pp. 37-58; e più di recente C. RUGGERO, *La depenalizzazione del reato di “immigrazione clandestina”: un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Dir. Pen. cont.*, fasc. 2/2017, pp. 135 ss.

<sup>477</sup> È utile svolgere un breve approfondimento su un aspetto particolare dell'istituto, quello semantico, giacché esso ha interessato non solo i giuristi, ma anche filosofi, sociologi e linguisti. La prospettiva delle denominazioni via via assegnate ai centri, consente infatti di verificare la “ritrosia” del legislatore (da taluni indicata come mimetismo istituzionale, o

---

edulcorazione semantica, o ancora come definizione legislativa accattivante) ad individuare una nomenclatura indicativa del reale fenomeno disciplinato. Ossia la restrizione della libertà personale che in essi si svolge, come suggerito dalla ricchissima dottrina sul tema (e più di recente da una studiosa fra le più attente al tema) e a chiare lettere dalla sent. 105/2001 della Consulta. L'istituto del trattenimento amministrativo si è in effetti prestato ad una originale ridenominazione negli anni: da CPTA, con cui il legislatore ha voluto sottolineare la sua dimensione solidaristica a CIE, termini con cui si è posto da un lato l'accento sulla finalità e sull'efficientismo dei centri volti all'allontanamento del clandestino, e dall'altro la volontà di rendere più facile la distinzione tra i centri di espulsione e centri di accoglienza (rispettivamente CPA e CARA); da ultimo la l. 47/2017 ha introdotto la nuova nomenclatura CPR (Centri di permanenza per il rimpatrio) nel solco del doppio binario "dignità del trattenuto/ efficienza dell'allontanamento". Il corto circuito tra nomenclatura dissonante e situazione effettiva in diritto si realizza in danno della percezione delle garanzie dell'*habeas corpus*. Si tende infatti a sminuirne la necessità di tutela nei luoghi del trattenimento degli espellendi evocando la retorica liberale statunitense della "*prison with three walls*", cioè di una prigione cui manca una parete, poiché lo straniero trattenuto conserva sempre la teorica possibilità di recuperare la propria libertà lasciando volontariamente il territorio nel quale è considerato *undesirable* (vedi cap. 1, par. 2). Molto chiara in tal senso è la sentenza appena richiamata, con cui la Corte (seppure in una pronuncia interpretativa di rigetto) chiarisce che «Il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'articolo 13 della Costituzione. Si può forse dubitare se esso sia o meno da includere nelle misure restrittive tipiche espressamente menzionate dall'articolo 13; e tale dubbio può essere in parte alimentato dalla considerazione che il legislatore ha avuto cura di evitare, anche sul piano terminologico, l'identificazione con istituti familiari al diritto penale, assegnando al trattenimento anche finalità di assistenza e prevedendo per esso un regime diverso da quello penitenziario». La bibliografia sul tema è veramente ricca. Senza avere la pretesa dell'esaustività si segnalano *ex multis*: le recenti monografie di D. LOPRIENO, "*Trattenere e punire*", cit. e di E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2018, nonché ancora D. LOPRIENO, *Detenzione amministrativa dello straniero*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, aggiornamento 2015, Torino, Utet (completare la nota); ID., *I campi per stranieri: luoghi di conditio inhumana o strumenti indefettibili per la conservazione della sovranità dello Stato?*, in S. Gambino, G. D'Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 505 ss.; F. PASTORE, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia, Annali 14, Legge, diritto, giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, pp. 1031-1123; A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Questione Giustizia*, n.3/1999, pp. 424 ss.; ID., *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2000, pp. 51 ss.; G. SAVIO, *Controllo giurisdizionale e diritto alla difesa degli stranieri trattenuti presso i Centri di permanenza temporanei*, *ivi*, pp. 63 ss.; P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento, Sezione Prima - Profili generali e costituzionali*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, pp. 576-634; A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2014, p. 34 ss.; I. GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione*. cit.; ID., *Espulsione, trattenimento, disciplinamento. Il ruolo dei CPT nella gestione della forza lavoro clandestina*, in *DEP*, n. 5-6/2006, pp. 97 ss.; M. SAVINO, *Op. cit.*; G. CAMPESI, *Op. cit.*. Si è già accennato che il tema ha interessato molto i sociologi tra cui si rinvia *ex multis* a A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, Feltrinelli, 1999;

e assistenza” in “centri di identificazione ed espulsione”, dissolvendo così ogni dubbio precedente sulla presunta finalità assistenziale o umanitaria<sup>478</sup> dei centri per l’espulsione. Il nuovo *nomen iuris* individuava in maniera secca le finalità del centro e l’eliminazione dell’aggettivo “temporanea” indicava la “normalizzazione” del ricorso alla detenzione amministrativa, riscrivendo così il rapporto eccezione-regola, e precludendo altresì all’allungamento del periodo massimo di trattenimento, che sarebbe avvenuto da lì a poco, con la l. 94/2009 all’art. 1, co. 22, lett. l, che aggiunge all’articolo 14, co. 5, i seguenti periodi: «Trascorso tale termine, in caso di mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del Paese terzo interessato o di ritardi nell’ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi, il questore può chiedere al giudice di pace la proroga<sup>479</sup> del trattenimento per un periodo ulteriore di sessanta giorni. Qualora non sia possibile procedere all’espulsione in quanto, nonostante che sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, persistono le condizioni di cui al periodo precedente, il questore può chiedere al giudice un’ulteriore proroga di sessanta giorni. Il periodo massimo complessivo di trattenimento non può essere superiore a centottanta giorni (...)».

La scelta fu presentata dal Governo come anticipazione dell’attuazione della direttiva 2008/115/UE (c.d. rimpatri), recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. In essa la dottrina ha individuato invero una scelta selettiva ed elusiva della direttiva da parte del governo italiano.

La disciplina europea era nata con l’obiettivo di istituire un’efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio, da realizzare in maniera umana e nel pieno rispetto dei diritti fondamentali dei migranti e della loro dignità (cons. 2 della direttiva). È stata così introdotta una normativa orizzontale in materia di soggiorno irregolare dei cittadini stranieri nello spazio U.E. e sull’uso della forza secondo i criteri di proporzionalità ed efficienza, che ha previsto in capo agli Stati l’obbligo di

---

P. Basso, F. Perocco (a cura di), *Gli immigrati in Europa. Diseguaglianze, razzismo, lotte*, Milano, Franco Angeli, 2003; tra i filosofi più divisivi (anche) su questo tema con il paradigma dello “stato d’eccezione” vi è G. AGAMBEN, *Homo sacer. Edizione integrale (1995-2015)*, Macerata, Quodlibet, 2018; e più recentemente D. DI CESARE, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2017; sia consentito infine, il rinvio a M. Tuozzo, *Stranieri ai diritti?, Recensione a: Donatella Loprieno, Trattenere e punire. La detenzione amministrativa dello straniero e Donatella Di Cesare, Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2019.

<sup>478</sup> G. BASCHERINI, *A proposito delle più recenti riforme in materia di trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012, che ricorda come la scomparsa di riferimenti all’assistenza segnalando la definitiva dismissione degli sforzi compiuti fino ad allora dal legislatore, e presi sul serio dalla Corte costituzionale con la sent. 105/2001. Dello stesso avviso anche D. LOPRIENO, “*Trattenere e punire*”, cit. p. 110 s. che sottolinea come l’urgente ridenominazione dei centri abbia adattato la forma alla sostanza della norma.

<sup>479</sup> Sul prolungamento da due a sei mesi e sulla sua complessità si vedano P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 4/2009, pp. 85-128 (spec. 90) e D. LOPRIENO, “*Trattenere e punire*”, cit. p. 113.

un'armonizzazione minima, avendo lasciato agli stessi «la facoltà di mantenere disposizioni più favorevoli» (art. 4, par. 3 della direttiva)<sup>480</sup>.

La regola generale stabilita nella direttiva è che «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza» e all'art. 8 viene indicata come regola generale quella di ricorrere alla misura del rimpatrio volontario, con un crescendo di intensità della misura in via graduale e che in ogni caso le misure coercitive per allontanare un cittadino di un paese terzo che oppone resistenza debbono esser proporzionate e non eccedere un uso ragionevole della forza».

La sua possibile deroga è individuata all'art. 15, nell'esigenza dell'efficacia del rimpatrio e dunque nell'applicazione del principio di proporzionalità in chiave funzionale, nel caso, cioè, in cui non possano essere efficacemente applicate altre misure meno coercitive e in particolare quando: a) sussiste un rischio di fuga o b) il cittadino del Paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento.

È sì vero che l'art. 15 (paragrafi 5 e 6) porta a diciotto mesi il periodo massimo del trattenimento, ma la disposizione pone in via generale alcune regole: il trattenimento deve avere una durata quanto più breve possibile e solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio; la revisione ad intervalli regolari della misura per verificarne l'attualità dei presupposti (par. 3); la revoca quando non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento (par. 4).

La logica seguita dalla direttiva è quindi sicuramente quella di raggiungere il suo effetto utile, ossia l'allontanamento del cittadino straniero irregolare senza rivolgere particolari attenzioni anche alla tutela dei diritti. D'altronde, anche dall'attività ermeneutica della Corte di Giustizia si ricava l'orientamento per cui l'incompatibilità e la condanna delle normative nazionali con l'impianto della direttiva sono rilevate solo quando la normativa nazionale sia di ostacolo al raggiungimento dell'obiettivo utile della direttiva, che consiste nel garantire l'allontanamento dal territorio dello straniero e, come si è osservato, «in tal senso, si potrebbe concludere che la criminalizzazione non è intrinsecamente incompatibile con la direttiva, ma soltanto in quanto si rivela disfunzionale allo scopo di disfarsi dello straniero»<sup>481</sup>.

---

<sup>480</sup> C. FAVILLI, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, fasc. n. 2/2009, p. 4, fa notare come la scelta di un'armonizzazione debole frustri il livello di garanzia dei diritti dei cittadini di Paesi terzi, poiché lo *standard* può legittimamente cambiare da Paese a Paese o dal livello comunitario a quello nazionale, «individuando una forbice di norme delimitata, verso il basso, dalla direttiva stessa e, verso l'alto, dalla normativa nazionale che garantisca il trattamento più favorevole».

<sup>481</sup> A. DI MARTINO, R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: direttiva "rimpatri" e diritto penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 26.7.2011, p. 25; D. LOPRIENO, "Trattenere e punire", cit., p. 176 riscontra tale orientamento anche nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo che fa da *pendant* alla direttiva in diverse pronunce, tra cui: la sentenza 28 aprile 2011 nel caso *Hassen El Dridi c. Italia* e la sentenza del 6 dicembre 2011 nel caso *Alexandre Achughbabian c. Francia*, la Corte, rispettivamente, nel primo caso condanna e nel secondo fa salve le due differenti normative nazionali, sotto un profilo meramente funzionalistico, cioè valuta se le due

I profili di attrito tra l'impianto adottato dal legislatore nazionale rispetto alle richieste provenienti dall'UE vanno al di là delle critiche di cui pure la direttiva rimpatri non è al riparo. In particolare, il rovesciamento del rapporto regola/eccezione<sup>482</sup> e il ricorso al trattenimento amministrativo in ogni ipotesi in cui non fosse possibile procedere all'accompagnamento coattivo alla frontiera, quest'ultima modalità elettiva dell'esecuzione dell'allontanamento; i più ridotti termini per il divieto di reingresso (i cinque dell'art. 1,1 par. 2 della direttiva verso i dieci dell'art. 13, co. 14 del TUI). «A ciò si aggiunga che, ad una lettura più da presso dei due testi, appare chiaro che la legge del 2009, sovrappone e confonde i presupposti del primo trattenimento con quelli che invece ne giustificano la proroga, laddove invece la direttiva si preoccupa di diversificarli. Inoltre solleva più di un'obiezione il fatto che l'internamento nei CIE sia, a seguito di tale riforma, prorogabile per ragioni non imputabili allo straniero»<sup>483</sup>.

Sul reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento di cui all'art. 14, comma 5-ter con la pronuncia della Corte di Giustizia, nel noto caso *El Dridi*<sup>484</sup>, si giunse ad un nuovo ed urgente intervento normativo per l'adeguamento alle indicazioni dettate dalla Corte. La Corte di Lussemburgo ha infatti ricordato come una tale pena sia contraria alla realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva e che gli Stati membri non possono introdurre ulteriori misure coercitive, al fine di ovviare all'insuccesso di quelle già adottate per procedere all'allontanamento coattivo. Gli Stati dovrebbero invece «continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, che continua a produrre i suoi effetti» (p. 58).

---

normative penali interne pregiudichino non i diritti fondamentali dello straniero ma la procedura di rimpatrio.

<sup>482</sup> D. LOPRIENO, "Trattenere e punire", cit. p. 118 che individua un altro punto di insanabile distanza tra le due normative l'inasprimento delle fattispecie penali per tutte quelle ipotesi di inottemperanza all'ordine di lasciare il territorio nazionale di cui all'art. 14, co. 5 ter e quater TUI. G. BASCHERINI, *A proposito delle più recenti riforme in materia di trattenimento dello straniero*, cit., individua altri elementi di criticità della normativa interna: « il silenzio riguardo un termine definito per il riesame della misura di trattenimento (art. 15 co. 2); le possibilità di trattenere ed espellere minori non accompagnati e di impugnare la decisione di rimpatrio innanzi ad autorità giudiziarie o amministrative (risp. 17 co. 1 e 13 co. 1); la mera facoltà riconosciuta allo straniero di entrare in contatto, a tempo debito, con rappresentanti legali, familiari e autorità consolari competenti (16 co. 2); l'ammissione solo su richiesta alla "assistenza linguistica" ed alla "assistenza e/o rappresentanza legale gratuita" (art. 13 co. 3 e 4)» (ivi, p. 6).

<sup>483</sup> G. BASCHERINI, *Op. ult. cit.*, p. 7.

<sup>484</sup> Corte di Giustizia, I Sezione, 28 aprile 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, procedimento C-61/11 PPU. Tra i commenti alla sentenza cfr. ex multis: B. NASCIBENE, *Direttiva rimpatri: solo innovazioni di sistema superano l'inutile ricorso a strumenti penali*, in *Guida al dir.*, n. 20/2011, pp. 10-12; M. CASTELLANETA, *Netta bocciatura per il sistema italiano troppo duro con chi ignora l'espulsione*, ivi pp. 25-27; L. MASERA, F. VIGANÒ, *Addio articolo 14: nota alla sentenza El Dridi della Corte di Giustizia UE in materia di contrasto all'immigrazione irregolare*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011; C. FAVILLI, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. e proc.*, fasc. 7/2011, pp. 904-907.

A seguito della pronuncia fu emanato un nuovo decreto-legge, del 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 delle direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio di cittadini di Paesi terzi irregolari*”, convertito in legge 2 agosto 2011, n. 129, con cui furono riscritte buona parte della norme in materia espulsiva<sup>485</sup> nel TUI, mantenendo tuttavia sempre lo stesso impianto, poco in asse al quadro costituzionale ed eurounitario.

Ancora una volta con tale legge si è realizzata una selezione discutibile delle direttiva rimpatri. Essa ha infatti sostituito la previgente formulazione dell’art. 14, co. 1 TUI che individuava ipotesi tassative per cui ricorrere al trattenimento, con una più ampia. Il nuovo testo riconosce all’autorità di pubblica sicurezza di poter adottare la misura quando non sia possibile eseguire con immediatezza il rimpatrio a causa di situazioni transitorie che ne ostacolano la preparazione. La norma sembra apparentemente ricalcare la previsione dell’art. 15, par. 1 della direttiva, salvo esserci un enorme scarto. La direttiva infatti qualifica quali siano i comportamenti da imputare allo straniero e legittimanti il trattenimento e l’art. 14 TUI li rimette alla valutazione discrezionale del Questore, anche per ragioni indipendenti dalla volontà o dal comportamento dello straniero<sup>486</sup>. A queste ipotesi si aggiungono poi quelle tipizzate all’art. 13, co. 4 bis<sup>487</sup>, che al contrario determinano la presunzione del pericolo di fuga di fronte ai comportamenti indicati nella norma.

La legge 129 portò anche all’allungamento del termine massimo del trattenimento da sei a diciotto mesi (art. 14, co. 5).

Il recepimento selettivo della direttiva si evince infine anche dalle norme inattuata, su tutte, la mancata previsione dell’istituto del riesame<sup>488</sup> del trattenimento invece previsto dal par. 3 dell’art. 15 della direttiva.

---

<sup>485</sup> Per una ricostruzione puntuale delle modifiche alle singole norme si rinvia al lavoro di G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni dopo la legge 129/2011*, pubblicata sul sito *meltingpot.org* e dello stesso Autore, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2001; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Prime note sul decreto legge 23 giugno 2011, n. 89*, in *Gli stranieri*, n. 2/2011.

<sup>486</sup> G. BASCHERINI, *Op. cit.*, p. 7. Sottolinea lo stesso falso avvicinamento tra le due norme anche D. LOPRIENO, “*Trattenere e punire*”, cit. p. 120.

<sup>487</sup> 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: obbligo di allontanamento nel termine concesso; rientro illegale nel territorio nazionale dopo essere stato già espulso; e) avere violato anche una delle misure imposte dal questore in pendenza del termine per la partenza volontaria, precedentemente concesso.

<sup>488</sup> Si segnala a tal proposito l’approdo giurisprudenziale della Corte di Cassazione, I sez. civile, sent. 22932/2017, che riconosce allo straniero trattenuto di ricorrere allo strumento generico del procedimento camerale proponibile ai sensi dell’art. 737 e ss. del codice di rito civile, in luogo dell’assenza dell’istituto della revisione e di una normativa che ne regoli le modalità, cosicché, anche se impropriamente si sia chiesta la «revoca» della già avvenuta convalida del trattenimento, purché in essa si sottolinei la richiesta di un diverso esame dei

La disciplina in sostanza non colse il carattere di *extrema ratio* richiesta dalla direttiva rimpatri, facendo del trattenimento amministrativo lo strumento prioritario cui ricorrere per l'esecuzione dell'allontanamento.

## 5. Continuità e discontinuità della sicurezza tra “Piano Minniti”<sup>489</sup> e “Decreto Salvini” nell'indebolimento del diritto di asilo

Le ultime modifiche di rilievo e di riscrittura di gran parte del TUI sono ancora una volta realizzate mediante lo strumento del decreto legge. Il riferimento è al d.l. del 17 febbraio 2017, n. 13 convertito con modificazioni dalla L. 13 aprile 2017, n. 46, con cui sono state introdotte ulteriori *Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*; e al d.l. 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. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate*; convertito con modificazioni in l. n. 132 del 1° dicembre 2018, c.d. “Decreto Salvini”; e infine, al d.l. 14 giugno 2019, n. 53 *Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica* convertito con modificazioni dalla L. 8 agosto 2019, n. 77 (di cui si parlerà nel capitolo successivo).

Il confronto riguarda il c.d. decreto Minniti-Orlando e i cc.dd. decreti Salvini (Salvini I e *bis*). Il primo elemento di continuità che emerge riguarda sicuramente la fonte del diritto utilizzata e l'adozione di maxi emendamenti in sede di conversione in legge, su cui è stata posta la questione di fiducia<sup>490</sup>. La tendenza che si è registrata con i

---

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. Per il principio della concentrazione delle tutele, la competenza a provvedere è dello stesso giudice della convalida e delle proroghe, ossia il Giudice di Pace.

<sup>489</sup> Com'è noto, esso è comprensivo di due decreti-legge consecutivi: al decreto in tema di immigrazione (d.l. 17.2.2017, n. 13, convertito in l. 13.4.2017, n. 46) si affianca quello in tema di sicurezza urbana (d.l. 20.2.2017, n. 14, convertito in l. 18.4.2017, n.48).

<sup>490</sup> Per i passaggi dell' *iter* si rinvia ai seguenti url:

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale:

[http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Dditer/aula/47882\\_aula.htm](http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Dditer/aula/47882_aula.htm); Conversione in legge,

con modificazioni, 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. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate: [http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Dditer/aula/50910\\_aula.htm](http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Dditer/aula/50910_aula.htm) ; Conversione in legge,

“pacchetti” in commento fa tuttavia emergere anche un’ulteriore caratteristica, oltre al tema classico dell’abuso dei decreti legge, cioè una strumentalizzazione politica della fonte, tale da generare una funzione performativa capace di orientare l’opinione pubblica sul tema e condizionarne così l’urgenza. Come ha notato attenta dottrina «benché l’urgenza sia un presupposto (giuridico) del d.-l., paradossalmente proprio la sua mancanza sembra a volte giustificare la necessità (politica). (...) siamo di fronte non solo ad un evidente abuso classico della decretazione d’urgenza, ma anche ad un nuovo e preoccupante utilizzo improprio della stessa: non è l’urgenza a richiedere il d.-l., quanto e piuttosto è il d.-l., politicamente orientato, a far apparire urgente ciò che non lo è»<sup>491</sup>.

Altro elemento di continuità è costituito dalla riproposizione del *topos* classico del connubio fra immigrazione e sicurezza, con una peculiarità rispetto alla precedente legge Bossi-Fini e al c.d. “Pacchetto Berlusconi”. I nuovi decreti non hanno rivolto la loro attenzione securitaria al c.d. clandestino, bensì al richiedente asilo. Si è infatti verificata una più accentuata espansione dell’amministrativizzazione e del diritto penale in tale direzione.

Denominatore comune delle due norme è la ricerca della sicurezza, che tuttavia costituisce al contempo anche l’elemento di loro distinzione: la securitizzazione insomma nei due decreti ha obiettivi diversi.

Il d.l. 13/2017 ha di mira la chiave securitaria emersa in sede europea e i relativi impegni assunti. Si legge infatti nel Preambolo che vi è necessità e urgenza: di garantire la celere definizione dei procedimenti amministrativi e giudiziari per il riconoscimento della protezione internazionale, nel rispetto del principio di effettività, in ragione dell’aumento esponenziale delle domande e dell’incremento del numero delle impugnazioni giurisdizionali; di adottare misure idonee ad accelerare l’identificazione dei cittadini stranieri, per far fronte alle crescenti esigenze connesse alle crisi internazionali e definire celermente la posizione giuridica naufraghi soccorsi in mare o sono comunque rintracciati nel territorio nazionale; infine di assicurare effettività dell’esecuzione dei provvedimenti di espulsione e allontanamento.

Emerge quindi la volontà di assecondare una dimensione emergenziale che fa capo ai quattro pilastri<sup>492</sup> dell’Agenda europea sulla migrazione del 2015<sup>493</sup> (su cui si tornerà più approfonditamente nel capitolo successivo).

---

con modificazioni, del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica:

<http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/52112.htm>

<sup>491</sup> A. RAUTI, *Il decreto sicurezza di fronte alla Consulta. L’importanza (e le incertezze) della sentenza n. 194 del 2019*, in *Le Regioni*, fasc. 4/2019, pp. 1164-1193 (spec. p. 1166, i corsivi sono dell’Autore).

<sup>492</sup> Nell’Agenda europea sulla migrazione, adottata dalla Commissione europea il 13 maggio 2015 fissa quattro livelli di azione: la «gestire le frontiere»; «ridurre gli incentivi alla migrazione irregolare»; «onorare il dovere morale di proteggere: una politica comune europea di asilo forte»; «una nuova politica di migrazione legale».

<sup>493</sup> Commissione europea, 13.5.2015 COM(2015) 240 final, Bruxelles.

Al tempo stesso sono trascurati i diritti riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, valorizzando esclusivamente la dimensione della solidarietà tra Stati membri e della sicurezza dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>494</sup>. Infine ad essere stata trascurata è stata la disposizione costituzionale sul diritto d'asilo come *controlimite*<sup>495</sup> al processo d'integrazione europea. Una *crimmigration* in senso lato<sup>496</sup> operata nei confronti dei richiedenti asilo, che non passa più per una connessione diretta tra posizione amministrativa e illecito penale, ma attraverso la previsione di uno strumentario processuale e sostanziale che mina l'effettività del diritto costituzionale.

Il tema della sicurezza è declinato invece dal d.l. 113/2018 in chiave interna, nazionalista e "populista" (significativa è l'assenza del riferimento agli obblighi UE e internazionali, evidente nel c.d. Salvini *bis*). Il decreto legge è stato introdotto con la finalità di difendere la sicurezza delle frontiere e del territorio nazionale dall'arrivo dei cc.dd. migranti economici, che in maniera fraudolenta e strumentale approfitterebbero della procedura per il riconoscimento della protezione internazionale e dell'accoglienza. Lungo lo stesso crinale della sicurezza interna si pone il d. l. 53/2019 (come si vedrà nel capitolo successivo).

Nell'analisi che segue si proverà a dimostrare che entrambi i decreti, pur avendo apportato modifiche ai segmenti classici ad elevata densità penalistica del diritto dell'immigrazione (ingresso irregolare, allontanamento e detenzione amministrativa), hanno rivolto maggiore attenzione al tema della protezione internazionale. Il loro combinato disposto ha riscritto infatti le assi portanti della procedura, l'esame della domanda e l'accoglienza del richiedente, con la chiara volontà di ridurre e ridimensionare il riconoscimento della protezione internazionale.

Nel capitolo successivo si avrà modo di approfondire come pure nelle diverse declinazioni il richiamo alla sicurezza, sia nella prospettiva europea sia in quella domestica, nei suoi effetti è idoneo a creare zone d'ombra del diritto, con riferimento specifico alla «chiusura dei porti» e all'*hotspot approach*.

### 5.1. (segue) Le novità introdotte dal d.l. 13/2017

Le novità introdotte in materia d'immigrazione e soprattutto d'asilo da parte del d.l. del 2017<sup>497</sup> sono piuttosto numerose e possono dividersi per capi individuati dalla stessa normativa:

---

<sup>494</sup> E. CAVASINO, *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, cit., p. 16.

<sup>495</sup> *Ibidem* (il corsivo è dell'Autrice).

<sup>496</sup> Così definita da C. RUGGERO, *Le linee di tendenza della crimmigration nel sistema penale italiano dal "decreto Minniti" al "decreto sicurezza-bis"*, in *Arch. pen.*, n.2/2020, p. 17.

<sup>497</sup> Per una lettura complessiva sui dubbi di costituzionalità sollevati dalla norma si vedano il documento critico dell'ANM, *L'Ann della Cassazione sul D. l. n.13/2017, in materia di protezione internazionale e di contrasto dell'immigrazione illegale*, contenente le dichiarazioni rese in sede di audizione davanti le Commissioni Affari costituzionali e Giustizia del Senato il 7 marzo 2017, pubblicato su *Questione Giustizia*, 8 marzo 2017; M.C. AMOROSI, *Le nuove*

il capo I (artt. 1-5), con il quale vengono istituite le sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea e ne viene disciplinata l'organizzazione (composizione, competenza per materia, per territorio e competenze del Presidente della sezione); il capo II (artt. 6-14), recante misure per la semplificazione delle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale e degli altri procedimenti giudiziari connessi con il fenomeno dell'immigrazione; il capo III (artt. 15-19), recante misure per l'accelerazione delle procedure di identificazione e per la definizione della posizione giuridica dei cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea, nonché il contrasto dell'immigrazione illegale e del traffico di migranti.

Andando con ordine, rispetto al capo I era stata accolta con grande favore dai primi commentatori<sup>498</sup> la novità della creazione della specializzazione di un giudice in materia appunto di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, in ciascun Tribunale ordinario (come modificato in sede di conversione) del luogo nel quale hanno sede le Corti d'appello, diversamente dalla previsione contenuta nel decreto-legge, che ne limitava il numero a sole 14 sezioni.

La competenza per materia è individuata nelle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale, in quelle in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno ai cittadini UE ed ai loro familiari e in quelle relative a tutti i provvedimenti emessi dall'autorità amministrativa in materia di unità familiare.

Ne risulta tuttavia una distribuzione del sindacato giudiziario sulla materia nient'affatto innovativo, giacché disattesa è l'aspettativa sulla razionalizzazione e ancora una volta confermata è la frammentazione del contenzioso, posto che anche le competenze per materia del giudice di pace (artt. 13 e 14 D. Lgs. 286/98)<sup>499</sup>, del tribunale amministrativo (art. 6 D. Lgs. 286/98)<sup>500</sup> e del giudice ordinario sono

---

*disposizioni in materia di immigrazione: il decreto legge n. 13 del 2017 e il consolidarsi di un paradigma discriminatorio nella gestione del fenomeno migratorio*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, pp. 139 ss.

<sup>498</sup> V. GAETA, *La riforma della protezione internazionale: una prima lettura*, in *Questione Giustizia*, 27 febbraio 2017, che invero evidenzia anche i pericoli dopo i primi entusiasmi della novella, tra cui «(a)la creazione di un giudice totalmente separato dal restante mondo giudiziario e dalle cognizioni e attitudini necessarie per operare nei suoi vari settori».

<sup>499</sup> Resta la competenza del giudice onorario su convalida e proroga dei trattenimenti degli stranieri espulsi e respinti nei centri di permanenza e di ricorsi contro i provvedimenti amministrativi di espulsione disposti dal prefetto, di convalida degli allontanamenti, di convalida delle misure accessorie personali all'espulsione con partenza volontaria.

<sup>500</sup> Sui provvedimenti in materia di ingresso e soggiorno, nelle materie previste dall'art. 13, co. 11, TUI attinenti ricorsi contro le espulsioni ministeriali per motivi di ordine pubblico e sicurezza, nelle materie previste dall'art. 20, d.lgs. 30/2007, sugli allontanamenti per tali motivi dei cittadini UE, sui ricorsi contro le decisioni di determinazione dello Stato competente ad esaminare le domande di protezione internazionale, sui ricorsi contro i dinieghi della cittadinanza per motivi di sicurezza nazionale o della concessione della cittadinanza, sui ricorsi contro la cessazione o limitazione delle misure di accoglienza dei richiedenti asilo previste dal d.lgs. n. 142/2015; le controversie in materia di visti di ingresso, rilascio, revoca e conversione dei permessi di soggiorno

sopravvissute. Sul piano della certezza del diritto, la moltiplicazione delle giurisdizioni si traduce nel fatto che su atti concatenati si pronunciano giurisdizioni e giudici differenti<sup>501</sup>, avendosi così due circuiti con relative, differenti velocità<sup>502</sup> indipendenti, ma consecutivamente e consequenzialmente (e talvolta pregiudizialmente) connessi al medesimo diritto<sup>503</sup>. Il riparto di giurisdizione di

---

<sup>501</sup> A. PUGIOTTO, *Op. cit.*, p. 37, l'ha definita una "costruzione barocca", espressione ripresa per descrivere siffatto sistema di competenze da F. CORVAJA, *Lo straniero e i suoi giudici*, cit., p. 153.

<sup>502</sup> Espressione mutuata ancora da A. PUGIOTTO, *Op. cit.*, p. 36 che a sua volta riprende le riflessioni di N. ZORZELLA, *L'irrazionalità del sistema giurisdizionale delineato nel testo unico sull'immigrazione*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 203.

<sup>503</sup> La questione processuale è invero piuttosto complessa. Riproponendo sinteticamente il percorso operato da F. CORVAJA, *Op. ult. cit.*, pp. 154-159, si ripropongono tre situazioni tipiche e ricorrenti nel riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo (g.a., d'ora innanzi) e ordinario (g.o., d'ora innanzi) nell'ipotesi di diniego del permesso di soggiorno e consecutivo provvedimento di allontanamento. Il paradosso che si crea è che in sede di gravame contro l'atto conseguente, il g.o. (in questo caso il giudice di pace) non può pronunciarsi e conoscere i profili di legittimità dell'atto presupposto, di competenza invece del g.a., a meno che questi abbia annullato o sospeso in via cautelare il provvedimento negativo. Su tale questione i suggerimenti della dottrina hanno offerto al g.o. due alternative: l'adozione dell'atto di sospensione *ex art.* 295 c.p.c. o la disapplicazione del provvedimento presupposto. Sulla questione vi è per vero anche una sent. della Corte Costituzionale, la nr. 414/2001, che non riconosce un diritto costituzionale ad una concentrazione (non prevista dalla procedura) avanti ad unico giudice, in deroga ad ogni diversa previsione di riparto di giurisdizione ed al principio di precostituzione del giudice. La Corte rileva «che non si può configurare una violazione dell'art. 24 della Costituzione, quando il sistema giurisdizionale preveda, in termini chiari e conoscibili, una effettiva ed ampia possibilità di tutela per tutti i provvedimenti che possono ledere un soggetto, ripartendola tra distinti procedimenti giurisdizionali, per alcuni atti avanti al giudice ordinario e per altri innanzi al giudice amministrativo, secondo una scelta non palesemente irragionevole o manifestamente arbitraria». L'indirizzo prevalso nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, Sez. Un., sentt. nn. 222127 e 22221 del 2006, è quello secondo il quale tra atto presupposto e consequenziale esisterebbe una pregiudizialità solo pratica e non giuridica, giacché il provvedimento di espulsione dello straniero è obbligatorio a carattere vincolato e pertanto il g. o. è tenuto unicamente a controllare, al momento dell'espulsione, l'assenza del permesso di soggiorno, mentre è preclusa ogni valutazione, anche ai fini dell'eventuale disapplicazione, sulla legittimità del relativo provvedimento che spetta unicamente al g. a., il giudizio innanzi al quale non giustifica la sospensione di quello innanzi al g. o. attesa la carenza, tra i due, di un nesso di pregiudizialità giuridica necessaria, né la relativa decisione costituisce in alcun modo un antecedente logico rispetto a quella sul decreto di espulsione. La critica che si muove contro questo indirizzo è che in realtà il rapporto pregiudiziale esista, dal momento che se il g.a. si pronuncia (annullando o sospendendo il provvedimento) prima del g.o., l'espulsione verrà annullata. Infine, un'altra ipotesi "barocca" attiene a due provvedimenti consequenziali la cui giurisdizione è radicata davanti al medesimo g.o., il giudice di pace, ma che seguono due riti diversi: il provvedimento di espulsione e l'esecuzione del provvedimento. Un problema di duplicazione dei giudizi e non di giurisdizioni. Se in un

questa materia si caratterizza infatti per la presenza di una pluralità di criteri<sup>504</sup>, tra loro non omogenei e che prestano il fianco a incertezze e critiche, poiché idonee ad incidere sul diritto di difesa e la giustiziabilità degli atti amministrativi.

V'è in questo il rischio di contrasto col dettato dell'art. 102, co. 2 Cost., a mente del quale non possono essere istituiti giudici straordinari o speciali. Il corto circuito con le competenze individuate all'art. 3 è che esse non si espandono all'intera materia e cioè al diritto dell'immigrazione nel suo complesso, ma a specifici settori.

La disposizione che tuttavia ha interamente riscritto il procedimento giudiziario per il riconoscimento della protezione internazionale è l'art. 6, che introduce *Modifiche al decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25*<sup>505</sup>. Nell'ottica dell'ottimizzazione dei tempi della procedura amministrativa e poi quella eventuale giurisdizionale, il colloquio del richiedente protezione internazionale è videoregistrato (art. 14) ed andrà a sostituire l'udienza civile, che diventa eventuale (art. 35 *bis*, co. 10 e 11)<sup>506</sup>; si dispone inoltre la

---

primo momento la Corte Cost. con sent. 105/2001 si era orientata a riconoscere al giudice della convalida un controllo giurisdizionale pieno anche sul provvedimento di espulsione, la Corte di Cassazione (sent. 27331/2013) ha ripercorso la teoria delle tutele parallele, salvo poi ritornare sulle sue posizioni ammettendo che il gdp della convalida possa conoscere incidentalmente l'atto presupposto e rilevarne la illegittimità pure sia manifesta. Indirizzo condiviso anche dalla Corte Cost. con la sent. 280/2019, probabilmente su influenza della giurisprudenza CEDU che ha ritenuto contrario all'art. 5 della Convenzione il trattenimento dell'espulsione manifestamente illegittima.

Il tema è complesso dogmaticamente ma ancor di più praticamente. Più che discutere in termini di legittimità costituzionale si dovrebbero allora rivedere le ragioni di opportunità legislative, poiché l'affastellamento di giurisdizioni e giudizi rischia di creare un *vulnus* all'effettività delle tutele.

<sup>504</sup> In linea di massima sulla base del carattere vincolato o discrezionale del provvedimento, la natura di diritto soggettivo o interesse legittimo: al g. a. è assegnata la giurisdizione sui provvedimenti di ingresso e soggiorno; al g. o. quelli riguardanti la protezione internazionale, motivi umanitari, i provvedimento di ingresso e soggiorno riguardanti la sfera familiare, la cittadinanza, il rispetto dei criteri del reg. 604/2013/UE; la materia antidiscriminatoria; i provvedimenti espulsivi prefettizi sono attribuiti al g. o., mentre quelli adottati dal Ministro dell'interno al TAR Lazio. Sulla criticabilità di tali criteri si veda G. TROPEA, *Tutela giurisdizionale*, in *Dizionario dei Diritti degli Stranieri*, pp. 676 ss.

<sup>505</sup> Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato.

<sup>506</sup> L'articolato è in verità più composito, prevedendo ipotesi in cui la fissazione dell'udienza per la comparizione delle parti è obbligatoria, esclusivamente in casi predeterminati (art. 35 *bis*, co. 11): se a) la videoregistrazione non è disponibile (sul punto la Corte di Cass., Sez. I, ord. 17717/2018, ha chiarito che in caso di mancanza di videoregistrazione il giudice deve necessariamente fissare l'udienza di comparizione delle parti, la cui mancanza determina una violazione del principio del contraddittorio. Il chiarimento si è reso necessario per la prassi instauratasi nei tribunali di merito di non fissare l'udienza anche in difetto di videoregistrazione); 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 fondi su elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa di primo grado.

sostituzione dal procedimento sommario di cognizione con il rito camerale disciplinato al c.p.c. agli artt. 737 e ss. (art. 35 *bis*, co. 1). Oltre alla mera eventualità dell'udienza, tra le novità più discusse vi sono l'abolizione del reclamo del decreto giudiziale e la ricorribilità solamente in Cassazione nel termine di trenta giorni dalla notificazione del decreto di rigetto (art. 35 *bis*, co. 13).

Rispetto al cambio di passo sul rito e sulla normativa di riferimento è utile precisare che esso riguarda solo le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti della Commissione territoriale o di quella nazionale per il riconoscimento della protezione internazionale, a partire da quelle iscritte al ruolo generale dopo il 17 agosto 2017, mentre quelle già pendenti prima di tale data continuano ad essere regolate dall'art. 19, d.lgs. 150/2011 secondo il rito sommario di cognizione e si continuerà ad applicare l'art. 35 del d.lgs. 25/2008 (l'udienza quindi continuerà a svolgersi dinanzi al G.M., la cui decisione sarà reclamabile in Corte d'Appello). È stato introdotto in sostanza un doppio binario<sup>507</sup> fino all'esaurimento del vecchio contenzioso.

Sulle nuove modalità del contraddittorio<sup>508</sup>, è chiaro che l'oralità<sup>509</sup> e la pubblica udienza possono subire limiti e restrizioni, ma queste ultime debbono rispondere al principio di proporzionalità, espresso nel generale orientamento della Corte EDU<sup>510</sup>

---

A discrezione del giudice invece (art. 35 *bis*, co. 10), quando, a) visionata la videoregistrazione del colloquio personale con il richiedente, ritiene necessario disporre l'audizione dell'interessato; b) ovvero quando ritiene indispensabile richiedere chiarimenti alle parti; c) ovvero, ancora, quando l'interessato ne abbia fatto motivata richiesta nel ricorso introduttivo.

<sup>507</sup> Sul punto G. SAVIO, *Le nuove disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale: una (contro) riforma annunciata*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2017, p. 22.

<sup>508</sup> P. BONETTI, *Considerazioni sul disegno di legge a.s. n. 2705 di conversione in legge del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13 - Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale, testo dell' audizione alle Commissioni riunite Affari Costituzionali e Giustizia del Senato della Repubblica, 7/3/2017*, che può rinvenirsi all'url:

[http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/00](http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/00). Secondo l'A., il contraddittorio nella materia in esame coincide con la comparizione personale, in quanto il riconoscimento della protezione internazionale si basa sulla credibilità intrinseca (le dichiarazioni del richiedente) e sulla loro coerenza con le pertinenti informazioni sul Paese di origine (cd. credibilità estrinseca) ed entrambe devono essere esaminate dall'autorità competente, sia amministrativa che giurisdizionale (art. 3 d.lgs. 251/2007).

<sup>509</sup> Un'indagine puntuale sul tema è svolta da A.D. DE SANTIS, *L'eliminazione dell'udienza (e dell'audizione) nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Un esempio di sacrificio delle garanzie*, in *Questione Giustizia*, fasc. 2/2018, pp. 206 ss.

<sup>510</sup> Emerso da alcune decisioni: sentenza 21 luglio 2009, *Selivjak contro Polonia*; Grande Camera, sentenza 18 ottobre 2006, *Hermi contro Italia*; sentenza 8 febbraio 2005, *Miller contro Svezia*; sentenza 25 luglio 2000, *Tierce e altri contro San Marino*; sentenza 27 marzo 1998, *K.D.B. contro Paesi Bassi*; sentenza 29 ottobre 1991, *Helmers contro Svezia*; sentenza 26 maggio 1988, *Ekbatani contro Svezia*.

(che, si badi, non riconosce il diritto alla pubblica udienza anche per i giudizi relativi all'ingresso e al soggiorno degli stranieri). Si consideri inoltre che l'art. 46, par. 3, della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale, stabilisce che il diritto ad un ricorso effettivo è tale se «preveda l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE, quanto meno nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado». Questa norma a ben vedere mal si concilia con la continuità instauratasi<sup>511</sup> tra il procedimento amministrativo e quello giurisdizionale, per il valore consegnato alla videoregistrazione dell'audizione svolta nel corso del procedimento amministrativo dinanzi le Commissioni Territoriali o Nazionali, per effetto dell'art. 35 bis, co. 10, lett. a). Eppure, il giudizio per il riconoscimento della protezione internazionale non verte sul procedimento amministrativo, ma è teso al riconoscimento di un diritto soggettivo, con attenuazione dell'onere della prova e del principio dispositivo e previsione di un corrispondente potere-dovere di collaborazione istruttoria<sup>512</sup> da parte del giudice di merito. L'accertamento compiuto in sede giurisdizionale attiene invero alla credibilità del racconto del ricorrente. Sull'esito della "credibilità e veridicità della narrazione" si riflettono regole procedurali (dinanzi alle Commissioni territoriali) e processuali (dinanzi al giudice) poco garantiste, indefinite e imprecise. I criteri individuati dall'art. 3, co. 5 d.lgs. 251/2007 per valutare la veridicità della narrazione nulla dicono sulle modalità di accertamento processuale, finendo così per ampliare notevolmente l'arbitrio di chi è chiamato a prendere una decisione e al tempo stesso per essere poco garantiste dei soggetti narranti<sup>513</sup>. A ciò si aggiunga che «la narrazione dei richiedenti asilo non è ancora abitualmente riconosciuta come veritiera e

---

<sup>511</sup> G. SAVIO, *Op. ult. cit.*, p. 22 parla dell'esaltazione della «funzione bifasica della procedura (amministrativa necessariamente, giudiziale eventualmente) fino a considerare la seconda come una sorta di prosecuzione della prima».

<sup>512</sup> Cfr. *ex multis* Corte Cass., Sez. VI, 25/07/2018, n. 19716. Per approfondimenti in ordine alla collaborazione istruttoria e all'attenuazione del principio del dispositivo si rinvia a M. ACIERNO, M. FLAMINI, *Il dovere di collaborazione del giudice nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2017; F.G. DEL ROSSO, *Il dovere di cooperazione istruttoria officiosa e le "country of origin information" nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale e umanitaria*, in *Diritti senza confini*, 15.10.2020; P. COMOGLIO, *Il dovere di cooperazione istruttoria nei procedimenti di protezione internazionale: un difficile inquadramento sistematico*, in *Questione Giustizia*, fasc. 3/2020, pp. 13 ss. Si segnala infine il recente approdo della giurisprudenza di legittimità sul bilanciamento tra valutazione di credibilità e dovere di cooperazione istruttoria Cass. Civile, sez. III, 12/05/2020, n. 8819. Per un commento redazionale, si legga in *Diritti senza confini*, *La Cassazione torna (con molte novità) sul delicato tema del bilanciamento tra valutazione di credibilità vs. dovere di cooperazione istruttoria*, 05.06.2020.

<sup>513</sup> Così O. GIOLO, *Sul diritto fondamentale di asilo. Sviluppi recenti e preoccupanti del rapporto tra diritto e narrazione in Italia*, in *Ragion pratica*, fasc. 2/2019, pp. 521 ss. Sul punto si veda anche P. COMOGLIO, *Op. cit.*, che scrive «deve seriamente dubitarsi che il giudice abbia davvero la concreta possibilità di ottenere, tramite l'esercizio dei propri poteri istruttori, elementi utili per verificare la credibilità delle dichiarazioni del richiedente» (*ivi*, p. 32).

credibile in quanto appartenente ad un soggetto “imprevisto”<sup>514</sup>. Alla luce di siffatto contesto istruttorio può verosimilmente esser sostenuto che l’eventualità del rinnovo dell’audizione del richiedente dinanzi l’autorità giudiziaria appare conforme a quell’atteggiamento di sospetta veridicità verso la narrazione e il narratore.

Strettamente connesso al tema dell’udienza eventuale è quello della soppressione del grado d’appello, essendo pacifico che la Costituzione all’art. 111 non sancisce il diritto al doppio grado di giudizio (*ex multis*, Corte Cost., ordd. n. 42/2014; n. 190/2013; n. 410/2007 e n. 84/2003), ma soltanto il ricorso in Cassazione per violazione di legge contro i provvedimenti sulla libertà personale e che «la garanzia costituzionale del doppio grado di giurisdizione non può neppure farsi discendere dall’art. 24, primo e secondo comma, della Costituzione come proiezione diretta del diritto di difesa: in realtà questo precetto assicura la tutela di tale diritto in ogni stato e grado del procedimento, ma non garantisce la parte contro la soppressione di un grado del processo»<sup>515</sup>.

Più preoccupante sembra essere proprio quella garanzia del ricorso in Cassazione. Davanti la Suprema Corte non è previsto il riesame del fatto, dunque eventuali errori sulla sua ricostruzione da parte del tribunale (che potrebbe aver deciso senza alcun contatto con la parte e nessun riscontro della sua credibilità) non solo non saranno emendabili ma neppure rilevabili. Con la riscrittura<sup>516</sup> poi del procedimento<sup>517</sup> sul contenzioso civile presso la medesima Corte è stata introdotta la regola della procedura camerale senza partecipazione delle parti, per garantire l’efficienza degli uffici giudiziari e in una chiara ottica deflattiva.

La pubblica udienza è previsto che si svolga solo in caso di «particolare rilevanza della questione di diritto» controversa o nell’eventualità che il ricorso sia stato rimesso alla sezione semplice dalla apposita sezione ex art. 376 c.p.c. (in esito alla camera di consiglio che non ha definito il giudizio), sia il pubblico ministero che le parti non potranno che depositare memorie scritte prima dell’adunanza. Si passa in definitiva da un processo cartolare ad un altro, con l’aggravante che la natura dell’accertamento imposto dalla specificità di tale tipo di giudizio mira alla verifica essenzialmente di presupposti di fatto, il che mal si concilia con le funzioni del giudice di legittimità<sup>518</sup>.

---

<sup>514</sup> *Ivi*, p. 527, l’A. evidenzia il rapporto esistente tra identità e credibilità, a partire dalle teorie critiche del diritto le quali hanno dimostrato la diversa rilevanza attribuita alle narrazioni in relazione all’identità della soggettività narrante. Il richiedente asilo a causa della sua non stanzialità è ritenuto soggetto non paradigmatico dalle teorie critiche del diritto, pertanto la sua narrazione è ritenuta anche dal diritto non affidabile e inverosimile.

<sup>515</sup> Corte Cost. sent. 62/1981.

<sup>516</sup> Per un approfondimento si veda l’attenta ricostruzione di A. PANZAROLA, *Ultimissime sul giudizio di cassazione (a proposito della legge 25 ottobre 2016 n. 197)*, in *giustiziacivile.com*, 4 novembre 2016.

<sup>517</sup> Decreto-legge 31 agosto 2016, n. 168 *Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione, per l’efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa*, convertito con modificazioni dalla L. 25 ottobre 2016, n. 197.

<sup>518</sup> Così anche F. CORVAJA, *Op. cit.*, p. 177. A. DI FLORO, *Protezione internazionale ed il giudizio di cassazione: eterogenesi dei fini?*, in *Questione Giustizia*, 5.12.2019, che fa rilevare come il giudizio

Il paradosso è evidente. Se il richiedente protezione internazionale fosse coinvolto in un procedimento riguardante la violazione del codice della strada<sup>519</sup> gli sarebbero riconosciuti maggiori diritti processuali per ciò che concerne l'udienza e tre gradi di giudizio, negati invece per il riconoscimento del suo diritto fondamentale, radicato nell'art. 10, co. 3.

Sull'idoneità del rito camerale a frustrare il diritto d'azione si può leggere il monito della Corte Cost., ord. n. 170/2009<sup>520</sup> (confermata dall'ord. n. 19/2010), che così chiarisce: «Può escludersi sia l'irragionevolezza della scelta legislativa sia la violazione del diritto di difesa sia, infine, la violazione della regola del giusto processo garantita dall'art. 111, primo comma, Cost.» ma solo, si badi, «ove il modello processuale previsto dal legislatore, nell'esercizio del potere discrezionale di cui egli è titolare in materia (da ultimo sentenza n. 221 del 2008), sia tale da assicurare il rispetto del principio del contraddittorio, lo svolgimento di un'adeguata attività probatoria, la possibilità di avvalersi della difesa tecnica, la facoltà della impugnazione - sia per motivi di merito che per ragioni di legittimità - della decisione assunta, la attitudine del provvedimento conclusivo del giudizio ad acquisire stabilità, quanto meno "allo stato degli atti"».

Al legislatore rimane dunque pienamente la facoltà di disciplinare il rito con semplificazioni consone all'esigenze di speditezza e celerità, purché sia assicurato il rispetto del contraddittorio e delle altre regole processuali. Del resto, quest'orientamento era già emerso in relazione alle scelte di semplificazione del rito in materia di impugnazione dei provvedimenti relativi all'unità familiare e alla

---

di legittimità, infatti, è riferibile soltanto ai vizi previsti dall'art. 360 c.p.c., e non consente, una rivalutazione dei fatti già esaminati nel provvedimento impugnato. Considerazione non solo teorica ma pratica se si collega all'elevato tasso delle pronunce di inammissibilità della Corte su tale materia a causa della riproposizione di questioni di fatto con la richiesta di una loro nuova valutazione perché si ritengono essere stati non sufficientemente e correttamente vagliati nell'unico grado.

<sup>519</sup> L'esempio sulle cause c.d. bagattellari è ormai noto tra i detrattori della novella, si veda su tutti G. SAVIO, *Op. cit.*, p. 22-23.

<sup>520</sup> G. D'ALESSANDRO, *Rilievi sulla (in)costituzionalità della nuova disciplina processuale delle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale introdotta dal decreto-legge n. 13/2017 (convertito con modificazioni nella legge n. 46/2017)*, in *Arch. pen.*, n. 2/2017, rileggendo l'ordinanza della Corte Costituzionale, ne evidenzia tre passaggi sulla scelta del rito compatibile con le esigenze di celerità e speditezza, che non devono comprimere lo scopo e la funzione del procedimento e la garanzia del contraddittorio e dei mezzi istruttori, che collide con la possibilità di avvalersi dell'impugnazione. A tale ultimo proposito, secondo l'A., l'ultima affermazione della Consulta non può dirsi categorica, ma necessita di essere contestualizzata «infatti, non pare che questa sia una conclusione necessitata quando il legislatore predisponga un modello camerale in cui la discrezionalità del giudice sia vincolata da numerose regole processuali predeterminate, come accade nel caso del giudizio in opposizione che si svolge dinanzi alle sezioni specializzate in materia di protezione internazionale» (p. 22). L'A. fa rilevare anche che il diritto processuale è per sua natura diseguale, nel senso che i principi costituzionali impongono tutele processuali differenziate adeguate alle situazioni sostanziali sottese, da bilanciarsi con tutti i valori sottesi alla nozione del "giusto processo".

convalida del trattenimento ai fini del rimpatrio (rispettivamente Corte Cost. ord. 141/2001 e ord. 35/2002).

L'analisi delle modifiche apportate dall'art. 6 del d.l. 13 con l'introduzione dell'art. 35 *bis* al d.lgs. 25/2008 deve invero essere operata complessivamente, considerando cioè se il rito camerale non partecipato, con udienza eventuale e soppressione del grado d'appello sia idoneo a scalfire l'effettività della pretesa fatta valere dal ricorrente, cioè la sua domanda di protezione internazionale.

È pacifico che dalla lettura critica delle singole disposizioni pochi profili di illegittimità possano ricavarsi, ma è dal loro combinato disposto che va valutata la compatibilità con la Costituzione di uno schema processuale che rischia di svuotare le garanzie del diritto d'asilo, con riferimento agli artt. 3, 24, 101 e 111 Cost., 46 della direttiva 2013/32/UE e 47 della Carta dei diritti UE.

Per il momento, tuttavia, la Corte di Cassazione ha dichiarato infondate le prospettazioni di incostituzionalità rilevate con riferimento all'udienza, all'appello e rispetto al rito camerale<sup>521</sup>. Sebbene sia rimasta ferma sul suo orientamento, ha introdotto nella sua ermeneutica<sup>522</sup> il richiamo al principio di equivalenza (pur ritenendolo al momento non rilevante per la risoluzione della questione trattata), emerso in seno alla giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>523</sup> proprio sulla compatibilità tra la normativa domestica (dei Paesi Bassi) e il sistema delle tutele comunitarie, in ordine al sistema delle impugnazione delle decisioni inerente la protezione internazionale e obbligo di rimpatrio, per l'effetto non sospensivo automatico del procedimento in appello.

La Corte ricorda che non è possibile ricavare dalla lettura degli artt. 46 della direttiva 32/2013 (e l'articolo 13 della direttiva 115/2008, poiché il giudizio verteva sul rimpatrio) e 47 della Carta dei diritti fondamentali UE, l'esistenza di un diritto al doppio grado di giudizio. L'essenziale, infatti, è unicamente che sia possibile esperire un ricorso dinanzi a un'autorità giurisdizionale<sup>524</sup>.

Tuttavia, gli Stati membri sono tenuti al rispetto non solo del principio di effettività, ma anche di quello di equivalenza, in forza dell'art. 47 della Carta dei diritti UE, intendendosi che «le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di diritto interno (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)». Si chiarisce infine che spetterà al giudice del rinvio operare la verifica<sup>525</sup>

---

<sup>521</sup> Cass., Sez. I, ord. 5/7/2018, n. 17717 e Cass., Sez. V, ord. 5/11/2018, n. 28119

<sup>522</sup> Cass., Sez. I, ord. 30 gennaio 2020, n. 2131.

<sup>523</sup> CG, (Quarta Sezione) del 26 settembre 2018, *X e Y contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Causa C-180/17. Per una nota alla sentenza si veda A. DI FLORO, *Op. cit.*

<sup>524</sup> In tal senso, sentenza del 28 luglio 2011, *Samba Diouf*, C 69/10, punto 69, e del 19 giugno 2018, *Gnandi*, C 181/16, punto 57.

<sup>525</sup> Se la questione sulla «norma processuale nazionale concernente i ricorsi fondati sul diritto dell'Unione sia meno favorevole di quelle relative ai ricorsi analoghi di natura interna, deve essere esaminata dal giudice nazionale tenendo conto del ruolo delle norme interessate nell'insieme del procedimento, dello svolgimento del procedimento medesimo e delle

del rispetto del principio di equivalenza tra la procedura incriminata e quelle previste per altri diritti fondamentali della medesima natura sul piano nazionale, e di quelli, analoghi, basati su una violazione del diritto UE.

La sfida non è certamente semplice, ma neppure impossibile da cogliere, considerando che vi sono giudizi affini nell'ordinamento<sup>526</sup>: potrebbe guardarsi al vicino giudizio riguardante il riconoscimento della protezione umanitaria, che, se proposto disgiuntamente ed esclusivamente dalla protezione internazionale, seguirebbe il rito ordinario dell'art. 281-bis c.p.c. o quello sommario di cognizione *ex artt. 702-bis* e ss., nel quale è garantita la pubblica udienza e l'appellabilità della sentenza. All'opposto, se si guardasse al procedimento di espulsione, l'esito sarebbe inverso, poiché anche per esso non è previsto appello ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. 150/2011.

Il punto non è di poco conto. Dietro una non evidente irragionevolezza e incostituzionalità della norma rimane ferma una delle prime considerazioni svolte a riguardo, e cioè che «da protezione internazionale diventa l'unica materia, pur afferente a diritti costituzionali rientranti tra i principi fondamentali della Repubblica (art. 10, co. 3 Cost.) e regolati anche da norme dell'UE e da norme internazionali, in cui è soppresso l'appello, così determinando un diritto speciale per i soli richiedenti asilo, con violazione dell'art. 3 della Costituzione»<sup>527</sup>.

Tra le altre modifiche introdotte dal d.l. 13/2017 si annoverano la non automatica sospensione del provvedimento di rigetto con la presentazione del ricorso introdotta all'art. 35 *bis*, co. 3-5; la non-automaticità della sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto con la proposizione del ricorso in cassazione<sup>528</sup> all'art. 35-bis, co. 5;

---

peculiarità di dette norme, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali (v., in tal senso, sentenza del 9 novembre 2017, Dimos Zagoriou, C-217/16, EU:C:2017:841, punto 21)» (p. 40 della sentenza CG).

<sup>526</sup> F. CORVAJA, *Op. cit.*, p. 180 s.

<sup>527</sup> P. BONETTI, *Considerazioni sul disegno di legge a.s. n. 2705 di conversione in legge del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13*, cit. p. 12.

<sup>528</sup> A tal proposito si segnala l'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del Tribunale di Milano, *ex art. 267 TFUE*, con cui si interroga i giudici di Lussemburgo al fine di chiarire se il diritto dell'Unione imponga che il mezzo di impugnazione «abbia automaticamente effetto sospensivo» e se il diritto dell'Unione osti ad una procedura in cui l'autorità giudiziaria può rifiutare l'istanza di sospensione della decisione basandosi unicamente sulla fondatezza dei motivi di ricorso e non sul rischio di un danno grave e irreparabile, in sostanza in cui la valutazione di fondatezza del ricorso in Cassazione è effettuata da parte dello stesso Tribunale (verosimilmente talora composto dai medesimi giudici) che in primo grado ha rigettato il ricorso contro il provvedimento di diniego del riconoscimento. Il Tribunale di Milano ha opportunamente richiamato i principi di effettività ed equivalenza: A. ADINOLFI, *Diritto dell'Ue e soggiorno del richiedente protezione internazionale in attesa dell'esito del ricorso in Cassazione: qualche osservazione a margine dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano (n. 44718/2017)*, in *Questione Giustizia*, 29.06.2018. Per una critica alla risposta (evasiva) della Corte di Giustizia che ha rinviato a quanto già detto nella causa C-175/17, *X e Y contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, si veda F. CAPOTORTI, *Il ruolo del giudice nazionale dell'asilo tra effettività dei ricorsi e autonomia procedurale degli Stati membri: il punto sulla sospensiva*, in *Diritti senza confini*, 27.11.2018.

l'introduzione dell'art. 10 *ter* nel TUI per l'identificazione dei cittadini stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare (che si studierà nel prossimo capitolo); le modifiche all'art. 14 del d.lgs. 25/2008 con videoregistrazione dell'audizione e trascrizione con sistemi automatici di riconoscimento vocale, che saranno poi resi disponibili in sede giurisdizionale; le modifiche all'art. 11 del d.lgs. 25/2008, inserendo tra gli obblighi del richiedente asilo la complessa normativa delle notificazioni degli atti e dei provvedimenti per il riconoscimento della protezione internazionale; la ridenominazione dei Centri per l'espulsione da CIE a CPR<sup>529</sup> (Centri per il rimpatrio), con la modifica dell'art. 14, co. 1 che amplia il numero e la rete dei CPR in modo da assicurare la distribuzione delle strutture sull'intero territorio nazionale, coinvolgendo le regioni<sup>530</sup> nella fase dell'individuazione della sede ove collocare le nuove strutture o individuarne di già esistenti da ristrutturare; infine l'allungamento del termine massimo del trattenimento<sup>531</sup>, per lo straniero che sia già stato trattenuto presso le strutture carcerarie per un periodo pari a quello di centottanta giorni. È stata poi introdotta la videoconferenza, in sostituzione delle udienze di convalida (e di proroga) del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale modificando l'art. 6, co. 5, d.lgs. 142/2015; la medesima attività di videoconferenza è stata introdotta anche per le convalide dell'accompagnamento dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari, modificando l'art. 20 *ter*, d.lgs. 30/2007.

Non sono entrate a far parte delle modifiche introdotte con il d.l. 13, ma ugualmente colpiscono per altra via i richiedenti asilo l'adozione di codice di condotta per destinato alle ONG impegnate negli interventi di salvataggio e la stipulazione di un accordo in forma semplificata con la Libia, il c.d. Memorandum d'Intesa del febbraio 2017 (su cui si tornerà nel prossimo capitolo).

## 5.2 (segue) Le novità introdotte d.l. 113/2018: il binario della sicurezza

---

<sup>529</sup> D. LOPRIENO, "Trattenere e punire", cit., p. 129 nota come la ridenominazione sia molto simile ad un *restyling* di facciata, alla luce dell'allungamento del termine massimo di trattenimento e della moltiplicazione dei Centri.

<sup>530</sup> P.A., *Ibidem*, guarda con favore all'apertura *de qua*, ricordando come gli interventi della Corte sulla materia abbiano da un lato ritenuto ammissibile un'attività di monitoraggio e osservazione di quanto avviene in queste strutture (sent. 300/2005), ma dall'altro lato indisponibile la materia per le Regioni che si rifiutassero di far insediare simili strutture sul proprio territorio, scelta che la stessa Corte riporta invece alla competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, co. 2 lett. b), perché attinente alla regolazione del flusso migratorio (sent. 134/2010).

<sup>531</sup> Nel frattempo, esso aveva subito una drastica riduzione con legge europea 2013-bis (l. n. 161/2014), riducendosi la durata dal trattenimento nei CIE a trenta giorni, prorogabili fino ad un massimo di ulteriori sessanta giorni. Sul punto si vedano L. MASERA, *Ridotto da 3 a 18 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella?*, in *Dir. pen. cont.*, 10 novembre 2014; A. COSSIRI, *Cambio di stagione? Rilevanti novità in tema di detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2015, pp. 430-432.

Le criticità introdotte con il d.l. 113/2018 sono numerose, attraverso le modifiche a vari aspetti del diritto dell'immigrazione: dalla protezione umanitaria (art. 1), al sistema di accoglienza, alle disposizioni sul trattenimento amministrativo (art 2), al trattenimento amministrativo per identificare o verificare l'identità e cittadinanza del richiedente asilo (art. 3); passando per le disposizioni in materia di iscrizione anagrafica (art. 13); infine quelle relative all'acquisto e alla revoca della cittadinanza (art. 14). Da questo breve elenco è facile intuire come il decreto riscriva buona parte della legislazione in materia d'asilo, con il palesato intento – si legge nel preambolo – di «scongiurare il ricorso strumentale alla domanda di protezione internazionale, razionalizzare il ricorso al Sistema di protezione per i titolari di protezione internazionale e per i minori stranieri non accompagnati, nonché di disposizioni intese ad assicurare l'adeguato svolgimento dei procedimenti di concessione e riconoscimento della cittadinanza».

I profili critici in verità sono anzitutto di carattere “formale”, sin dal titolo possono leggersi i campi di intervento più disparati: *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*, integrato in sede di conversione al Senato per introdurre pure *Delega<sup>532</sup> al Governo per il riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate*. Il *fil rouge* (o meglio *noir*)<sup>533</sup> delle materie su cui è intervenuto il decreto è il denominatore<sup>534</sup> trasversale quanto generico della sicurezza. Sulla questione della commistione e sovrapposizione tra oggetti e finalità eterogenee, nonché l'assenza del nesso teleologico si ricorda l'indirizzo della giurisprudenza costituzionale, secondo cui «il presupposto del “caso” straordinario di necessità e urgenza inerisce sempre e

---

<sup>532</sup> Anche l'inserimento della delega legislativa non lascia indifferente il diritto costituzionale, a monte di un divieto sull'inserimento dello strumento di delega all'interno del d.d.l. di conversione del decreto legge previsto dall'art. 15.2.a) l. 400/1988. La questione è invero dibattuta tra la dottrina che ritiene contraddittorio l'inserimento nel disegno di legge di conversione di una delega legislativa da esercitare oltre i sessanta giorni di vigenza del decreto legge e quindi priva in sé dei presupposti costituzionali di straordinaria necessità ed urgenza, un atteggiamento analogo si riscontra nel Comitato della legislazione della Camera e di contro la giurisprudenza costituzionale invece ha ammesso tale evenienza. Sul punto si vedano S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018* (c.d. “decreto sicurezza”), in *federalismi.it*, Editoriale, n. 22/2018 e A. PACE, *Parere pro-veritate sulla legittimità costituzionale del cd. decreto legge “sicurezza e immigrazione”*, 18 ottobre 2018 e rinvenibile all'url: <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/10/AP-Parere-decreto-sicurezza-18-10-2018.pdf>

<sup>533</sup> L'espressione è presa in prestito da A. ALGOSTINO, *Il decreto “sicurezza e immigrazione”*, cit., pp. 167 ss.

<sup>534</sup> Sul punto si veda C. CORSI, *Profili di illegittimità costituzionale*, in F. Curi (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*, Pisa, Pacini, 2018, p. 3. L'A. sottolinea che non è possibile rinvenire una medesima *ratio* nell'ambito di disposizioni così variegate, che incidono su aspetti molto differenti e su singoli aspetti specifici. Né potrebbe esser sostenuta un'omogeneità di tipo finalistico come accade per i c.d. decreti mille proroghe.

soltanto al provvedimento inteso come un tutto unitario, atto normativo fornito di intrinseca coerenza, anche se articolato e differenziato al suo interno. La scomposizione atomistica della condizione di validità prescritta dalla Costituzione si pone in contrasto con il necessario legame tra il provvedimento legislativo urgente ed il “caso” che lo ha reso necessario, trasformando il decreto-legge in una congerie di norme assemblate soltanto da mera casualità temporale» (Corte Cost. sent. 22/2012). Nota dottrina ha già riferito che dalla *ratio* dell’art. 77, co. 2 Cost. resa esplicita dalla dall’art. 15, co. 3, della l. n. 400/1988, che impone il collegamento dell’intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza, e da questa sentenza della Consulta potrebbe ricavarsi una regola di metodo: «a ogni “caso straordinario di necessità e di urgenza” deve corrispondere “un” decreto-legge (...) se i casi straordinari sono più d’uno, più d’uno devono essere i dd.lb»<sup>535</sup>.

Il richiamo poi alla sicurezza risulta essere indimostrato, stante il calo degli sbarchi di cui l’allora Ministro dell’Interno *pro tempore* traeva orgoglio, a tal proposito si rammenta come «l’utilizzazione del decreto-legge... non può essere sostenuta dall’apodittica enunciazione dell’esistenza delle ragioni di necessità e di urgenza» (Corte cost., sent. n. 171 del 2007). Del pari le altre materie coinvolte - accoglienza, cittadinanza ed espulsioni - più che essere foriere di necessità ed urgenza, necessiterebbero di interventi strutturali (non *destrutturanti*) e non estemporanei, come invece è accaduto.

L’atto governativo si è poi caricato di altri vizi formali, stante il *modus operandi* seguito in sede di conversione, con la presentazione da parte del Governo al Senato di un maxi-emendamento<sup>536</sup>, interamente sostitutivo del testo originario, accompagnato dalla questione di fiducia, posta poi anche sul testo giunto alla Camera dei deputati per la definitiva approvazione.

Prima di passare all’esame di merito è utile ricordare che l’emanazione del decreto-legge è stata accompagnata dal monito del Presidente della Repubblica, la cui funzione<sup>537</sup> di stimolo e di tenuta della superiore legalità costituzionale va oltre le determinazioni politiche di maggioranza. Nella lettera che il Presidente Mattarella indirizza al Presidente del Consiglio dei Ministri si legge «avverto 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

---

<sup>535</sup> M. RUOTOLO, *Sui vizi formali del decreto-legge e della legge di conversione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3/2018, p. 18 (i corsivi sono dell’Autore). Il quale individua una spia della eterogeneità delle materie coinvolte anche dall’elenco delle audizioni della Commissione Affari costituzionali del Senato, alle quali sono stati chiamati, oltre ad alcuni costituzionalisti, soggetti istituzionali e realtà associative che si occupano di settori molto diversi.

<sup>536</sup> Su questo punto specifico si rinvia all’approfondimento contenuto nel testo di L. PACE, *I vizi formali attinenti al procedimento di conversione in legge del decreto sicurezza e immigrazione*, in G. Santoro (a cura di), *I profili di illegittimità costituzionale del Decreto Salvini*, Roma, Antigone Edizioni, 2018, pp. 27 ss.

<sup>537</sup> Sulla *ratio* dei rilievi del Capo dello Stato si veda G. AZZARITI, *I problemi di costituzionalità dei decreti sicurezza e gli interventi del Presidente della Repubblica*, in *Diritto Pubblico*, fasc. 3/2019, pp. 639 ss.

direttamente disposto dall'articolo 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia».

Il monito del Capo dello Stato si rivolge in particolar modo all'art. 1 del d.l. 113 che riscrive la normativa della c.d. protezione umanitaria.

In verità prima ancora che a livello normativo, il Ministero dell'interno con circ. n. 8819/2018 è intervenuto in via amministrativa<sup>538</sup>. Nella circolare il Ministro testualmente raccomanda la «massima attenzione delle Commissioni e Sezioni Territoriali per l'esercizio, improntato al più assoluto rigore e scrupolosità, di una funzione che si presenta essenziale nel più ampio contesto di gestione del fenomeno migratorio, a salvaguardia degli interessi primari della collettività oltre che dei diritti dei richiedenti». Invitando a restringere la clausola aperta dell'art. 5, co. 6 del TUI, che secondo i dati raccolti è la protezione più concessa da Commissioni e Tribunali, che ha «di fatto, legittimato la presenza sul territorio nazionale di richiedenti asilo non aventi i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale il cui numero, nel tempo, si è sempre più ampliato, anche per effetto di una copiosa giurisprudenza che ha orientato l'attività valutativa delle Commissioni».

L'art. 1 del decreto in esame contiene una *pars destruens* relativa all'abrogazione del riferimento ai «seri motivi»<sup>539</sup>, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano», già recati dall'art. 5, co. 6, del TUI e all'art. 13, co. 1, d.p.r. n. 394/1999, con conseguente soppressione tanto della protezione umanitaria, quanto del permesso di soggiorno per motivi umanitari; tale istituto è sostituito da cinque differenti specie di im atto tipico, denominate «speciali permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario»<sup>540</sup>

---

<sup>538</sup> M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2019, p. 11, rileva come si sia trattato di un "singolare antefatto" per via amministrativa. La circolare 8819 si rivolgeva in particolare agli appena insediati funzionari amministrativi destinati alle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e alla Commissione nazionale per il diritto di asilo.

<sup>539</sup> I "seri motivi" costituiscono un catalogo aperto, ordinato al fine di tutelare situazioni di vulnerabilità attuali oppure conseguenti al rimpatrio dello straniero. Sul punto cfr. i più recenti contributi, *ex multis*: N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2018; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Protezione umanitaria una e trina*, in *Questione Giustizia*, fasc. 2/2018; M. ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, *ivi*; M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, *ivi*.

<sup>540</sup> 1. Il generico permesso per "protezione speciale", della durata di un anno e consente l'accesso ai servizi assistenziali, allo studio, nonché l'iscrizione nell'elenco anagrafico, lo svolgimento di attività lavorativa autonoma o subordinata. Esso è rilasciato su richiesta della Commissione territoriale per la protezione internazionale allorché non riconosca allo straniero lo status di rifugiato o dallo status di protezione sussidiaria, ma ritenga impossibile il suo allontanamento per il rischio di subire persecuzioni o torture;

2. il permesso "per calamità" (art. 20 *bis* TUI) della durata di sei mesi e rilasciato dal questore quando il Paese verso il quale lo straniero dovrebbe fare ritorno versa in una situazione di contingente ed eccezionale calamità che non consente il rientro e la permanenza in condizioni di sicurezza;

(secondo l'intestazione riportata sia nel titolo I, sia nell'art. 1 del decreto stesso) ove le esigenze umanitarie sono state tipizzate. Misura tradotta nella criptica<sup>541</sup> formula «le parole “per motivi umanitari” sono sostituite dalle seguenti “per cure mediche, nonché dei permessi di soggiorno di cui agli articoli 18, 18-bis, 20-bis, 22, comma 12-quater, e 42-bis, e del permesso di soggiorno rilasciato ai sensi dell'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25”», nelle parti del TUI ove ricorre la dicitura “incriminata”.

Le problematicità costituzionali relative alla suddetta sostituzione e tipizzazione derivano anzitutto dalla funzione assolta dalla protezione umanitaria come surrogato del diritto d'asilo costituzionale, essa infatti «nel corso del tempo è diventata un succedaneo del diritto di asilo costituzionale (art. 10, c. 3, Cost.)»<sup>542</sup>, capace di offrire

---

3. il permesso “per cure mediche” introdotto (art. 19, co. 2 lett d-*bis* TUI) per gli stranieri che versano in condizioni di salute di eccezionale gravità, accertate mediante idonea documentazione, tali da determinare un irreparabile pregiudizio alla salute degli stessi, in caso di rientro nel Paese di origine o di provenienza. Permesso rilasciato dal questore per il tempo attestato dalla certificazione sanitaria, comunque non superiore ad un anno, rinnovabile finché persistono le condizioni di salute di eccezionale gravità debitamente certificate, valido solo nel territorio nazionale;

4. il permesso “per atti di particolare valore civile” (art. 42 *bis* TUI) della durata biennale rilasciato qualora lo straniero abbia compiuto atti di particolare valore civile, nei casi di cui all'articolo 3, della legge 2 gennaio 1958, n. 13, il Ministro dell'interno, su proposta del prefetto competente, autorizza il rilascio di uno speciale permesso di soggiorno, salvo che ricorrano motivi per ritenere che lo straniero risulti pericoloso per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato;

5. permessi di soggiorno “per casi speciali”(art. 18 TUI) rilasciati in altre ipotesi tipiche in cui finora era rilasciato un permesso per motivi umanitari: a) protezione sociale per le vittime di delitti di violenza o grave sfruttamento che sono in pericolo per avere collaborato o essersi sottratte ai condizionamenti dell'organizzazione criminale e partecipino ad un programma di assistenza e integrazione sociale; b) vittime di violenza domestica (art. 18 *bis* TUI) che denuncino l'autore del reato; c) particolare sfruttamento lavorativo (art. 22, co. 12-*quater* TUI) su denuncia del lavoratore sfruttato che denunci il datore di lavoro.

<sup>541</sup> A. ALGOSTINO, *Op. ult. cit.*, p. 172, rileva come la pessima qualità della tecnica legislativa, che si rinviene soprattutto nell'art. 1 del d.l. in esame, finisca per rendere la norma oscura ed intellegibile, con un prospettabile *vulnus* alla conoscibilità e pubblicità per il cittadino.

<sup>542</sup> *Ivi*, p. 180. Tra le ultime pronunce a confermare quanto descritto vi è la Cass., Sez. I civ., sent. 23/02/2018, n. 4455 nella quale può leggersi «la protezione umanitaria costituisce una delle forme di attuazione dell'asilo costituzionale (art. 10, terzo comma Cost.), secondo il costante orientamento di questa Corte (Cass. 10686 del 2012; 16362 del 2016), unitamente al rifugio politico ed alla protezione sussidiaria, evidenziandosi anche in questa funzione il carattere aperto e non integralmente tipizzabile delle condizioni per il suo riconoscimento, coerentemente con la configurazione ampia del diritto d'asilo contenuto nella norma costituzionale, espressamente riferita a l'impedimento nell'esercizio delle libertà democratiche, ovvero ad una formula dai contorni non agevolmente definiti e tutt'ora oggetto di ampio dibattito»

una tutela ai diritti inviolabili<sup>543</sup> dell'uomo, *ex art. 2 Cost.*, nonché ricondurvi quei diritti inviolabili e di dignità riconosciuti dalle norme internazionali consuetudinarie e dei Trattati, assolvendo così al rispetto degli obblighi internazionali di cui all'art. 117, co. 1, e dell'adattamento automatico al diritto consuetudinario di cui all'art. 10, co. 1 Cost<sup>544</sup>. L'eliminazione della formula contenuta nell'art. 5, co. 6 lascia «il nostro ordinamento di quella traduzione in termini positivi del limite alla discrezionalità dello Stato di allontanare ed ammettere uno straniero derivante dalle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia»<sup>545</sup>.

La restrizione del diritto fatta palese nelle intenzioni del d.l. potrebbe in verità trovare sul lungo periodo una contrazione, ossia determinare nuova linfa per il diritto d'asilo attraverso l'attuazione diretta<sup>546</sup> del diritto costituzionale d'asilo da parte dei giudici (con rilascio del permesso di soggiorno per asilo previsto dall'art. 11, co. 1 lett. a, d.P.R. 394/99), sia attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata dei permessi per casi speciali e protezione speciale<sup>547</sup> e applicazione sistematica delle fonti coinvolte. Una prospettiva che tuttavia non convince fino in

---

<sup>543</sup> «La *ratio* della protezione umanitaria rimane quella di non esporre i cittadini stranieri al rischio di condizioni di vita non rispettose del nucleo minimo di diritti della persona che ne integrano la dignità» (Cass. 4455/2018).

<sup>544</sup> *Ibidem*.

<sup>545</sup> C. FAVILLI, *Il Re è morto, lunga vita al Re! Brevi note sull'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *Riv. dir. int.*, 1/2019, p. 167 evidenzia come così si sia lasciato privo di ogni riferimento normativo interno specifico il TUI dei divieti di allontanamento derivanti dagli obblighi costituzionali e di diritto internazionale, come fatto del resto presente nell'avvertimento del Capo dello Stato. Ritiene l'A. che potrebbe ugualmente ricavarsi dall'art. 2, co. 1 TUI la norma di adattamento interna di quegli obblighi internazionali e sovranazionali che sembrano essere spariti dal Testo Unico, tramite un'applicazione diretta della norma in cui sono rimasti saldi i riferimenti al riconoscimento dei diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti.

<sup>546</sup> La Corte di Cassazione ne ha in verità ristretto la portata, sussumendo, in assenza di una legge di attuazione dell'art. 10, co. 3 Cost., il diritto d'asilo nei tre *status* (quello di rifugiato, la protezione sussidiaria e la protezione umanitaria), a proposito dei quali cfr. Cass., sez. VI, ord. n. 10686/2012 e da ultimo, Cass., sez. I, sent. n. 4455/2018. Nella prima può leggersi la formula ormai standardizzata in tutti i provvedimenti giudiziari che riguardino la materia, ossia «che 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. n. 251 del 2007 (adottato in attuazione della direttiva 2004/83/CE) e dall'art. 5, 6° comma, del testo unico approvato con d.lgs. n. 286 del 1998, sì che non si scorge alcun margine di residuale diretta applicazione della norma costituzionale».

<sup>547</sup> In tal senso M. BENVENUTI, *Op. ult. cit.*; C. FAVILLI, *Op. cit.*, p. 167; S. CURRERI, *Op. cit.*; S. PIZZORNO, *Considerazioni, anche di costituzionalità, su alcune delle principali novità introdotte dal decreto legge n. 113/2018 (c.d. decreto sicurezza) in tema di diritto d'asilo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 19 ottobre 2018; P. BONETTI, *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*, in *Diritto Pubblico*, fasc. 3/2019, pp. 651 ss. (spec. 670); C. CORSI, *Il diritto di asilo tra impasse, inasprimenti della disciplina e prossime riforme*, in *federalismi.it, focus human rights*, n. 23/2020, p. xxx.

fondo, nella misura in cui potrebbe produrre ulteriore incertezza del diritto a seconda dell'apertura più o meno dei giudici (e delle Commissioni) sulla norma, impedendo così di giungere ad un'applicazione stabile e uniforme dello stesso. Si condivide qui la soluzione di chi<sup>548</sup> prospetta due alternative: la reintroduzione della protezione umanitaria o, sarebbe di gran lunga auspicabile, una normativa che dia finalmente applicazione diretta all'art. 10, co. 3 Cost.

Nel frattempo si segnala che la Consulta ha avuto modo di esprimersi sulla legittimità costituzionale dell'art. 1 del d.l. 113, seppur limitatamente alle doglianze presentate dalle regioni in via diretta, con la sent. 194/2019. Rispetto alla questione sollevata le regioni lamentavano che la restrizione dei titoli di soggiorno avrebbe determinato in capo alle stesse un abbassamento del livello di tutela richiesto dagli obblighi internazionali e costituzionali, derivante dall'esclusione di una quota di persone dal novero della popolazione regolarmente residente sul territorio, ma beneficiarie delle prestazioni sociali erogate dalle Regioni e Enti locali. La Corte ha ritenuto però indimostrata la ridondanza<sup>549</sup> della disciplina nazionale sulle competenze regionali, poiché se vi fosse un effetto restrittivo in base alla novella, esso potrà esser valutato solo in fase applicativa, nell'ambito della prassi amministrativa e della giurisprudenza. Quest'ultima a sua volta potrebbe essere costituzionalmente rilevante solo se si ponesse fuori dei margini — richiamati anche dal Presidente della Repubblica (vedi *infra*) — ossia il rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato. Rispetto poi alla questione legata alla riduzione del numero di stranieri regolari cui seguirebbe la riduzione delle prestazioni e servizi erogati da Regioni ed Enti locali in base alle competenze concorrenti e residuali, la Consulta ha ricordato

---

<sup>548</sup> G. AZZARITI, *Op. cit.*, p. 645.

<sup>549</sup> G. CONTI, *Troppo presto per giudicare... ma con qualche premessa interpretativa generale. I ricorsi in via principale di cinque Regioni contro il c.d. "decreto sicurezza e immigrazione"* (Nota alla sentenza 194 del 2019 della Corte Costituzionale), in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 agosto 2019, evidenzia come in effetti le Regioni abbiano lamentato solo gli effetti intrinseci della riforma, mancando invece la dimostrazione della connessione con delle competenze riconnesse alle scelte che spettano unicamente allo Stato, che sarebbero state illegittimamente comprese. Più diffusamente sul concetto di ridondanza, inteso come la possibilità che la illegittimità della norma statale sia idonea a condizionare (e non a violare in via diretta) la sfera delle attribuzioni delle Regioni, condizionamento che legittima queste ultime al ricorso, si vedano C. PADULA, *Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza*, in *Consulta Online*, fasc. II/2019, pp. 386 ss.; D. TEGA, *I ricorsi regionali contro il decreto sicurezza: la ridondanza dalla difesa delle competenze allo scontro sui diritti*, *ivi*, 13 aprile 2019; A. RAUTI, *Il decreto sicurezza di fronte alla Consulta. L'importanza, le incertezze e il seguito della sentenza n. 194 del 2019*, in *Le Regioni*, fasc. 4/2019 pp., 1164 ss., che invece sulla questione si mostra critico sul rapporto tra il carattere ipotetico della questione e la ridondanza. Più precisamente, Egli evidenzia come il giudizio in via principale sia per sua natura astratto, ossia prescinda dall'applicazione concreta della norma e pertanto sarebbe poco coerente da parte della Corte pretendere che lo scrutinio si svolga come se si trattasse di un ricorso sollevato in via incidentale: «nel giudizio in via d'azione, sempre che si applichi lo schema della ridondanza, l'ipotesicità cambia volto e può dirsi eventualmente esistente solo laddove venga a mancare la premessa minore, ovvero il condizionamento sull'esercizio delle competenze regionali o, in senso lato, sulla sfera degli interessi regionali» (*ivi*, p. 1186).

che nulla vieta di continuare ad «erogare prestazioni anche agli stranieri in posizione di irregolarità (...) senza che ciò interferisca in alcun modo con le regole per il rilascio del permesso di soggiorno, che restano riservate alla legge statale sulla base della competenza esclusiva in materia di “immigrazione” e “diritto di asilo”».

Il d.l. 113 è intervenuto anche sugli aspetti procedurali del d.lgs. 25/08, rivedendo le disposizioni sull'udienza eventuale di cui all'art. 35 bis, co. 10 e 11 in riferimento ai giudizi di impugnazione del diniego o della revoca dei nuovi permessi di soggiorno di cui agli artt. 18, 18-*bis*, 19, co. 2, lett. *d*) e *d-bis*), 20-*bis*, 22, comma 12-*quater*, del TUI. In altri termini per il procedimento avente ad oggetto la protezione speciale è stato introdotto un rito ibrido, sommario di cognizione collegiale anziché monocratico che si svolge in camera di consiglio ove non si fa menzione della videoregistrazione e dei casi tassativi in cui deve essere fissata l'udienza. Tale opzione se da un lato è meritevole per aver eliminato la possibilità di sostituire l'udienza con una videoregistrazione, dall'altro lato è foriera di ulteriori criticità e irrazionalità, quale quella di una ulteriore duplicazione dei riti tramite l'assoggettamento «di una vicenda sostanziale unitaria, connotata dai medesimi fatti costitutivi, la cui qualificazione giuridica non può che essere rimessa all'autorità giurisdizionale nell'ambito di un procedimento che dovrebbe essere altrettanto unitario»<sup>550</sup>.

Il d.l. 113 è poi intervenuto anche sulle procedure “più celeri” previste accanto a quella ordinaria.

La procedura accelerata ha fatto la prima comparsa nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 142/2015 (contenente disposizioni di attuazione della direttiva procedure 2013/32/UE) all'art. 28 *bis*. Fino a quel momento il d.lgs. 25/2008 aveva mantenuto l'unitarietà della procedura, affiancandovi quella dell'esame prioritario all'art. 28 e della inammissibilità della domanda all'art. 29, con il seguente schema dalla data della formalizzazione della domanda di protezione, variamente rimodulato dalle successive modifiche alla materia: sette giorni per lo svolgimento dell'audizione davanti la Commissione territoriale e due giorni per l'adozione della decisione, il dimezzamento dei termini per la proposizione del ricorso in via giurisdizionale (quindici giorni, anziché trenta) e la mancanza di effetto sospensivo automatico del ricorso.

Con il d.lgs. 142/2015 lo schema dell'esame prioritario è applicato alle procedure accelerate, così individuate: al comma 1, il richiedente asilo trattenuto in un CPR, per il quale vige lo schema classico segnato; al comma 2 è previsto il raddoppio dei termini da applicarsi per i casi di: a) domanda manifestamente infondata<sup>551</sup>; b) domanda reiterata ai sensi dell'art. 29, co. 1, lett. b)<sup>552</sup>; c) domanda presentata dopo che il richiedente è stato fermato per aver eluso o tentato di eludere i controlli di frontiera, ovvero dopo essere stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare, al

---

<sup>550</sup> F.G. DEL ROSSO, L. PISONI, *Garanzie e principio di effettività del processo nella tutela del richiedente asilo*, in *Diritti senza confini*, 6 marzo 2019.

<sup>551</sup> In quanto il richiedente ha sollevato esclusivamente questioni che non hanno alcuna attinenza con i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale.

<sup>552</sup> Il richiedente ha reiterato identica domanda dopo che sia stata presa una decisione da parte della Commissione stessa senza addurre nuovi elementi in merito alle sue condizioni personali o alla situazione del suo Paese di origine.

solo scopo di ritardare o impedire l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento.

Con le modifiche introdotte dal d.l. 113 la procedura accelerata non riguarda più i casi sopra indicati, ma essa si estende anche allo straniero richiedente asilo trattenuto nelle strutture di cui all'art. 10 ter TUI, i c.d. *hotspot* (art. 28, co. 1, lett. c)<sup>553</sup>, se la domanda sia stata presentata dal richiedente proveniente da un Paese designato come di origine sicura ai sensi dell'articolo 2-bis (art. 28, co. 1, lett. c *ter*)<sup>554</sup>; se sia stata presentata direttamente alla frontiera o nelle zone di transito<sup>555</sup> di cui al comma 1-quater da chi sia stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli e nei casi di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c-ter. In tali casi la procedura può essere svolta direttamente alla frontiera o nelle zone di transito (art. 28 bis, co. 1 ter).

La procedura accelerata si connota, come visto, per una contrazione dei tempi e delle garanzie amministrative e giudiziarie, in particolare sotto il profilo giurisdizionale per il dimezzamento dei termini di impugnazione e la non automatica sospensione del provvedimento di rigetto della Commissione territoriale o nazionale. Sotto il profilo amministrativo l'esame della domanda va evaso in un termine massimo di quattordici giorni. Il d.l. 113 combina e moltiplica le ipotesi dell'esame prioritario (art. 28 d.lgs. 25/2008) e delle procedure accelerate (art. 28 bis d.lgs. 142/2015).

---

<sup>553</sup> Per il quale il procedimento è così strutturato: l'audizione si svolge dinanzi la Commissione entro sette giorni dall'invio degli atti da parte della Questura. Il provvedimento sarà emesso nei successivi due giorni e in caso di diniego il termine per presentare ricorso è dimezzato a quindici giorni, lo straniero avrà diritto di restare in Italia solo se presenta domanda di sospensione del diniego e questa gli venga accolta. La decisione del giudice verrà adottata *inaudita altera parte*, sulla base del ricorso presentato.

<sup>554</sup> I termini per proporre il ricorso in sede giudiziaria si dimezzeranno e la sospensione non sarà automatica solo se la domanda sarà valutata manifestamente infondata dalla Commissione. Se invece il richiedente proveniente da un Paese sicuro sia fermato alla frontiera o in una zona di transito si procederà secondo quanto previsto per tale ipotesi (vedi nota 336). In tal caso la procedura si rivela particolarmente afflittiva per il richiedente che entro pochi giorni dall'arrivo in Italia è chiamato a dar prova di gravi motivi di essere in pericolo in un Paese sicuro, in un momento di estrema vulnerabilità psico-fisica e con un bagaglio di informazioni molto ristretto in ordine alla procedura, ai diritti e doveri coinvolti. A proposito di astrusa tecnica legislativa, si noti che per la presentazione della domanda di sospensione del diniego il riferimento legislativo introdotto è poco chiaro, riferendosi all'art. 35 bis co. 3 lett. d, che rinvia all'art. 28-bis co. 1 ter, il quale a sua volta rinvia all'art. 28 co. 1 lett. c ter.

<sup>555</sup> Ai sensi dell'art. 28 bis, co. 1 *quater*, le zone di frontiera o di transito sono individuate con decreto del Ministro dell'interno. Nei casi previsti dalla medesima disposizione la procedura amministrativa potrà svolgersi direttamente nella zona di frontiera o di transito e il termine per presentare il ricorso nel caso di diniego è di trenta giorni, rimane la non automatica sospensione del diniego nella fase giudiziaria.

Ognuna di queste ipotesi presenta specifiche criticità, ma tutte e tre le opzioni si pongono in continuità con l'*hotspot approach*<sup>556</sup>, connotandosi come una estensione del medesimo<sup>557</sup>, tese anch'esse alla più celere distinzione tra richiedenti asilo e migranti economici.

L'ipotesi dei richiedenti trattenuti nei punti di crisi verrà analizzata nel prossimo capitolo. Qui ci soffermeremo sulle altre due ipotesi.

Il primo problema che emerge per i richiedenti che siano stati fermati dopo aver tentato di eludere la frontiera è quello di individuare specificamente cosa si intenda per tentativo di eludere i controlli, nozione che — se intesa in senso lato potrebbe ricomprendere buona parte dei migranti che attraversano la rotta mediterranea o balcanica, che difficilmente arrivano con un visto d'ingresso. Così come si sarebbe dovuto specificare cosa s'intenda per "frontiera e valichi". L'interpretazione più aderente alla fonte UE è intendere per frontiera «necessariamente il luogo di prossimità fisica con il confine territoriale con un territorio non europeo» e per zone di transito «gli aeroporti e i porti internazionali, dove per convenzione esistono dei passaggi dal vettore aereo o marino al territorio italiano che rappresentano di fatto una frontiera virtuale, perché immettono la persona proveniente da Paese extra Schengen in territorio italiano»<sup>558</sup>. Infatti l'art. 43, par. 3, della direttiva 2013/32/UE che recita significativamente «Nel caso in cui gli arrivi in cui è coinvolto un gran numero di cittadini di Paesi terzi o di apolidi che presentano domande di protezione internazionale alla frontiera o in una zona di transito, rendano all'atto pratico impossibile applicare ivi le disposizioni di cui al paragrafo 1, dette procedure si possono applicare anche nei luoghi e per il periodo in cui i cittadini di paesi terzi o gli apolidi in questione sono normalmente accolti nelle immediate vicinanze della frontiera o della zona di transito», da cui si ricava che non possono considerarsi zone di frontiera e transito quelle non fisicamente poste ai confini della nazione.

Tra le modifiche di maggior rilievo rientra l'introduzione dell'art. 2 *bis* e la nozione di «Paesi di origine sicuri»<sup>559</sup>, strumento previsto dall'art. 37 della Direttiva 2013/32/UE che l'Italia mai aveva scelto di recepire. Si tratta — come esplicitato dalla circolare del Ministro dell'Interno 83774/2018 — di «uno "strumento di semplificazione" previsto dalla normativa europea (direttiva 2013/32/UE), (...) da adottarsi con decreto del Ministro degli Affari Esteri, di concerto con i Ministri

---

<sup>556</sup> Introdotta in UE con l'Agenda Europea sulla migrazione, Bruxelles, 13.5.2015 COM(2015) 240 final e in Italia dalla *Road Map* del 28 settembre 2015 e le *Standard Operating Procedures* del Marzo 2016.

<sup>557</sup> S. FACHILE, A. MASSIMI, L. LEO, *Le nuove procedure accelerate: lo svilimento del diritto di asilo*, in *Diritti senza confini*, 3 novembre 2019.

<sup>558</sup> *Ibidem*.

<sup>559</sup> F. VENTURI, *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 c.d. «Decreto Sicurezza» (d.l. 113/2018)*, in *Dir. Imm. e Citt.*, fasc. 2/2019, pp. 147 ss. (spec. p. 150). Tale strumento, ricorda lo studioso, «è collocato dagli studiosi europei tra le c.d. "non-entrée practices", e cioè tra quei "relatively invisible [...] means to ensure that refugees are never in a position to assert their legal right to protection"».

dell'Interno e della Giustizia<sup>560</sup> (...)), continua la circolare, precisando che la funzione assegnata a tale lista è di introdurre una «presunzione *iuris tantum* di manifesta infondatezza dell'istanza, cui sono connessi l'esame prioritario e una procedura accelerata, con inversione dell'onere della prova a carico del richiedente in ordine alle condizioni di “non sicurezza” del Paese stesso in relazione alla propria situazione particolare». Per i cittadini stranieri di quei Paesi “sicuri” (o per gli apolidi che vi abbiano in precedenza abitualmente soggiornato) si attiverà una procedura accelerata ai sensi dell'art. 28 *ter*, co. 1 lett. *b* del d.lgs. 25, che fortemente penalizza il richiedente sul quale incomberà l'onere di dimostrare i «gravi motivi per ritenere che quel Paese non è sicuro per la situazione particolare in cui lo stesso richiedente si trova» (art. 9, co. 2-bis), ma essendo il caso privo di un esame approfondito, a causa delle contrazioni procedurali e giudiziarie già viste, l'*iter* della sua procedura cambia divenendo prioritario e accelerato (art. 28, co. 1 lett. *c-ter* e co. 1 bis).

L'aggravamento dell'onere probatorio va osservato in duplice prospettiva: da un lato non si tratta di una “semplice” inversione, non bastando infatti che il richiedente dimostri i «ragionevoli motivi» che inducano a ritenere non sicuro il Paese di origine, essendo richiesta una prova ulteriore, quella dei «gravi motivi»; dall'altro non va poi trascurato il valore simbolico che assume la lista dei Paesi sicuri per chi è chiamato a valutare la domanda: «una diffidenza definita altrove “*culture of disbelief*”, tale da

---

<sup>560</sup> La valutazione deve ancorarsi ai criteri elaborati ai commi 2 e 3 dell'art. 2 *bis*, ossia «se, sulla base del suo ordinamento giuridico, dell'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico e della situazione politica generale, si può dimostrare che, in via generale e costante, non sussistono atti di persecuzione (...), né tortura o altre forme di pena o trattamento inumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale. La designazione di un Paese di origine sicuro può essere fatta con l'eccezione di parti del territorio o di categorie di persone» e la misura in cui è offerta protezione contro le persecuzioni ed i maltrattamenti attraverso: «a) le pertinenti disposizioni legislative e regolamentari del Paese ed il modo in cui sono applicate; b) il rispetto dei diritti e delle libertà stabiliti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (...), nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (...), e nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 10 dicembre 1984, in particolare dei diritti ai quali non si può derogare a norma dell'articolo 15, paragrafo 2, della predetta Convenzione europea; c) il rispetto del principio di cui all'articolo 33 della Convenzione di Ginevra; d) un sistema di ricorsi effettivi contro le violazioni di tali diritti e libertà». Per finire tale lista di Paesi sicuri verrà compilata ai sensi del comma 4 sulla base delle informazioni fornite dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo e su altre fonti di informazione, comprese in particolare quelle fornite da altri Stati membri dell'Unione europea, dall'EASO, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti. Una critica puntuale ai criteri indicati è svolta da F. VENTURI, *Op. cit.*, pp. 159-167, ove si dà evidenza «(del)l'opacità del processo decisionale con cui si perviene alla designazione (co. 1); l'estrema (e, tuttavia, apparentemente ineludibile) vaghezza dei criteri sulla base dei quali operare suddetta designazione (co. 2 e 3); l'anomalia di un approccio che si focalizza, nel contesto della tutela di un diritto individuale qual è quello di asilo, su una valutazione di sicurezza «in via generale e costante» (co. 2); la genericità (e, quindi, la scarsa affidabilità) delle informazioni su cui fondare suddetta valutazione (co. 4)» (*ivi*, p. 164).

condurre al venir meno di qualsivoglia possibilità per il richiedente di essere considerato credibile»<sup>561</sup>.

L'aporia costituzionale che si verifica con la previsione della lista è evidente, giacché il presupposto del diritto di asilo è l'effettività dell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche, al di là di ciò che accade in generale nel Paese di origine o di come è valutato il sistema dei diritti umani nell'ordinamento del Paese di provenienza dell'immigrato. Questi scrutini sono sì importanti, ma non possono in alcun modo sostituire l'esame approfondito della situazione effettiva che riguarda lo straniero, i cui diritti potrebbero esser ugualmente compressi in un Paese e considerato in generale rispettoso dei diritti umani. Si pensi ad esempio alla criminalizzazione dell'orientamento sessuale in Paesi considerati sufficientemente democratici e con uno *standard* di sicurezza medio-alto, come il Senegal o il Marocco, entrambi appunto perciò sicuri secondo il d.m.

Per il momento, con decreto attuativo del 4 ottobre 2019<sup>562</sup>, sono stati individuati come sicuri Albania, Algeria, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Senegal, Serbia, Tunisia e Ucraina, senza utilizzare l'eccezione prevista all'art. 2 bis, co. 2, cioè quella di escludere determinate parti di territorio o di categorie.

L'adozione dell'elenco non ha tuttavia il solo effetto trasformare il momento di tutela procedurale del diritto del richiedente asilo, con gli aggravati esaminati, ma di impingere in incompatibilità costituzionale rispetto alla riserva di legge prevista dall'art. 10, co. 3, nonché al divieto di discriminazione su base nazionale dei

---

<sup>561</sup> *Ivi*, p. 166.

<sup>562</sup> Se ne può leggere una nota critica sul sito di ASGI, da parte di F. VENTURI, *L'istituto dei "Paesi di origine sicuri" e il decreto attuativo del 4 ottobre 2019: una "storia sbagliata"*, 18.11.2019. Sul punto si veda anche A. DEL GUERCIO, *Dal decreto Minniti-Orlando al decreto Salvini: decretazione d'urgenza, securitizzazione della politica d'asilo e compressione dei diritti fondamentali. Quando la legge genera vulnerabilità*, in A. D'Angiò, M. Visconti (a cura di), *Persone fragili. La vita psichica dei migranti forzati tra cura ed esclusione*, Napoli, Guida Editori, 2018, pp. 49 ss., la quale — a dimostrazione di quanto sia controversa la nozione — considera due elementi: la circostanza che tali liste si differenziano da Paese membro a Paese membro e quella per cui i tassi di riconoscimento della protezione internazionale variano notevolmente anche per le persone provenienti dallo stesso Paese. La studiosa conclude sottolineando inoltre che, secondo l'UNCHR, un Paese di origine non può considerarsi sicuro se da esso proviene un elevato numero di domande di protezione internazionale. In senso critico si legga anche P. BONETTI, *L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, in Ius migrandi, cit., pp. 751-804, il quale individua tre profili di incostituzionalità: l'esercizio effettivo del diritto costituzionale verrebbe scalfito dalle presunzioni relative e le compressioni procedurali; la violazione della riserva di legge prevista dall'art. 10, co. 2 Cost., dal momento che il d.m. in questione «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» (*ivi*, p. 799); la mancata previsione dell'effetto sospensivo automatico, il che potrebbe determinare che nelle more del rimpatrio sia riconosciuto il diritto di asilo allo straniero che in Patria stia subendo un trattamento inumano e degradante.

richiedenti asilo previsto espressamente all'art. 3 della Convenzione di Ginevra del 1951, la giurisprudenza<sup>563</sup> della Corte Edu.

Infine nel d.l. sono state introdotte ulteriori ipotesi di procedure accelerate: all'art. 28 *ter*<sup>564</sup>, che ha ampliato la categoria delle domande da considerarsi manifestamente infondate e quelle per le domande d'asilo reiterate<sup>565</sup> (art. 29). Per quest'ultimo infatti, dopo la trasmissione prioritaria della domanda in Commissione, è prevista una prima verifica del Presidente, che valuterà se sono stati presentati "nuovi elementi". In caso di esito positivo il richiedente verrà sentito dalla Commissione, se invece non si ravvisano nuovi elementi, la domanda sarà dichiarata dalla Commissione (collegialmente quindi) inammissibile. Il richiedente non ha tuttavia la possibilità di integrare la domanda con nuove osservazioni, poiché egli non verrà coinvolto nel corso di questa primissima fase procedimentale, egli verrà solo raggiunto o da un diniego per inammissibilità o dalla convocazione per l'audizione. La disposizione è così incompatibile con l'art. 42, co. 3, della direttiva 2013/32/UE, che al contrario prevede un duplice dovere di informazione nei confronti del richiedente: il primo circa l'esito dell'esame preliminare, il secondo circa le motivazioni poste a fondamento della decisione di inammissibilità e le modalità di impugnazione e/o revisione della decisione stessa.

Particolarmente sfavorevole è poi la posizione dello straniero che presenti domanda reiterata in presenza di un provvedimento di allontanamento, per esso con circolare ministeriale del due gennaio 2019 è stata introdotta l'esclusione dell'esame della domanda perché – si legge nella circolare – opera «una presunzione di strumentalità correlata alla concomitanza di due condizioni riferite l'una alla preesistenza di una decisione definitiva sulla domanda precedente e l'altra alla circostanza che sia iniziata l'esecuzione del provvedimento espulsivo».

Il d.l. non solo infoltisce la lista delle fattispecie incriminatrici ostative alla conservazione o all'acquisizione dello *status* di rifugiato o della protezione

---

<sup>563</sup> Corte Edu, Sez. III, *Salah Sheekh v. The Netherlands*, 11 gennaio 2007.

<sup>564</sup> La domanda è considerata manifestamente infondata, quando ricorra una delle seguenti ipotesi: a) il richiedente ha sollevato esclusivamente questioni che non hanno alcuna attinenza con i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale; b) proviene da un Paese designato di origine sicuro; c) ha rilasciato dichiarazioni palesemente incoerenti e contraddittorie o palesemente false, che contraddicono informazioni verificate sul Paese di origine; d) ha indotto in errore le autorità presentando informazioni o documenti falsi o omettendo informazioni o documenti riguardanti la sua identità o cittadinanza che avrebbero potuto influenzare la decisione negativamente, ovvero ha dolosamente distrutto o fatto sparire un documento di identità o di viaggio che avrebbe permesso di accertarne l'identità o la cittadinanza; e) è entrato illegalmente nel territorio nazionale, o vi ha prolungato illegalmente il soggiorno, e senza giustificato motivo non ha presentato la domanda tempestivamente rispetto alle circostanze del suo ingresso; f) ha rifiutato di adempiere all'obbligo del rilievo dattiloscopico; g) si trova in condizioni di trattenimento. La procedura amministrativa si abbrevia a quattordici giorni per l'audizione e altri cinque per la decisione, quella giurisdizionale con il dimezzamento dei termini a quindici giorni e la non automatica sospensione del diniego.

<sup>565</sup> Uno studio analitico sul punto è quello di T.V. SANTANGELO, *Le principali novità in materia di domanda reiterata*, in *I profili di illegittimità costituzionale del Decreto Salvini*, cit., pp. 55 ss.

internazionale<sup>566</sup>, in caso di condanna irrevocabile, ma introduce all'art. 32, co. 1 bis, la procedura accelerata anche per il richiedente asilo sottoposto a procedimento penale per uno dei reati di cui agli articoli 12, comma 1, lettera c), e 16, comma 1, lettera d-bis), del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251. In caso di rigetto della domanda, egli ha in ogni caso l'obbligo di lasciare il territorio nazionale, anche in pendenza di ricorso avverso la decisione della Commissione. Rilevanti sono i profili di incompatibilità<sup>567</sup> con il diritto alla difesa sancito dall'art. 24 Cost. e con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, co. 2, che verrebbero ad esser limitati solo in ragione della nazionalità del soggetto indagato o imputato, contrariamente alle previsioni costituzionali che non fanno distinzione tra cittadino e non cittadino. Il d.l. riscriverebbe insomma così la formulazione dell'art. 27: «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva, salvo che non si tratti di uno straniero»<sup>568</sup>.

Il combinato delle disposizioni qui analizzate con quelle di cui si è detto al paragrafo precedente, introdotte dal d.l. 13/2017, evidenzia un affievolimento del diritto d'azione e difesa del richiedente asilo, con un collegamento quanto mai stretto tra diritto processuale e sostanziale che minaccia l'universalità e l'effettività dell'asilo, attraverso un progressivo indebolimento, svuotamento e precarizzazione della disciplina giuridica. Il sacrificio della procedura amministrativa non è compensato da una corrispettiva fase giurisdizionale equilibratrice.

La moltiplicazione delle procedure accelerate, combinate con l'esame prioritario delle domande d'asilo determinatasi con il decreto, introduce un numero eccessivo di eccezioni alla regola generale della procedura ordinaria. Potrebbe quasi affermarsi che il rapporto sia oramai invertito: «il rischio è di vedere sempre più marginalizzata la c.d. procedura ordinaria, utilizzata in maniera residuale per categorie specifiche di richiedenti asilo, come quelli provenienti da Paesi in evidente odore di protezione internazionale o per i minori stranieri non accompagnati oppure i soggetti vulnerabili, creando categorie di richiedenti asilo di serie A e di serie B»<sup>569</sup>.

Gli altri profili allarmanti introdotti dal d.l. 113 riguardano la cittadinanza. In particolare è stato allungato il termine ordinatorio (da ventiquattro a quarantotto mesi) entro cui può ora essere respinta la domanda d'acquisizione della cittadinanza

---

<sup>566</sup> Sull'ampliamento dei reati ostativi all'accesso alla protezione internazionale un'attenta disamina è svolta da L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *La legislazione penale, Studi*, 24.7.2019, l'A. evidenzia che la direttiva qualifica ammette sì la possibilità di revocare lo *status* di rifugiato concesso allo straniero che abbia commesso reati, ma solo quando vi siano gravi motivi per ritenerlo pericoloso per la sicurezza dello Stato, oppure quando egli sia stato condannato in via definitiva per un reato di particolare gravità, previsioni contenute nell'originaria formulazione dell'art. 12 del d.lgs. 251/2007. È discutibile che integrino i reati di particolare gravità quelli introdotti con il d.l. 113, taluni di essi non ascrivibili ai reati di particolare gravità, come il furto in abitazione oppure la violenza o minaccia ad un pubblico ufficiale, considerata la fascia bassa della dosimetria sanzionatoria.

<sup>567</sup> A. ALGOSTINO, *Op. cit.*, p. 190; C. RUGGERO, *Op. cit.*, p. 15.

<sup>568</sup> G. AZZARITI, *Op. cit.*, p. 647.

<sup>569</sup> N. MORANDI, *Le procedure accelerate per l'esame della domanda di protezione internazionale: analisi dell'art. 28-bis d.lgs. 25/2008*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2020, pp. 146 ss. (spec. p. 191)

italiana per matrimonio o concessione di legge, con l'art. 9 *ter* l. 91/1992. Più preoccupante ancora è l'introduzione dell'art. 10-bis l. 91/1992, sulla revoca della cittadinanza acquistata per elezione, matrimonio o naturalizzazione nel caso di condanna definitiva per i reati di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), n. 4, c.p.p., nonché per le fattispecie previste dagli artt. 270-ter e 270-quinquies.2 c.p.. La disposizione introdurrebbe una cittadinanza diseguale, con violazione *in primis* dell'art. 3, ma anche dell'art. 22, se tra i "motivi politici" si facessero rientrare quelli di natura razziale o provenienza geografica; infine vi sarebbe anche la violazione della Convenzione di New York del 1954 e sulla riduzione dell'Apolidia del 1961, ove si immagini l'ipotesi della revoca della cittadinanza italiana non corrisponda la ri-acquisizione della cittadinanza originaria, determinando così lo stato di apolidia<sup>570</sup>. Nel d.l. è presente una forte recrudescenza della detenzione amministrativa<sup>571</sup>, sia in rapporto all'allungamento del termine massimo nei CPR con l'ennesima modifica all'art. 14, co. 5 TUI, prolungato a centottanta giorni, sia per la moltiplicazione delle ipotesi di trattenimento (che verranno studiate nel prossimo capitolo), inoltre è introdotto il trattenimento del richiedente asilo «per la determinazione o la verifica dell'identità e della cittadinanza», da realizzarsi negli *hotspot* o nei Centri governativi di prima accoglienza, per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni. Sempre per fini identificativi, il trattenimento del richiedente asilo può estendersi fino a centottanta giorni nei CPR. Infine, per lo straniero espellendo si moltiplicano anche i luoghi del trattenimento: quando per la esecuzione dell'espulsione non vi sia disponibilità nei CPR, essa può realizzarsi «in strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza» (sino alla definizione del procedimento di convalida), nonché «in locali idonei presso l'ufficio di frontiera» (in attesa dell'esecuzione dell'effettivo allontanamento), in totale spregio alla garanzia della riserva di legge sancita dall'art. 13, co. 2 sui casi e modi della restrizione della libertà personale.

### 5.3 (segue) Il binario dell'integrazione nel d.l. 113/2018

Le altre disposizioni costituzionalmente critiche introdotte dal decreto in esame che pure riguardano direttamente il richiedente asilo sono quelle relative alla riscrittura del sistema di accoglienza e quelle relativa al divieto d'iscrizione anagrafica, norme che più propriamente fanno leva sul binario dell'integrazione.

L'accoglienza<sup>572</sup> costituisce la base delle politiche con cui l'Italia gestisce i processi di integrazione del richiedente asilo, l'ordinamento italiano con il d.lgs. 142/2015 ha recepito direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti

---

<sup>570</sup> *Ibidem*.

<sup>571</sup> Per un'introduzione al tema si legga A. ALGOSTINO, *Op. cit.*, p.182 ss.

<sup>572</sup> Per una panoramica di carattere generale sul sistema italiano di accoglienza si rinvia a J. WOELK, F. GUELLA, G. PELACANI, *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell' "emergenza immigrazione"*. *La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale*, Quaderni della facoltà di giurisprudenza, Università di Trento, 2016; S. PENASA, *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, in *Dir., Imm. e Città*, fasc. 1/2017; M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario*. cit.

protezione internazionale. La direttiva accoglienza è lo strumento adottato dall'UE per armonizzare le condizioni di accoglienza dei richiedenti, che dovrebbero essere tali da garantire un livello di vita dignitoso e condizioni di vita analoghe in tutti gli Stati membri.

Il sistema d'accoglienza italiano sembra replicare l'approccio emergenziale che connota le politiche di immigrazione. Su impulso dell'UE si è tuttavia affiancato un approccio più sistematico, tramite il coinvolgimento dei diversi livelli di governo.

Più precisamente l'art. 8 del d.lgs. 142 definisce un sistema di accoglienza che si basa sulla leale collaborazione tra i livelli di governo interessati, secondo le forme di coordinamento nazionale e regionale. Sedi di confronto sono state individuate nel Tavolo di coordinamento nazionale e nei Tavoli regionali, nonché attraverso il coinvolgimento della Conferenza unificata. Un ruolo specifico è riconosciuto anche agli enti del Terzo settore, il sistema di accoglienza mette in luce quindi dinamiche di governo più decentrate, per cui si parla di *multi-level governance*<sup>573</sup> definizione che indica l'intreccio tra la dimensione verticale (centro periferia) e la dimensione orizzontale (la relazione tra attori pubblici e privati).

Il sistema accoglienza è articolato in più fasi che vanno dalle misure di primo soccorso e assistenza all'esame della domanda, sia nella fase amministrativa che giudiziaria. Le funzioni di soccorso e prima assistenza, nonché di identificazione continuano ad essere svolte nelle strutture allestite ai sensi del decreto-legge 451/1995, convertito dalla legge 563/1995 (CAS e centri di prima accoglienza). Alla fase preliminare di primo soccorso, assistenza e identificazione (art. 8), segue la c.d. prima accoglienza all'interno dei Centri governativi (art. 9) e/o nelle strutture temporanee autorizzate dal Prefetto (CAS), nel caso di indisponibilità nei primi (art. 11). La prima fase è seguita dalla c.d. seconda accoglienza, che prima del d.l. 113 si realizzava nel *Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati* (d'ora innanzi SPRAR, art. 14). Tale rete era rivolta ad accogliere il richiedente che aveva formalizzato la domanda e che risulta privo di mezzi sufficienti a garantire una qualità di vita adeguata per il sostentamento proprio e dei propri familiari. Il modello SPRAR, pur con le criticità connesse alla limitatezza<sup>574</sup> dei posti, è stato riconosciuto a livello europeo come modello di buone pratiche di integrazione, nell'interesse non solo dei rifugiati ma anche delle comunità che li ospitano. Esso infatti ha prodotto un'accoglienza integrata, basata su un "approccio olistico"<sup>575</sup> ai servizi, che vanno

---

<sup>573</sup> Si veda in proposito il saggio di F. CAMPOMORI, *La governance multilivello delle politiche di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati in Italia*, in *Istituzione del Federalismo*, n. 1/2019, pp. 5 ss.

<sup>574</sup> L'art. 11 del d.lgs 142 prevede che, nel caso in cui sia temporaneamente esaurita la disponibilità di posti all'interno centri governativi e dello Sprar l'accoglienza possa essere disposta nelle strutture temporanee. Per le quali è richiesto soltanto il soddisfacimento delle "esigenze essenziali di accoglienza". Il numero limitato dei posti ha fatto sì che il sistema di accoglienza si continuasse a reggere sui centri governativi, attivati dai Prefetti e dati in gestione a enti del Terzo settore ma anche a privati, come i proprietari di strutture alberghiere.

<sup>575</sup> F. BIONDI DAL MONTE, *I richiedenti asilo e i diritti dell'integrazione*, in *Riv. Dir. Cost., Migrazioni*, cit., pp. 113 ss., secondo la quale il modello di integrazione siffatto risulta essere

dalla mediazione linguistica all'inserimento lavorativo e abitativo della persona, alla tutela psico-socio-sanitaria. Servizi volti all'acquisizione dell'autonomia della persona, incentrata in un contesto locale di dimensioni ridotte.

Gli SPRAR a differenza dei centri governativi e prefettizi erano gestiti dagli Enti Locali, la rete di monitoraggio e supporto tecnico affidata all'ANCI e per il finanziamento delle attività svolte all'interno del sistema di protezione è istituito un "Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo". Mentre le condizioni materiali di accoglienza all'interno dei centri governativi sono fortemente legate allo *Schema di capitolato per la gara di appalto per la fornitura dei beni e servizi relativo alla gestione e al funzionamento dei centri di prima accoglienza* adottato dal Ministero dell'interno. L'ultimo schema di capitolato del 2018<sup>576</sup> si è connotato per una significativa diminuzione delle risorse<sup>577</sup>, ribassando così significativamente la quantità e la qualità dei servizi erogati, escludendo tra gli altri l'insegnamento della lingua italiana e la formazione atta ad agevolare l'accesso al mondo del lavoro.

La riscrittura del sistema SPRAR<sup>578</sup> ha riguardato anzitutto la sua denominazione, modificata in SIPROIMI *Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati*. La nuova denominazione è indicativa delle categorie di persone che vi possono accedere, passando così da un sistema che accoglieva i richiedenti e i titolari di protezione internazionale e umanitaria, a un sistema rivolto solo a coloro cui sia stata riconosciuta una delle vigenti forme di protezione<sup>579</sup> e ai minori stranieri non accompagnati. Sono esclusi dalla platea dei beneficiari i titolari di protezione umanitaria e i richiedenti protezione internazionale. Sono eliminati inoltre taluni servizi come quello previsto dall'art. 22, co. 3 del d.lgs. 142/2015 (abrogato), che disciplina il lavoro e la formazione professionale per i richiedenti asilo, il comma abrogato prevedeva, per questi ultimi, la possibilità di frequentare

---

particolarmente qualificato non solo per i servizi offerti ma perché getta le basi di una futura convivenza integrata sul territorio.

<sup>576</sup> *Nuovo Schema di Capitolato di appalto dei servizi di accoglienza* contenuto nella circolare 14810 del 21 novembre 2018 del Ministro dell'interno.

<sup>577</sup> Sul punto è possibile consultare il documento di Action Aid e openpolis, *La sicurezza dell'esclusione – Centri d'Italia 2019*, aggiornato a febbraio 2020.

<sup>578</sup> Per un approfondimento completo si rinvia a M. GIOVANNETTI, *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*, in *Dir. Imm. e Citt.*, fasc. 1/2019, pp. 1 ss.; F. GUELLA, *Sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e disposizioni in materia di iscrizione anagrafica nel c.d. Decreto Sicurezza*, in *Osservatorio AIC*, n. 1-2/2019, pp. 48 ss.; N. VETTORI, *Servizio pubblico di accoglienza e diritti fondamentali dei richiedenti asilo. Profili di illegittimità della riforma introdotta dal d.l. n. 113/2018*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2019, pp. 135 ss.; F. RESCIGNO, *Il diritto d'asilo e la sua multiforme (non) applicazione*, ivi, fasc. 3/2020, pp. 99 ss.

<sup>579</sup> I titolari di permesso per motivi di protezione sociale (ex art. 18); per vittime di violenza domestica (ex art. 18-bis), per vittime di particolare sfruttamento lavorativo (ex art. 22, co. 12- quater, a condizione che non accedano a sistemi di protezione specificamente dedicati); i titolari di permesso di soggiorno per cure mediche (ex art. 19, co. 2, lett. d-bis), per calamità naturale (ex art. 20-bis); per atti di particolare valore civile (ex art. 42-bis). L'art. 12 del d.l. non ricomprende nell'elenco i titolari di permesso di soggiorno per casi speciali (ex art. 9, d.l. n. 113/2018) e di permesso per protezione speciale (ex art. 19, co. 1).

corsi di formazione professionale, eventualmente previsti dal programma dell'ente locale nell'ambito del servizio territoriale di accoglienza.

L'effetto prodotto è stato quello di invertire il paradigma accoglienza straordinaria/ordinaria, «centralizzando di fatto l'accoglienza e trasformando in "ordinaria" l'accoglienza presso strutture governative o temporanee sino ad oggi considerata una misura straordinaria»<sup>580</sup>. Con il passaggio inoltre da un sistema unico di accoglienza (che al suo interno si distingueva per fasi) a un duplice sistema basato sullo *status*<sup>581</sup>.

Tra le modifiche peggiorative del nuovo sistema Siproimi vi è la riformulazione dei co. 2 e 3 dell'art. 1 *sexies* d.l. 416/1989, disciplinante le modalità di finanziamento per i centri gestiti dagli enti locali. Nella nuova formulazione dell'art. 1 *sexies*, co. 2 «non viene specificata la periodicità dell'assegnazione delle risorse ed è eliminato il riferimento legislativo alla quota parte di sostegno finanziario ai servizi assicurati dagli Enti locali mediante l'utilizzo delle risorse iscritte nel Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo»<sup>582</sup>. È stata così smantellata la *best practice* dell'accoglienza domestica per via finanziaria, dapprima in via amministrativa col Capitolo poi in via normativa con il d.l. 113.

Come per la protezione umanitaria la Corte Cost. ha avuto occasione di pronunciarsi anche sul sistema di accoglienza, relativamente alle modifiche passate in rassegna. Anche in questo caso la Consulta ha fatto salve le ultime, rispetto alle doglianze regionali assumendo che «il sistema territoriale di accoglienza resta sostanzialmente invariato, per quanto riguarda la sua organizzazione, l'ampiezza della rete territoriale e le modalità di accesso a tale sistema da parte degli enti locali. Oggetto di modifica risulta essere la platea dei soggetti ammessi a beneficiare dell'accoglienza territoriale». Le norme impugnate non vietano a Regioni, Province e Comuni di continuare esercitare, anche a favore dei richiedenti asilo – al di fuori del sistema territoriale di accoglienza – le proprie attribuzioni legislative o amministrative, nelle materie di competenza concorrente o residuale. I problemi di natura finanziaria e il reperimento di nuove risorse necessarie non attengono all'illegittimità costituzionale delle modifiche intervenute esse riguarderebbero piuttosto il ricorso al potere di spesa, che il legislatore statale ha esercitato in settori di sua esclusiva competenza. Altro attacco al processo di integrazione del richiedente asilo sul territorio è quello derivato dalla riscrittura della norma sulla residenza anagrafica dei richiedenti asilo, in particolare l'art. 4, co. 1 bis d.lgs. 142/15, modificato dall'art. 13, co. 1 lett. a), n. 2, del decreto 113. «Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, e dell'articolo 6, comma 7, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.», e ancora la sostituzione dell'art. 5, co. 3 del d. lgs. 142/2015, sancendo che «L'accesso ai servizi erogati<sup>583</sup> sul territorio ai sensi delle norme vigenti è assicurato

---

<sup>580</sup> M. GIOVANNETTI, *Op. cit.*, p. 27.

<sup>581</sup> *Ibidem*.

<sup>582</sup> *Ibidem*.

<sup>583</sup> D. CONSOLI, N. ZORZELLA, *L'iscrizione anagrafica e l'accesso ai servizi territoriali dei richiedenti asilo ai tempi del salvinismo*, in *Questione giustizia*, 8 gennaio 2019, che precisano come la norma non distingue tra servizi erogati dalla pubblica amministrazione e servizi di pertinenza di

nel luogo di domicilio individuato ai sensi dei commi 1 e 2.»; al comma 4, le parole «un luogo di residenza» sono diventate «un luogo di domicilio». Infine, è stato abrogato l'art. 5 *bis* che stabiliva l'iscrizione obbligatoria nell'anagrafe della popolazione residente del richiedente protezione internazionale ospitato nei centri di accoglienza se non vi risultava già iscritto individualmente.

Il combinato disposto delle modiche legislative non ha introdotto un divieto esplicito di iscrizione anagrafica, essa ha operato in maniera diversa escludendo tra le tipologie di permesso utile all'iscrizione anagrafica quello per “richiesta asilo”. Invero il tentativo di ostacolare l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo (e più in generale degli stranieri) sul territorio era già stato compiuto a livello locale<sup>584</sup>, in alcune case comunali (cfr. *infra* cap. 2, par. 4.1) era infatti invalsa la prassi di richiedere una documentazione eccedente oltre quella prevista dalla disciplina statale. Così il legislatore ha sentito la necessità di intervenire a definire la diatriba, con l'introduzione dell'art. 5 *bis*<sup>585</sup> nel d.lgs. 142/2015 tramite il d.l. 13/2017 (la norma abrogata dal d.l. 113).

Per inquadrare correttamente il problema è necessario introdurre poche ma essenziali categorie civilistiche, in particolare la funzione dei registri anagrafici è quella di fornire una fotografia della popolazione che si trova sul territorio comunale e della sua composizione. L'iscrizione anagrafica è la “registrazione amministrativa” del luogo in cui si ha la residenza civilisticamente intesa ai sensi dell'art. 43 c.c., essa è un atto di natura meramente ricognitiva e all'uopo il Nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente<sup>586</sup> non menziona il possesso di “titoli” per procedervi. Ad essa si procede mediante dichiarazione dell'interessato (art. 13), una successiva fase di accertamenti d'ufficio e infine comunicazione degli uffici di stato civile. Per coloro i quali si trasferiscono dall'estero, quindi anche i richiedenti asilo, è previsto l'obbligo di esibire il “il passaporto o altro documento” che insieme alla regolarità del suo soggiorno<sup>587</sup> sono le uniche condizioni cui può subordinarsi l'attività di registrazione (art. 14).

---

soggetti privati, quali le banche, le assicurazioni, le agenzie immobiliari, e così via. Anche questi ultimi saranno quindi legati al luogo del domicilio.

<sup>584</sup> Sul punto cfr. S. ROSSI, *Residenza (e domicilio)*, in *Dizionario dei Diritti degli Stranieri*, cit., p. 622 ss., che a tal proposito parla di “frammentazione delle politiche di residenza”, per indicare quelle ordinanze sindacali che rendono disomogenea la condizione giuridica dello straniero, poiché per lo svolgimento della medesima procedura amministrativa – in tal caso l'iscrizione anagrafica – vengono stabiliti differenti requisiti da ente locale a ente locale.

<sup>585</sup> Il richiedente protezione internazionale ospitato nei centri di cui agli articoli 9, 11 e 14 è iscritto nell'anagrafe della popolazione residente ai sensi dell'articolo 5 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, ove non iscritto individualmente.

<sup>586</sup> Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, così come modificato dal d.P.R. 17 luglio 2015, n. 126.

<sup>587</sup> Nella scheda anagrafica degli stranieri devono essere indicati anche gli estremi del documento di soggiorno (art. 20, comma 2, d.P.R. 223/1989).

Dietro quella che sembra essere una banale operazione di carattere burocratico in realtà si cela la porta d'accesso<sup>588</sup> a tutti quei diritti (come l'iscrizione al SSN, l'istruzione e così via) e servizi sociali che dipendono da tale iscrizione, oltre che sull'acquisito della cittadinanza italiana<sup>589</sup> una volta conseguito lo *status*.

Vi è da dire poi che la norma riguarda la sola categoria dei richiedenti asilo, poiché è fatto salvo l'art. 6, co. 7 TUI. Disposizione che prevede che le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con le modalità previste dal regolamento di attuazione. L'estromissione dei richiedenti asilo dal registro della popolazione residente ha dunque introdotto anche un profilo di ineguaglianza con gli altri stranieri.

La vicenda della residenza anagrafica è stata fucina di un grande fermento giuridico che si è concluso di recente con la dichiarazione di illegittimità costituzionale con la sentenza del 31 luglio 2020, n. 186, passando prima per la sentenza del 24 luglio 2019, n. 194.

Prima di arrivare allo scrutinio della Corte, vi sono stati vari tentativi di ricondurre la norma alla legalità costituzionale, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata<sup>590</sup> dell'art. 5, co. 3 d.lgs. 142/2015, che ammetteva l'accesso ai servizi erogati sul territorio per mezzo del domicilio, sostituito così alla residenza.

Le regioni sono state tra le prime protagoniste indiscusse<sup>591</sup> del fermento giuridico creatosi intorno ai profili di dubbia legittimità del decreto Salvini I. Proprio rispetto alla questione della residenza anagrafica il primo intervento della Corte, con relativa inammissibilità, è giunto su impulso dei ricorsi regionali nella sentenza 194 citata. In essa la Consulta non fa nessun riferimento all'interpretazione conforme appena enunciata, che avrebbe potuto «disinnescare, sotto tale profilo, non solo i ricorsi regionali, ma anche, in futuro, le questioni poste in sede di giudizio in via

---

<sup>588</sup> S. ROSSI, *Declinazioni della dignità sociale*, cit., scrive che «il diritto alla residenza veicola il contenuto di altri diritti - sociali e civili - che rappresentano la cinghia di trasmissione dei valori propri del personalismo» (p. 161).

<sup>589</sup> Il combinato disposto degli articoli 9 e 16 della legge 5 febbraio 1992, n. 91, prevede che lo straniero riconosciuto rifugiato dallo Stato italiano possa richiedere la cittadinanza quando «risiede legalmente da almeno cinque anni nel territorio della Repubblica». Si tenga poi conto che il d.P.R. 572/1993 (Regolamento di esecuzione della legge 5 febbraio 1992, n. 91) richiede non solo la regolarità del soggiorno, da cui dovrebbe desumersi la residenza legale, ma anche l'iscrizione anagrafica dello straniero. La Corte di Cassazione con sent. 12380/2017 è per la verità giunta in via interpretativa a mettere da parte il criterio della residenza anagrafica, quando l'effettività della residenza possa esser dimostrata per altra via.

<sup>590</sup> In tal senso D. CONSOLI, N. ZORZELLA, *Op. cit.*; E. SANTORO, *In direzione ostinata e contraria. Parere sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo alla luce del Decreto Salvini*, in *Altro diritto unifi*, 2019; P. MORROZZO DELLA ROCCA, *Vecchi e nuovi problemi riguardanti la residenza anagrafica nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo*, in *Questione Giustizia*, 16.01.2019.

<sup>591</sup> Basti pensare che ben otto regioni Basilicata, Calabria, Emilia-Romagna, Marche, Toscana, Sardegna, Umbria e Piemonte hanno adito la Consulta per scrutinare talune disposizioni del decreto.

incidentale»<sup>592</sup>. La Corte si limita a riconoscere l'indimostrata ridondanza dell'incidenza della normativa statale sulle competenze legislative regionali in materia di sanità, istruzione, formazione professionale e politiche sociali, erogate previo requisito della residenza. Le regioni, motiva la Corte, possono modificare il criterio della residenza con quello del domicilio, per consentire la piena fruizione anche dei richiedenti asilo delle prestazioni che verrebbero altrimenti intaccate. Non vi è chi<sup>593</sup> non ha evidenziato l'individuazione del domicilio come porta di accesso a *tutti* i servizi erogati sul territorio ha generato comunque un *vulnus* per quei servizi erogati dai privati (es. l'apertura di un conto corrente) e non dipendenti dalla volontà regionale o statale.

Così come non è stato considerato un aspetto di sistema, se è vero che le regioni avrebbero potuto (liberamente) adeguarsi al nuovo criterio, nulla veniva detto sul peso "giuridico" che avrebbe dovuto acquisire il domicilio per tutte quelle altre norme statali o regionali che dalla residenza fanno derivare la presunzione del radicamento territoriale e da essa fanno i relativi benefici. Si pensi alle disposizioni relative alle prestazioni sociali a favore del non cittadino. O ancora l'accesso al servizio civile regionale, per il quale in luogo della cittadinanza è richiesta la residenza come requisito di accesso (peraltro dopo la sent. 309/2013 Corte Cost.) in quasi<sup>594</sup> tutte le regioni d'Italia.

Gli altri protagonisti del fermento civile intorno alla questione della residenza anagrafica sono stati i sindaci. Molti di essi infatti hanno rifiutato l'applicazione della novella, tant'è che alcuni studiosi hanno parlato dell'esercizio del diritto di resistenza<sup>595</sup> o di disobbedienza civile da parte degli stessi per ripristinare la legalità violata. Tra questi si veda il caso del Sindaco di Palermo<sup>596</sup> che aveva disposto la immediata sospensione di tali disposizioni, così da «provocare un procedimento amministrativo (per annullamento prefettizio della disposizione o sua rimozione ex art. 142 d.lgs. n. 267/2000) o penale (per abuso o omissione di atti di ufficio oppure

---

<sup>592</sup> A. RAUTI, *Op. cit.*, p. 1174.

<sup>593</sup> *Ibidem*.

<sup>594</sup> *Ibidem*, ricorda che solo alcune Regioni hanno previsto il domicilio come requisito alternativo: Veneto, Lazio, Toscana e Valle d'Aosta.

<sup>595</sup> Si vedano sul punto: A. MORELLI, *La "ribellione" dei sindaci contro il "decreto sicurezza": la tortuosa via per la Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, fasc. I/2019, il quale evidenzia come sia insostenibile l'idea che il Sindaco sia tenuto ad applicare una disposizione da lui ritenuta incostituzionale, per evitare di incorrere nella violazione dell'art. 134 Cost. La conclusione di questo ragionamento sarebbe paradossale, il Sindaco per evitare di violare il sindacato di costituzionalità riservato alla Consulta, rischierebbe di sacrificare tutte quelle altre disposizioni costituzionali cui lo condurrebbe l'applicazione della legge illegittima. V. BALDINI, *La disobbedienza civile come forma (illegittima?) di resistenza contro la legge ingiusta... La condotta individuale di opposizione tra imperativo etico ed (auto)tutela costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019, p. 4 s. Che individua nella scelta dell'inapplicazione del decreto una condotta resiliente mirata alla rimozione della legge e al ripristino della legittimità sostanziale dei diritti e dei principi che regolano la materia.

<sup>596</sup> Orlando sfida Salvini: «Sui migranti a Palermo non applico il decreto sicurezza», sul quotidiano *Corriere della sera*, 2 gennaio 2019.

pubblica istigazione alla disobbedienza delle leggi) in cui ecciperne l'incostituzionalità»<sup>597</sup>.

Molto attivo è stato poi il ruolo dei Tribunali di merito aditi in via d'urgenza ai sensi art. 700 c.p.c., che sulla questione si sono divisi. Da un lato alcuni<sup>598</sup> hanno raccolto le indicazioni dottrinali sulla possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata, facendo leva su:

- La distinzione tra *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*, secondo il consolidato orientamento<sup>599</sup> della Corte di cassazione sul valore che assume la volontà del legislatore ai sensi dell'art. 12 delle preleggi, da intendersi come volontà che obiettivamente scaturisce dalla norma e non dalla mera intenzione politica.
- L'assenza di un divieto esplicito all'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, ma anche implicito che avrebbe richiesto una modifica anche dell'art. 6, co. 7 TUI.
- L'irrelevanza dell'argomento temporale, per cui il richiedente asilo ha un permesso di natura temporanea, pertanto instabile e fugace deve esser considerata la sua presenza sul territorio. Dal combinato disposto dell'art. 43, co. 2 c.c., per cui «la residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale», e dell'art. 3, co. 1 DPR n. 223/1989, per cui «per persone residenti nel comune s'intendono quelle aventi la propria dimora abituale nel comune», gli interpreti ricavavano il seguente sillogismo: se dopo tre mesi un centro di accoglienza può essere considerato, per legge, dimora abituale, allo stesso modo dopo lo stesso lasso di tempo il richiedente asilo accolto nel centro avrebbe avuto diritto all'iscrizione anagrafica in quanto persona residente.
- La nozione di “titolo” rilevante ai fini del riconoscimento della situazione giuridica soggettiva è il fatto o l'atto giuridico dal quale deriva l'acquisto della stessa da parte del soggetto giuridico, non già il documento che comprova tale atto o fatto. Pertanto la regolarità del soggiorno al fine dell'iscrizione anagrafica poteva essere provata attraverso altri documenti che attestassero

---

<sup>597</sup> S. CURRERI, *La condizione giuridica del richiedente asilo alla luce del c.d. decreto sicurezza*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1/2019, p. 171, che riporta anche l'atteggiamento critico di chi ha sottolineato il dovere del sindaco di applicare anche la norma ritenuta ingiusta paventando una violazione dell'art. 54 Cost., o chi ha sottolineato l'opportunità di non intervenire fino all'esito dello scrutinio della Consulta per evitare pregiudizi irreversibili a chi è già in una posizione di vulnerabilità.

<sup>598</sup> Tra cui *ex multis*: Tribunale di Firenze, sez. IV civile, ordinanza 18 marzo 2019; per una nota all'ordinanza vedi G. SERRA, *L'iscrizione anagrafica e i richiedenti asilo dopo il dl 113/2018*, in *Questione Giustizia*, 25/03/2019.

<sup>599</sup> «Ai lavori preparatori può riconoscersi valore unicamente sussidiario nell'interpretazione di una legge, trovando un limite nel fatto che la volontà da essi emergente non può sovrapporsi alla volontà obiettiva della legge quale risulta dal dato letterale e dalla intenzione del legislatore intesa come volontà oggettiva della norma (*voluntas legis*), da tenersi distinta dalla volontà dei singoli partecipanti al processo formativo di essa» (Cass. n. 3550/1988, nonché Cass. n. 2454/1983 e Cass. n. 3276/1979).

l'avvio del procedimento volto al riconoscimento della fondatezza della pretesa di protezione, quali il cosiddetto Modello C/3 o il documento con cui la questura attesta la formalizzazione dell'istanza di protezione internazionale.

- L'esistenza un diritto soggettivo all'iscrizione anagrafica *ex art. 1 DPR 223/1989*.

Non tutti i giudici hanno tuttavia accolto tale ricostruzione ermeneutica (come il Tribunale di Trento). Tra di essi c'è stato chi sostenendo l'impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata ha sollevato la questione di legittimità costituzionale (come il Tribunale di Milano). Il giudice remittente ha ritenuto che non potesse ricavarci dalla disposizione una volontà diversa da quella di vietare l'iscrizione anagrafica del richiedente asilo. A meno che non si volesse considerare priva di senso la modifica operata dal d.l. n. 113 del 2018, che altrimenti avrebbe proceduto abrogando il solo art. 5 *bis* d.lgs. 142/2015, affinché fosse comunque garantita la procedura di iscrizione anagrafica ordinaria (prevista dal combinato disposto del d.P.R. n. 223/1989 e dall'art. 6, co. 7, TUI).

Il Tribunale remittente ha sottolineato il valore simbolico della norma censurata, poiché il diniego dell'iscrizione anagrafica equivarrebbe a «lasciare l'individuo al margine della collettività stessa, confinandolo in un “non luogo” giuridico e sociale». Il divieto di iscrizione anagrafica costituisce un limite alla libera e dignitosa crescita della sua personalità e che appare incompatibile con la sua partecipazione alla vita economica, sociale e culturale del Paese in cui vive. Al riguardo, il giudice *a quo* ha ricordato che l'iscrizione anagrafica è condizione per il rilascio della carta d'identità, che – sempre secondo il rimettente – è «un documento che, anche su un piano meramente evocativo, esprime una maggiore identificazione con la comunità in cui ci si inserisce rispetto al solo permesso di soggiorno che, invece, comunica sempre e comunque una sensazione di estraneità». Muovendo da questa prospettiva, diventerebbe irrilevante il fatto che l'accesso ai servizi sociali sia comunque garantito in base al domicilio, poiché il divieto di iscrizione anagrafica lederebbe «un diritto autonomo e presupposto rispetto a questi ulteriori diritti sociali».

La Corte accoglie i rilevi sotto il profilo della irragionevolezza della novella (sul paradigma dell'uguaglianza nella giurisprudenza costituzionale vedi *supra* Cap. secondo, par. 3.2), con una sentenza densa di spunti e di aperture. Anzitutto come è stato notato da taluni la Corte non sceglie di utilizzare come parametro l'art. 10 Cost., l'omissione di questo parametro non sembra casuale, ma orientata ad assegnare alla sentenza un valore più ampio. Questo dato emerge dal parametro con cui la Corte riconosce la illegittimità costituzionale della norma: la dignità sociale. Valore che spetta a tutti gli esseri umani, indipendentemente dalla *status* di richiedente asilo.

Procedendo con ordine la sentenza anzitutto chiarisce che cosa deve intendersi per residenza: la “presa d'atto” formale della presenza (qualificata in termini di dimora abituale) di una persona sul territorio che «costituisce il presupposto necessario per l'adeguato esercizio di tutte le funzioni affidate alla pubblica amministrazione, da quelle di sicurezza e ordine pubblico, appunto, a quelle sanitarie, da quelle di regolazione e controllo degli insediamenti abitativi all'erogazione di servizi pubblici,

e via dicendo». L'esclusione dai registri anagrafici aumenta i problemi di monitoraggio e controllo di una fetta della popolazione e per di più rende difficile comunicare agli stessi l'esito o l'andamento della procedura d'asilo. Non si dimentichi da ultimo che la necessità di un controllo e di un monitoraggio della residenza sul territorio degli stranieri richiedenti asilo rileva, anche a fini sanitari, poiché l'anagrafe dei residenti è l'unico strumento che consente al comune di contezza delle effettive presenze sul suo territorio ed essere in condizione di esercitare in maniera adeguata le funzioni attribuite al sindaco dall'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), soprattutto in caso di emergenze sanitarie circoscritte al territorio comunale.

La norma ha introdotto altresì una disparità di trattamento tra stranieri richiedenti asilo e altre categorie di stranieri legalmente soggiornanti nel territorio statale, oltre che con i cittadini italiani, non supportata da una ragionevole giustificazione.

Tra i passaggi più belli e significativi della sentenza vi è quello in cui la Consulta sottolinea che l'impossibilità introdotta dalla norma introduce anche conseguenze in termini di stigma sociale tali che «la prospettata lesione dell'art. 3, primo comma, Cost. assume in questo contesto – al di là della stessa violazione del principio di eguaglianza – la specifica valenza di lesione della connessa “pari dignità sociale”» e ancora «la norma censurata, privando i richiedenti asilo del riconoscimento giuridico della loro condizione di residenti, incide quindi irragionevolmente sulla “pari dignità sociale”, riconosciuta dall'art. 3 Cost. alla persona in quanto tale, a prescindere dal suo *status* e dal grado di stabilità della sua permanenza regolare nel territorio italiano». La Corte riparte dalla dignità sociale considerata non solo nella prospettiva del principio di non discriminazione ma come valore autonomo che precede l'eguaglianza. L'iscrizione anagrafica è eletta così a presupposto della costruzione dell'identità individuale e sociale del richiedente asilo (in verità si potrebbe estendere questo legame sociale *in fieri* anche allo straniero in generale) nel territorio in cui lo stesso dimora, nonché atto prodromico al futuro procedimento di integrazione tra non cittadino e comunità<sup>600</sup>. Non vi è dunque di che stupirsi se fra i primi commentatori alla sentenza vi è chi ha ravvisato nella dignità non solo la dimensione passiva della pretesa ma anche quella dinamica<sup>601</sup>, qui intesa come piena realizzazione della persona nel contesto comunità.

Si dice spesso che il diritto dell'immigrazione sia il laboratorio delle politiche di esclusione sociale, in questo caso gli stranieri e in particolar modo i richiedenti asilo hanno fatto da apripista al rovesciamento di quell'ideologia sottesa alle politiche della residenza che si fondano sull'accettabilità sociale e sulla meritevolezza<sup>602</sup>.

---

<sup>600</sup> S. ROSSI, *Op. ult. cit.*, p. 160.

<sup>601</sup> *Ibidem*.

<sup>602</sup> Sui significati e le funzioni della residenza dalla prospettiva socio-giuridica-politica, cfr. E. GARGIULO, *L'appartenenza negata: la residenza e i suoi significati, tra ambivalenze interpretative e conflitti politici*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2019, pp. 33 ss. L'A. a partire dal tema del riconoscimento dell'appartenenza comunale analizza i contenuti e gli obiettivi della registrazione anagrafica e dei presupposti giuridici, nonché gli ostacoli, legali e amministrativi, che governi centrali e autorità locali pongono al diritto alla residenza. Dallo studio ricco sul tema lo studioso ricava il valore simbolico dell'ideologia dell'accettabilità

---

sociale e della meritevolezza, ossia la rappresentazione dello spazio e del modo in cui il territorio può, e deve, essere abitato. La categoria della meritevolezza produce non solo effetti simbolici ma anche materiali: «La negazione della residenza, infatti, produce persone senza diritti, maggiormente vulnerabili sul mercato del lavoro, e favorisce dunque processi di accumulazione basati sullo sfruttamento e su relazioni di potere asimmetriche» (*ivi*, p. 68).

## Capitolo quarto

### Frontiera e Costituzione, quale prospettiva di riallineamento?

I rifugiati che tentano di scappare dall'Africa non richiedono un diritto di ammissione in Europa. Essi domandano soltanto all'Europa, culla dell'idealismo in materia di diritti dell'uomo e luogo di nascita dello Stato di diritto, di cessare di chiudere le sue porte a persone disperate che fuggono dall'arbitrio e dalla brutalità. È una preghiera modesta, peraltro sostenuta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. "Non restiamo sordi a questa preghiera"

*(concurring opinion del giudice Pinto De Albuquerque, caso Hirsi Jamaa e al. c. Italia)*

**SOMMARIO:** *Premessa. – Parte prima. L'attitudine del diritto di asilo costituzionale a depotenziare le "politiche di non arrivo". – 1. La criminalizzazione delle ONG. – 2. Le Direttive del 2019, l'antefatto amministrativo. – 3. Il caso Diciotti, l'antefatto ... dell'antefatto, la insindacabilità dell'atto politico tra crisi migratoria e costituzionale. – 3.1 (segue) La reviviscenza della giustizia politica. – 3.2 (segue) Ragion di Stato o ragion di diritti? – 3.3 (segue) "Ci sarà un giudice a Berlino" dei diritti inviolabili violati? – 4. I limiti all'ingresso nei porti italiani nel d.l. 53. – 5. Il contenuto necessario del diritto d'asilo come limite al potere interdittivo alle navi soccorritrici. – 6. Porti chiusi e pandemia. – 7. L'approccio UE tra protezione dei diritti e controllo delle frontiere. – Parte seconda. La tutela dei diritti dei migranti che attraversano la frontiera – 8. Le tragedie nel mare Mediterraneo nella crisi di solidarietà tra Stati nelle politiche di controllo alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione. – 8.1 La ricollocazione nel prisma della solidarietà UE. – 8.2 La solidarietà esterna nella cooperazione con i Paesi terzi. – 9. La strategia dei punti di crisi nel segno della condizionalità U.E. – 10. Il gattopardismo del diritto dell'immigrazione, emergenza e assenza delle fonti nella gestione italiana dei punti di crisi. – 10.1 La pre-identificazione e il diritto a essere informati. – 10.2 Rilevamento delle impronte digitali: coazione e libertà personale. – 11. Le nuove ipotesi di detenzione amministrativa del richiedente asilo dentro e fuori gli hotspot. – 12. Il sacrificio della libertà personale dello straniero, quale invariante metodologica della governance dell'immigrazione fuori e dentro la frontiera. – 13. Nessuno si salva da solo: il pericoloso naufragio del principio personalista e di quello solidarista in alto mare e alla frontiera.*

#### **Premessa.**

L'ultimo capitolo della dissertazione è dedicato agli ostacoli fisici e giuridici che il migrante (richiedente asilo o c.d. economico) incontra nell'attraversamento della frontiera. In particolare, si cercherà di capire se questi ostacoli siano costituzionalmente sostenibili, ossia se le misure introdotte siano rispettose dei diritti inviolabili e dell'apertura inter-ordinamentale della Carta costituzionale. Due sono le avvertenze necessarie: non si analizzeranno tutte le «*non-entrées practises*»<sup>603</sup>, ma solo

---

<sup>603</sup> J.C. HATHAWAY, R.A. NEVE, *Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection*, in *Harvard Human Rights Journal*, 1997, p. 120.

le politiche italiane dei cc.dd. “porti chiusi” e i punti di crisi nel prisma della solidarietà UE. Non verrà seguito l’ordine cronologico degli interventi legislativi, ma quello degli ostacoli che si presentano a chi attraversa la frontiera, analizzando quindi dapprima la questione del raggiungimento di un luogo sicuro e poi quella delle primissime fasi dell’accoglienza sul territorio. Gli ultimi due paragrafi sono dedicati alla connessione tra “porti chiusi” e *hotspot*, con una prospettiva tesa a evidenziarne i profili di irrimediabile incostituzionalità che li accomuna e i possibili scenari di riallineamento costituzionale.

## Parte prima

### L’attitudine del diritto di asilo costituzionale a depotenziare le “politiche di non arrivo”.

#### 1. La criminalizzazione delle ONG.

«I contenuti del provvedimento appena promulgato sono stati, in sede di conversione, ampiamente modificati dal Parlamento e non sempre in modo del tutto omogeneo rispetto a quelli originari del decreto legge presentato dal Governo. Al di là delle valutazioni nel merito delle norme, che non competono al Presidente della Repubblica, non posso fare a meno di segnalare due profili che suscitano rilevanti perplessità. (...) Osservo 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. 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. (...) Va anche ricordato che, come correttamente indicato all’articolo 1 del decreto convertito, la limitazione o il divieto di ingresso può essere disposto “nel rispetto degli obblighi internazionali dell’Italia”...»<sup>604</sup>.

Anche il d.l. 14 giugno 2019, n. 53 convertito con modificazioni dalla l. 8 agosto 2019, n. 77, è affetto dai consueti vizi di tali atti, se in materia di ordine pubblico e sicurezza, ossia dalla mancata omogeneità, del contenuto in violazione dall’art. 15, co. 3 della legge n. 400 del 1998. Esso contiene infatti norme che perseguono finalità tra loro eterogenee, tenute insieme soltanto da riferimenti generici all’ordine pubblico ed alla sicurezza pubblica: dal *refrain* della lotta all’immigrazione clandestina che si declina nelle misure volte a contrastare prassi elusive della normativa internazionale e delle disposizioni in materia di ordine e sicurezza pubblica, a quelle

---

<sup>604</sup> Lettera del Presidente della Repubblica Mattarella ai Presidenti di Senato, Camera e Consiglio dei Ministri, inviata con la promulgazione della legge di conversione del decreto sicurezza *bis*. Sono stati qui riportati stralci che interessano immediatamente il discorso che si andrà a sviluppare. La lettera contiene altresì perplessità sull’aumento delle sanzioni amministrative e penali per i soggetti che compiono attività di salvataggio in mare.

tese ad aumentare l'efficacia dei rimpatri; rientrano poi tra gli scopi enunciati l'eliminazione dell'arretrato relativo all'esecuzione dei provvedimenti di condanna penale divenuti definitivi, disposizioni sullo svolgimento di manifestazioni in luogo pubblico e aperto al pubblico e altre sulla prevenzione di fenomeni di violenza in occasione di manifestazione sportive e perfino altre, il cui oggetto è consentire lo svolgimento in sicurezza dell'Universiade Napoli 2019.

Il processo di criminalizzazione stavolta non riguarda direttamente i migranti, ma colpisce tutti coloro che prestano attività di ricerca e soccorso in ordine all'ingresso in Italia dei cittadini stranieri, in altre parole le navi soccorritrici delle ONG. L'art. 2 introduce in proposito l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 12 TUI, co. 6 *bis*, con l'inasprimento del quadro sanzionatorio in via amministrativa<sup>605</sup> per il comandante della nave che non osservi la normativa internazionale e i divieti e le limitazioni eventualmente disposti ai sensi dell'art. 11, co. 1 *ter* TUI. In sede di conversione del d.l., è stata poi inserita una disposizione (art. 3 *bis*) che ha introdotto l'arresto obbligatorio in flagranza di reato, nel caso di resistenza o violenza contro la nave da guerra.

Invero, la *crimmigration* delle navi soccorritrici attraverso il citato decreto legge tocca solamente il suo apice, essendo iniziata da molto più tempo, precisamente dal 2017, quando l'Agenzia Frontex nel *Risk Analysis Report* individuò tra i *pull factors*<sup>606</sup> dell'immigrazione le navi soccorritrici<sup>607</sup>.

---

<sup>605</sup> La sanzione amministrativa è del pagamento di una somma da euro 10.000 a euro 50.000. In caso di reiterazione commessa con l'utilizzo della medesima nave, si applica altresì la sanzione accessoria della confisca della nave, procedendo immediatamente a sequestro cautelare. Il quadro diventa certamente più severo considerata l'espressa esclusione dell'applicazione dell'art. 8-bis commi 4, 5 e 6 della stessa legge n. 689/1981, per i quali: i) è escluso che le trasgressioni commesse in tempi ravvicinati possano essere considerate unitariamente (co. 4); ii) è escluso che gli effetti della reiterazione non si applichino nei casi di pagamento in misura ridotta (co. 5); iii) è escluso che gli effetti della reiterazione possano essere sospesi finché il provvedimento che accerta la violazione precedente sia divenuto definitivo (co. 6).

Tra i profili più critici rientra poi l'inserimento della clausola «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisca reato», che ammetterebbe l'applicazione congiunta della sanzione amministrativa e quella penale. Ciò perché, anche quando il legislatore provveda ad individuare una sanzione amministrativa, l'interprete può procedere alla riqualificazione penale del medesimo fatto posto alla base della sanzione, secondo i criteri enucleati dalla Corte Edu a partire dal caso *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, e cioè che l'illecito abbia finalità punitiva e/o la relativa sanzione, anche se pecuniaria, si connoti per gravità. Per una trattazione specifica si rinvia *ex multis* a S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Dir. pen. cont.*, 18 giugno 2019.

<sup>606</sup> Sul punto si veda l'editoriale di R. CADIN, *L'insostenibile solitudine dell'Italia davanti ai flussi incontrollati di migranti ridotti in Libia in stato di schiavitù*, in *federalismi.it*, n. 13/2017, p. 7. «In altri termini, la rassicurante presenza delle imbarcazioni umanitarie avrebbe l'effetto taumaturgico di creare nell'immaginario collettivo africano una sorte di autostrada del mare tra la sponda Sud e quella Nord del Mediterraneo».

<sup>607</sup> A tal proposito è utile menzionare lo studio di E. STEINHILPER, R. GRUIJTERS, *Border Deaths in the Mediterranean: What We Can Learn from the Latest Data*, in *Border Criminologies*, 2017.

La comparsa degli attori non statali<sup>608</sup> nel mar Mediterraneo risale alla grave crisi umanitaria iniziata nel 2014, quando - nel passaggio dall'operazione italiana *Mare Nostrum* a quella europea di Frontex *Triton*<sup>609</sup> - la presenza di quelli statali si è drasticamente ridotta, con ripercussioni gravissime sulle vite dei migranti abbandonati in balia dell'alto mare. Le ONG hanno finito così per assumere su di loro la responsabilità dell'assolvimento di uno dei capisaldi del diritto internazionale del mare, l'obbligo<sup>610</sup> di salvare la vita di coloro che rischiano di morire in mare. L'atteggiamento di diffidenza verso le ONG si è rinsaldato con l'indagine<sup>611</sup> aperta dal Procuratore della Repubblica di Catania, secondo cui le navi di tali organizzazioni sarebbero state responsabili di favorire l'immigrazione irregolare verso l'Italia o persino di avere contatti con i trafficanti di migranti e tratta di esseri umani. La posizione del Governo in carica, nelle mani del Ministro dell'interno *pro tempore* fu di adottare il noto *Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei*

---

Confrontando due periodi, quello di bassa presenza di navi ONG per svolgere attività di *search and rescue* e fasi di elevata presenza, gli autori mostrano che il numero di arrivi nel primo periodo non era superiore a quello esistito nei periodi equivalenti del secondo. Ciò che invece muta sono i tassi di mortalità, sostanzialmente più alti nel periodo di bassa presenza in mare delle navi soccorritrici.

<sup>608</sup> I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare, via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2017, pp. 22. ss., evidenzia le problematiche sorte con l'ingresso delle navi in questione nella giurisdizione del mare. Le ONG utilizzano navi private, ma assumono un ruolo pubblico nel momento in cui si sostituiscono a quelle statali per adempiere all'obbligo di salvataggio, «mentre appare scontato che le persone salvate da navi dello Stato costiero saranno sbarcate sulle coste di questo Stato, tale soluzione è solo eventuale nel caso di persone salvate da navi di ONG e presuppone sempre che vi sia il consenso dello Stato costiero» (ivi, p. 21).

<sup>609</sup> Il passaggio dall'operazione italiana a quella europea si è caratterizzato per il mutamento nel mandato, nei numeri, nel bilancio e nelle forze impiegate. Mentre *Mare Nostrum* aveva una finalità prettamente umanitaria, *Triton* si è caratterizzata per quella di pattugliamento delle frontiere unionali. Si vedano in proposito i commenti di C. FAVILLI, *La responsabilità dei Governi degli Stati membri nella difficile costruzione di un'autentica politica dell'Unione europea di immigrazione e di asilo*, in *SIDIBlog*, 27 aprile 2015 e F. DE VITTOR, *I risultati del Consiglio europeo straordinario sull'emergenza umanitaria nel mediterraneo: repressione del traffico di migranti o contrasto all'immigrazione irregolare?*, ivi.

<sup>610</sup> Si tratta di una consuetudine, poi formalizzata nell'art. 98 della CNUDM dalla Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare (SOLAS), dalla Convenzione internazionale sul salvataggio e da quella sulla ricerca e il soccorso marittimi (SAR), infine, anche nel diritto dell'UE negli artt. 3 e 9 del regolamento n. 656/2014. Sugli obblighi gravanti sul comandante della nave in questa materia si rinvia a M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019.

<sup>611</sup> Sui procedimenti a carico delle ONG si rinvia a L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *federalismi.it*, nr. spec. 2/2019, pp. 18 ss.; R. BARBERINI, *Il sequestro della Iuventa: ong e soccorso in mare*, in *Questione Giustizia*, 18/09/2017.

*migranti in mare*<sup>612</sup>, contenente tredici impegni, che si sostanziavano nel divieto di intralciare le attività della guardia costiera libica. La mancata sottoscrizione di questo Codice di condotta o l'inosservanza degli impegni in esso previsti «può 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». La sottoscrizione del codice è in sostanza volta ad ottenere la cooperazione italiana nelle operazioni di soccorso.

Il d.l. in discorso, insieme alle quattro direttive che l'hanno preceduto, sembra ricalcare la strada della "condizionalità", ossia non mira a introdurre un divieto di sbarco alle navi soccorritrici delle ONG. Ad esse è riconosciuta la disponibilità di un *place of safety* (d'ora innanzi PoS) nei porti italiani, purché abbiano tenuto una certa condotta di navigazione in acque internazionali. Si tratta cioè di svolgere le attività di soccorso in acque territoriali italiane, mentre non sarebbe ammissibile uscire dalla zona SAR italiana e farvi rientro con lo scopo di completare l'operazione di *search and rescue* nei porti italiani. Le ONG non dovrebbero quindi "scegliere" il PoS italiano, quando la Convenzione di Amburgo individua la competenza di altro Stato

---

<sup>612</sup> Reperibile online all'url:

[https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/codice\\_condotta\\_ong.pdf](https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/codice_condotta_ong.pdf).

Il Codice di condotta in commento si è prestato a numerose critiche riguardanti la sua atipicità e la sua natura giuridica del codice. Non essendo esso equiparabile a una legge a una fonte di diritto internazionale, né a un Trattato, stante la stipula unilaterale da parte delle sole ONG. Rilievi ben più critici possono muoversi sui specifici impegni, tra cui spicca quello di non entrare nelle acque territoriali libiche o ostacolare le operazioni delle Guardia costiera libica: cfr. in proposito ASGI, *Posizione sulla bozza di "Codice di condotta per le ONG coinvolte nel salvataggio di migranti in mare"*, aggiornato al 24 luglio 2017; I. PAPANICOLOPULU, *Op cit.*; F. VASSALLO PALEOLOGO, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, in *Questione Giustizia*, fasc. 2/2018; F. FERRI, *Il Codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, n. 1/2018, p. 189 ss., che - a proposito della natura giuridica del codice e della sua riconducibilità al diritto UE - scrive che «malgrado il Codice di condotta delle ONG non possa essere qualificato anche come atto dell'Unione europea, va comunque ricompreso tra le misure con cui sta ricevendo impulso il 'processo di esternalizzazione' delle frontiere dell'Unione. Come si evince dalla citata Dichiarazione di Parigi, il Codice è infatti parte di una più ampia strategia dell'Unione volta a ridurre l'afflusso di migranti irregolari mediante interventi svolti al di fuori del territorio UE» (ivi, p. 191). L'atto appena commentato si affianca a quello di autoregolamentazioni che le Organizzazioni non governative si erano già date agli inizi del 2017 *Codice di condotta volontario per operazioni di ricerca e soccorso intraprese da organizzazioni non governative della società civile nel Mare Mediterraneo* (consultabile all'url: <https://www.humanrightsatsea.org/wpcontent/uploads/2017/03/20170302-NGO-Code-of-Conduct-FINAL-SECURED.pdf>) con lo scopo di creare un'intesa condivisa sull'attuazione operativa dei principi umanitari che guidano le operazioni di ricerca e soccorso e di stabilire delle pratiche di lavoro condivise. Esso individua cinque principi caratterizzanti le attività che le stesse andranno a svolgere: l'umanità, l'imparzialità, la neutralità, l'indipendenza e la trasparenza.

al coordinamento delle operazioni di soccorso<sup>613</sup>. Si tratta in sostanza di una forma di esternalizzazione basata sul modello *pull-backs*<sup>614</sup>, cioè tesa ad evitare che i migranti intercettati nelle acque internazionali ricadano nella giurisdizione *de jure* e *de facto* dello Stato, così da delegare ai Paesi di origine o transito il contenimento dei flussi migratori.

Sull'Italia certamente grava il fatto di essere a tutti gli effetti il primo luogo sicuro del Mediterraneo<sup>615</sup>, dal momento che Libia e Tunisia, in quanto non firmatarie della Convenzione di Ginevra, non possono certo classificarsi luoghi sicuri, mentre Malta non ha firmato le linee guida IMO e pertanto non si ritiene obbligata ad eseguire le operazioni come descritte dalle stesse linee guida, laddove la Spagna e la Francia sono spesso troppo lontane in termini di miglia marine per potersi classificare come luoghi sicuri più vicini.

Tuttavia, la sovranità statale poco involge la Convenzione di Amburgo, che si caratterizza invece per finalità squisitamente umanitarie, ossia per l'idea che il salvataggio della vita in mare è un'attività doverosa e priva di condizioni. Si riscontra pertanto un atteggiamento stato-centrico che mal si concilia con la missione umanitaria dell'attività in commento, del cui spirito universalista si sono fatte carico – a tutti gli effetti – le “famigerate” ONG. Gli studiosi parlano dunque di “cosmopolitismo”<sup>616</sup> delle ONG, riferendosi a quell'istanza di carattere umanitario non mediata dalla considerazione di interessi particolari dei singoli Stati, di cui invece le prime sono espressione e che spesso è svolta in conflitto con la volontà degli stessi.

## 2. Le Direttive del 2019, l'antefatto amministrativo.

---

<sup>613</sup> M. MAGRI, *Obbligo di soccorso in mare, funzioni della Guardia costiera e respingimenti “delegati” sui poteri del Ministro dell'interno*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2019, pp. 149 ss. L'A. spiega come la buona condotta delle ONG passa dal non aver intralciato le operazioni della Guardia Costiera libica a un dovere positivo con le autorità straniere (non più solo libiche), quello di non uscire dalla loro zona SAR per far diventare competente l'Italia.

<sup>614</sup> Sul tema si rinvia a D. VITIELLO, *Il diritto di cercare asilo ai tempi dell'Aquarius*, in *SIDIBlog*, 29 giugno 2018, che descrive l'intenzione degli Stati europei incoraggiati dall'Unione europea di aggirare le responsabilità derivanti dal divieto di *refoulement* e di espulsioni collettive, impedendo ai migranti e ai rifugiati l'attraversamento di un confine internazionale, da cui scaturiranno le tutele tanto della Convenzione di Ginevra quanto dalla giurisprudenza della Corte EDU.

<sup>615</sup> *Ivi*, p. 160.

<sup>616</sup> Cfr. in proposito P. DE SENA, M. STARITA, *Navigare fra istanze “stato-centriche” e “cosmopolitiche”: il caso “Sea-Watch” in una prospettiva conflittuale*, in *SidiBlog*, 14 luglio 2019, che sviluppano il loro discorso a partire dal noto caso *Sea Watch*. Più precisamente, parlano di istanze stato-centriche sia da parte dell'attore statale italiano sia da quello olandese, che si caratterizzano per lo spoglio di dirette responsabilità sulle operazioni in commento, nonché per l'esclusione degli attori non statali. Questi ultimi sono invece portatori di istanze cosmopolite, intendendo per esse la propensione a farsi carico della tutela dei diritti fondamentali e a realizzare tale obbligo anche in conflitto con i Governi nazionali.

L'antefatto amministrativo del d.l. 53, com'è noto alle cronache, sono le quattro direttive che il Ministro dell'interno ha adottato tra marzo e aprile 2019.

La prima è quella del 19 marzo<sup>617</sup> e aveva lo scopo di «evitare la possibile strumentalizzazione degli obblighi internazionali sanciti nelle stesse norme pattizie e la metodica violazione delle norme nazionali ed europee in materia di sorveglianza delle frontiere marittime e di contrasto all'immigrazione illegale». L'allora Ministro dell'interno stigmatizzava il *modus operandi* delle attività di soccorso «improprie», ossia quelle delle navi battenti bandiera italiana o straniera che, dopo aver svolto attività di soccorso fuori della zona SAR italiana e non coordinate dalle nostre autorità SAR, si muovevano verso le coste del Paese per completare l'operazione, individuando qui il *place of safety*: un esito delle operazioni discutibile, secondo la direttiva ministeriale poiché esse avrebbero potuto esser completate nei porti libici, tunisini o maltesi, anch'essi idonei a offrire adeguata assistenza logistica e sanitaria, essendo più vicini in termini di miglia marine. Non solo tale *modus operandi* sarebbe stato contrario alla normativa vigente, ma – sempre secondo la direttiva – sarebbe stato altresì finalizzato «al trasferimento sul territorio italiano di migranti irregolari soccorsi nel mar Mediterraneo, facendo ricorso strumentale alle Convenzioni internazionali sul diritto del mare in materia di soccorso e violandone contestualmente le complessive disposizioni». Tale comportamento avrebbe determinato dal 2016 al 2018 «l'arrivo di migliaia di migranti irregolari sul territorio nazionale». In definitiva, le scelte deliberatamente assunte dai capitani delle navi sarebbero state lesive del buon ordine nazionale e della sicurezza dello Stato.

Con la seconda direttiva<sup>618</sup> del 4 aprile il Ministro invitava le autorità competenti ad intimare il divieto di ingresso e transito nelle acque territoriali della nave *Alan Kurdi*, della ONG tedesca *Sea Eye*.

La terza direttiva del 15 aprile<sup>619</sup> era rivolta ai Comandanti delle capitanerie di porto e alle altre autorità di polizia competenti affinché operassero l'attività di vigilanza – volta a far rispettare la normativa internazionale vigente e la direttiva del 19 marzo – su un'altra nave, la *Mare Jonio* e sul suo comandante. Dalla sua lettura può notarsi come il linguaggio adoperato si fosse inasprito rispetto alla direttiva di marzo, sottolineandosi che il comportamento illecito reiterato della nave avrebbe potuto «determinare rischi di ingresso sul territorio nazionale di soggetti coinvolti in attività terroristiche o comunque pericolosi per l'ordine e la sicurezza pubblica», in quanto «trattasi nella totalità di cittadini stranieri privi di documenti di identità e la cui nazionalità è presunta sulla base delle rispettive dichiarazioni».

---

<sup>617</sup> n. 14100/141(8), avente ad oggetto *Direttiva per il coordinamento unificato dell'attività di sorveglianza delle frontiere marittime e per il contrasto all'immigrazione illegale ex articolo 11 del d.lgs. n. 286/1998 recante il Testo Unico in materia di Immigrazione*.

<sup>618</sup> n. 14100/141(8), avente ad oggetto *Intervento dell'assetto "Alan Kurdi" (ONG Sea Eye) iniziato in 3 aprile 2019. Direttiva ex articolo 11 del d.lgs. n. 286/1998 recante il Testo Unico in materia di Immigrazione*.

<sup>619</sup> n. 14100/141(8).

La quarta direttiva<sup>620</sup> del 15 maggio replicava il contenuto della quarta ed era diretta ad evitare il passaggio non inoffensivo della nave *Sea Watch 3*.

Per comprendere quali siano, se vi siano effettivamente stati, i vizi delle direttive in esame occorre fare un passo indietro e introdurre alcune nozioni del diritto internazionale del mare<sup>621</sup>, senza avere qui la pretesa dell'esaustività e della profondità di chi se ne occupa precipuamente. Queste categorie classificatorie sono peraltro funzionali anche all'analisi successivamente condotta e in generale ogni qual volta si discuta di chiusura dei porti.

Il diritto internazionale riconosce la piena ed esclusiva sovranità statale sul proprio territorio<sup>622</sup>, così come delimitato dai suoi confini esterni. Essa non è tuttavia assoluta, poiché deve in ogni caso bilanciarsi con tutti gli impegni che lo Stato ha assunto, come quelli inerenti alla tutela dei diritti umani. In particolare, attraverso l'art. 98 della *Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare* (CNUDM), si impone ad ogni Stato contrente l'obbligo rivolto ai comandanti delle navi battenti bandiera nazionale di prestare soccorso ai naufraghi in mare o alle persone in pericolo, senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri. Tale obbligo prescinde dal regime giuridico della zona di mare dove si sia verificato il pericolo ed è formalizzato anche dalla *Convenzione di Londra del 1974 per la sicurezza della vita umana in mare* (SOLAS) e della *Convenzione di Amburgo del 1979 sulla ricerca e il soccorso marittimi* (SAR), nonché nell'art. 33 *Convenzione sullo statuto dei rifugiati* del 1951<sup>623</sup>, che pone il divieto il respingimento dei rifugiati.

Sia la Convenzione SOLAS, sia quella SAR impongono un ulteriore obbligo dopo il salvataggio, ossia che le persone salvate in mare siano sbarcate in un «*place of safety*», non definendo tuttavia cosa debba intendersi per tale e dove esso sia di regola è ubicato. Al silenzio delle Convenzioni hanno cercato di sopperire le *Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare delle persone in mare*, adottate nel 2004 nell'ambito dell'Organizzazione Marittima Nazionale (IMO), adottando emendamenti ad esse. Le Linee guida, con la Risoluzione MSC.167-78 del 2004, dispongono che il Governo responsabile per la regione SAR in cui sia avvenuto il recupero sia tenuto

---

<sup>620</sup> n.14100/141(8), avente ad oggetto *Intervento di Sea Watch 3 del 15 maggio 2019 in area SAR libica. Direttiva ex articolo 11 del d.lgs. n. 286/1998 recante il Testo Unico in materia di Immigrazione*.

<sup>621</sup> S. TREVISANUT, *Diritto di asilo e contrasto dell'immigrazione irregolare via mare*, in *Procedure e garanzie*, cit., pp. 241-277.

<sup>622</sup> I. PAPANICOLOPULU, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2020, pp. 24 ss..

<sup>623</sup> Il divieto di respingimento ha influenzato poi anche altre norme a tutela dei diritti umani, che ne sono così diventate corollario, come la Convenzione contro la tortura che prevede un divieto completo di respingimento verso Stati dove una persona, non necessariamente un rifugiato, rischi di essere sottoposta a tortura. Ma anche l'art. 3 della CEDU e la giurisprudenza che si è andata sviluppando intorno a questo principio, dal celebre caso *Soering c. Regno Unito*, o per l'ipotesi specifica del divieto di respingimento in alto mare il caso *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*. A sua volta l'art. 3 CEDU ha portato ad affermare il divieto di espulsioni collettive, previsto all'art. 4 Protocollo Addizionale 4 CEDU, si ricorda il noto caso *Khalifia et al. c. Italia*. Per un approfondimento in tema si veda I. PAPANICOLOPULU, *Op. ult. cit.*, p. 35 s.

a fornire un luogo sicuro o ad assicurare che esso sia fornito<sup>624</sup>. Esso è identificato nella «località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse, e dove la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possono essere soddisfatte e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale» (par. 6.12).

L'aggettivo "sicuro" non deve essere equivocado. Esso non si riferisce al territorio nazionale (che semmai vorrebbe "mettersi al sicuro"), né al raggiungimento dell'assicurazione della mera integrità fisica dei naufraghi soccorsi; la sicurezza cui si allude è quella che consente di mettere al riparo i titolari di diritti umani a rischio. Nella più ampia prospettiva della sicurezza dei diritti si comprende, allora, come la Convenzione di Amburgo si raccordi *in primis* con l'art. 33.1 della Convenzione di Ginevra, ossia col divieto di respingere «in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche» e *in secundis* con il diritto d'asilo, che può esser domandato nel Paese che rappresenta "luogo sicuro" di approdo. Da queste considerazioni scaturisce che gli Stati che non hanno ratificato la Convenzione di Ginevra, per definizione, non possono assumere il ruolo di PoS.

Anche la Convenzione Edu con il divieto di respingimento in alto mare (art. 4 Prot. 4) ha contribuito a definire da quest'angolatura le regole da seguire nell'operazione di *search and rescue*. A tal proposito è d'obbligo citare la sentenza *Hirsi e al. c. Italia*<sup>625</sup>, con la quale la Corte ha riconosciuto il radicamento della giurisdizione dello Stato che assume il controllo dell'operazione di salvataggio anche fuori della zona SAR nazionale. Si tratta del principio della responsabilità extraterritoriale<sup>626</sup> dello Stato, come eccezione alla regola generale della nozione di giurisdizione da intendersi

---

<sup>624</sup> È utile riportare quali siano gli obblighi derivanti dal punto 3.1.9 della Convenzione di Amburgo del 1979, come emendato nel 2004: la Parte responsabile della zona di ricerca e salvataggio in cui viene prestata assistenza si assume in primo luogo la responsabilità di vigilare affinché siano assicurati il coordinamento e la cooperazione suddetti, affinché i sopravvissuti cui è stato prestato soccorso vengano sbarcati dalla nave che li ha raccolti e condotti in luogo sicuro, tenuto conto della situazione particolare e delle direttive elaborate dall'Organizzazione marittima internazionale (Imo). In questi casi, le Parti interessate devono adottare le disposizioni necessarie affinché lo sbarco in questione abbia luogo nel più breve tempo ragionevolmente possibile. Tale obbligo ricorre anche nel caso in cui le attività di ricerca e soccorso debbano essere svolte al di fuori della zona SAR di competenza, laddove l'autorità dello Stato che sarebbe, invece, competente in base alla delimitazione convenzionale delle zone SAR non intervenga, o non risponda entro un tempo ragionevole.

<sup>625</sup> Vedi *supra* Capitolo terzo, nota n. 472: «La Corte nota che nella presente causa i fatti si sono svolti interamente a bordo di navi delle forze armate italiane, il cui equipaggio era composto esclusivamente da militari nazionali. Ad avviso della Corte, sin dalla salita a bordo delle navi delle forze armate italiane e fino alla consegna alle autorità libiche, i ricorrenti si sono trovati sotto il controllo continuo ed esclusivo, tanto *de jure* quanto *de facto*, delle autorità italiane» (p. 81, *Hirsi e al. c. Italia*).

<sup>626</sup> Si vedano le sentenze *Öcalan c. Turchia*, 12 marzo 2003 e *Ilascu e altri c. Moldova e Russia*, 8 luglio 2004.

territoriale, in due ipotesi: quella della *effective control of an area* e quella della *State agent authority and control*. Il primo si riferisce alla responsabilità dello Stato per le violazioni alla Convenzione su di un'area territoriale al di fuori dei propri confini nazionali e su cui è esercitato un controllo effettivo. Il secondo ricorre quando nello Stato straniero lo Stato o i suoi agenti esercitano un'autorità o un potere di controllo sulla singola persona.

Le modifiche alle Convenzioni SAR e SOLAS nel 2004 non hanno tuttavia sciolto i dubbi principali, giacché «nulla dicono in merito ai criteri che dovranno essere applicati in caso di disaccordo tra più Stati coinvolti, e soprattutto evitano accuratamente di stabilire che le persone soccorse debbano essere sbarcate nei porti dello Stato nella cui zona SAR esse siano state trovate»<sup>627</sup>.

A questo punto occorre sciogliere il nodo della matassa e chiedersi più radicalmente se le direttive ministeriali siano atti idonei a fondare obblighi di sorvegliare e impedire che le navi delle ONG, dopo aver soccorso i naufraghi fuori dalla zona SAR italiana ed essere state coordinate dalle autorità libiche, possano disobbedire alle stesse, decidendo di non dirigersi verso il PoS individuato da quelle autorità, cambiando rotta e dirigendosi invece verso i porti nazionali europei, in particolare quelli italiani, alla ricerca di un luogo sicuro.

La risposta è negativa, sia dal punto di vista del diritto internazionale marittimo, sia da quello del nostro diritto interno, ma certo occorre che sia puntualmente motivata. Come visto, il compito dello Stato di giurisdizione in materia, che coordina le operazioni di salvataggio, è quello di liberare quanto prima possibile il capitano della nave dall'obbligo di soccorso. La rilevanza delle *non rescue considerations* è posticipata al momento in cui il salvataggio si è compiuto, ossia fin quando vi sia il pericolo di regresso alla situazione di pericolo antecedente al salvataggio tutte le altre considerazioni che non attengono all'operazione umanitaria sono estranee alla Convenzione SAR.

---

<sup>627</sup> I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, cit., p. 19. Critico verso la c.d. dottrina alla *issue of disembarkation* è M. MAGRI, *Op. cit.*, p. 158 s. Secondo l'A. se è vero che la Convenzione Sar non dispone un obbligo positivo e fonte di un obbligo in negativo di far sbarcare i migranti nel porto di partenza quand'esso sia non sicuro. In tal caso lo Stato che ha condotto l'operazione Sar non sarà immediatamente responsabile ad organizzare l'accoglienza ma non può sottrarsi a tale eventualità, laddove altre non siano utilmente praticabili. L'A. fonda la sua tesi, tra gli altri argomenti, sulla circolare n. 194 del 22 gennaio 2009 adottata dall'*International Maritime Organization*, che nell'ambito dei *Principles relating to administrative procedures for disembarking persons rescued at sea*, al punto tre chiarisce: « *The Government responsible for the SAR area where the persons were rescued should exercise primary responsibility for ensuring such cooperation occurs. If disembarkation from the rescuing ship cannot be arranged swiftly elsewhere, the Government responsible for the SAR area should accept the disembarkation of the persons rescued in accordance with immigration laws and regulations of each Member State into a place of safety under its control in which the persons rescued can have timely access to post rescue support* ». Non concorda con quest'interpretazione F. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo...o quantomeno di provarci*, in *Dir. umani e Dir. internazionale*, n. 1/2014, pp. 63-82, secondo la quale non è possibile ricavare tale regola, per la natura non vincolante della circolare, l'utilizzo del modale *should* e della subordinazione al rispetto della normativa nazionale in materia di immigrazione.

«L'obbligo di soccorso marittimo "statale", infatti, rappresenta un'evoluzione e un completamento dell'obbligo di soccorso "privato" che grava sul comandante della nave (...); partecipa quindi alle stesse ragioni di immediatezza e di "cieca" propensione di chi accorre in aiuto di un essere umano per puro spirito altruistico»<sup>628</sup>. Gli Stati aderenti alla Convenzione dovrebbero dunque esser guidati nello svolgimento delle operazioni da uno spirito di solidarietà verso i naufraghi e tra gli Stati costieri stessi. Le riserve sull'esercizio di sovranità a ben vedere possono valere solo *a posteriori*, dopo che la nave abbia superato la situazione di *distress*, non *a priori* (come tentano di fare le direttive), né nel corso dell'adempimento delle operazioni derivanti dall'obbligo di soccorso marino.

È evidente che ogni manovra di *search and rescue* sfugge a valutazioni aprioristiche e unilaterali di lungo termine, giacché ognuna di esse risponde alle specificità del caso concreto, fermo restando il diritto di ogni Stato di impedire l'ingresso sul proprio territorio quando la nave non sia in una situazione di effettivo pericolo (tenendo conto delle condizioni di *distress* dell'imbarcazione, delle condizioni meteomarine, della condizione personale dei naufraghi e di quanto altro ancora possa concretamente risultare rilevante), nonché se a bordo non vi siano richiedenti asilo e pertanto non si violi il divieto di respingimento. Se invece ricorrano tale condizioni, lo Stato potrà ordinare alla nave ONG che sia entrata nelle sue acque territoriali di uscirvi solo se vi sia un altro Stato costiero che abbia dichiarato la sua disponibilità all'accoglienza.

Tutte queste valutazioni, è di pronta evidenza, non possono che prendere «consistenza a seconda di ciò che accade (...), il respingimento in mare non può essere "progettato" in anticipo mediante "direttive" (...)»<sup>629</sup>.

L'altro profilo di invalidità delle direttive attiene alla catena organizzativa delle operazioni SAR, che rientrano, sensi dell'art. 134<sup>630</sup> del codice dell'ordinamento militare, nell'esercizio delle funzioni dipendenti dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e la catena di comando ha al vertice l'autorità nazionale responsabile<sup>631</sup> della Convenzione SAR.

Ancor più precisamente. l'art. 3<sup>632</sup> del d.P.R. 662/1994 riconosce al Corpo delle Capitanerie di porto il ruolo di *Italian Maritime Rescue Coordination Centre* (IMRCC). Al

---

<sup>628</sup> M. MAGRI, *Op. cit.*, p. 168.

<sup>629</sup> *Ivi*, p. 177.

<sup>630</sup> Co. 2, lett. b: «il Corpo delle capitanerie di porto - Guardia costiera, attraverso le proprie articolazioni periferiche: (...) è competente per l'esercizio delle funzioni di ricerca e salvataggio in mare, ai sensi degli articoli 69, 70 e 830 del codice della navigazione, di disciplina, monitoraggio e controllo del traffico navale, di sicurezza della navigazione e del trasporto marittimo, nonché delle relative attività di vigilanza e controllo, ai sensi del codice della navigazione, della legge 28 dicembre 1989, n. 422 e delle altre leggi speciali».

<sup>631</sup> Come previsto dall'art. 2 del regolamento di attuazione d.P.R. 662/1994, della l. 147/1989 di adesione dell'Italia alla Convenzione.

<sup>632</sup> «Al fine dell'organizzazione prevista dal capitolo 2 e in conformità della terminologia specificata nel capitolo 1 dell'allegato, si stabilisce che:

Ministro dell'interno è, invece, riconosciuto il potere di indicare "quale" porto dovrà accogliere la nave. La richiesta del PoS va indirizzata alla Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere, presso il Dipartimento di pubblica sicurezza, mentre il potere interdittivo non è riconosciuto al Ministro dell'interno in presenza di un'operazione SAR. Presso il medesimo Dipartimento la l. 189/2002 all'art. 35 ha istituito la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere, con compiti di impulso e di coordinamento delle attività di polizia di frontiera e di contrasto dell'immigrazione clandestina via mare, nonché delle attività demandate alle autorità di pubblica sicurezza in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri. Tuttavia, queste attività non si confondono con le operazioni di soccorso della Guardia costiera, come meglio specificato dal d.m. 14 luglio 2003. In definitiva, le direttive del 2019 sembrerebbero affette da un difetto assoluto di attribuzione del relativo potere a chi le ha invece adottate<sup>633</sup>.

### **3. Il caso *Diciotti*, l'antefatto ...dell'antefatto, la insindacabilità dell'atto politico tra crisi migratoria e costituzionale.**

Se si potesse individuare l'antefatto dell'antefatto amministrativo, esso sarebbe sicuramente la vicenda del caso *Diciotti*. Potrebbe sembrare anacronistico svolgere un'analisi su una vicenda che oramai si è chiusa, ma così non è – almeno per chi scrive – perché la vicenda ha fatto emergere problematiche costituzionali significative: la qualificazione del reato ministeriale, la natura dell'atto politico e l'insindacabilità. Temi antichi che sono tornati alla ribalta con un tratto peculiare rispetto alla *vexata quaestio* dell'immunità politica, ossia la pretesa di collocare al riparo dalla giustizia la condotta in ipotesi illecita di un ministro, posta peraltro in essere non per il perseguimento di uno scopo privato (perché allora l'illiceità sarebbe *ictu oculi* palese), ma per rivendicare un obiettivo politico<sup>634</sup>. Questioni che rilevano ai fini della domanda dirimente: fino a che punto la categoria dell'atto politico e successivamente quella dell'immunità ministeriale possono erodere la tutela dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione? Si ritiene dunque che la rilettura del caso *Diciotti* possa costituire un utile momento di riflessione intorno a questioni che

---

a) il Comando generale del Corpo delle capitanerie di porto è l'organismo nazionale che assicura il coordinamento generale dei servizi di soccorso marittimo (I.M.R.C.C. - Italian Maritime Rescue Coordination Center);

b) le direzioni marittime costituiscono i centri secondari di soccorso marittimo (M.R.S.C. - Maritime Rescue Sub Center);

c) i comandi di porto costituiscono le unità costiere di guardia;

d) le unità navali e gli aeromobili del servizio di guardia costiera del Corpo delle capitanerie di porto, appositamente allestiti, costituiscono le unità di soccorso marittimo».

<sup>633</sup> M. MAGRI, *Op. cit.*, p. 178, secondo il quale il difetto di cui all'art. 21 *septies* l. 241/90 sarebbe giustiziabile dinanzi al Tribunale amministrativo.

<sup>634</sup> L. MASERA, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei ministri*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 154-155, l'A. individua in quest'aspetto l'assoluta novità del caso *Diciotti*.

sovente involgono il diritto degli stranieri: lo scivoloso e mai definitivo equilibrio da *jus excludendi* e dovere di accoglienza.

Altro elemento di attualità è costituito dall'analisi prospettica con cui leggere anche i successivi casi nei quali non è stato concesso il "luogo sicuro". Tra questi le vicende delle navi *B. Gregoretti*<sup>635</sup> e *Open arms*<sup>636</sup> hanno seguito un percorso in parte diverso, dal momento che saranno i giudici penali a doversi pronunciare sulla responsabilità penale del ministro, in seguito alla concessione dell'autorizzazione a procedere. Rimane fermo tuttavia il collegamento con il caso *Diciotti*, che nelle due Relazioni della Giunta delle Elezioni e delle Immunità Parlamentari<sup>637</sup> è richiamato esplicitamente insieme ai punti fermi dell'iter argomentativo sviluppato per il medesimo: la condivisione implicita da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri delle azioni poste in essere dall'allora ministro dell'interno in ordine ai due divieti di ingresso, transito e sosta nel mare territoriale nazionale disposti rispettivamente alle navi *Gregoretti* e *Open arms*; l'irrilevanza della natura politica o amministrativa o di alta amministrazione dell'atto; il perseguimento di un interesse pubblico preminente inerente all'azione di Governo, costituito dalla gestione dei flussi migratori, anche al fine di prevenire una minaccia terroristica. È istruttivo quindi riprendere tali passaggi, tenendo a mente che a differenza del caso *Diciotti* (sulle differenze cfr. anche par. 12): la nave militare *Gregoretti* è un natante destinato alla vigilanza della pesca, pertanto non attrezzata materialmente alle operazioni di soccorso e ancor meno per ospitare a bordo un elevato numero di persone nello spazio disponibile sul ponte di coperta; l'interdizione delle nave *Open arms* è avvenuta con il decreto interdittivo adottato sulla scorta dei poteri attribuiti al Ministro dell'interno con l'entrata in vigore dell'art. 11, co. 1 ter TUI. Decreto sospeso in via cautelare dal TAR Lazio<sup>638</sup>, cui è succeduta l'autorizzazione allo sbarco solo dopo l'intervento dell'ex Presidente del Consiglio Giuseppe Conte.

Il caso qui in commento<sup>639</sup> è quello del gruppo di centocinquanta migranti fuggiti dalla Libia e diretti verso l'Europa a metà agosto 2018. Di fronte al rifiuto delle autorità maltesi di coordinare l'operazione SAR dell'imbarcazione in pericolo di naufragio presente nelle proprie acque interveniva la Guardia costiera italiana, che ne trasferiva centosettasette migranti sulla nave *Diciotti* (si noti: un'imbarcazione

---

<sup>635</sup> P. GENTILUCCI, *Il rebus politico-giuridico della nave Gregoretti. Una bussola per i futuri governi*, in *Giur. Pen. web*, n. 2/2020. S. CURRERI, *La battaglia politico-regolamentare sul caso Gregoretti*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 2/2020, pp. 335-338.

<sup>636</sup> Per un commento alla vicenda si rinvia al commento di F. VASSALLO PALEOLOGO, *La richiesta di autorizzazione a procedere sul caso Open Arms (1-20 agosto 2019). Nota a Tribunale di Palermo. Collegio per i reati ministeriali*, 30 gennaio 2020, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).

<sup>637</sup> Per il c.d. caso *Gregoretti* la relazione della giunta è reperibile all'url: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1142649.pdf>. Per il c.d. caso *Open arms*: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1153367.pdf>

<sup>638</sup> Tar Lazio, Sez. Prima Ter, 14 agosto 2019, n. 5479.

<sup>639</sup> Per consultare la ricostruzione analitica della vicenda si veda Trib. Catania, sez. Reati Ministeriali, Relazione del 7.12.2018 (dep. 22.1.2019), Pres. La Mantia, rinvenibile all'url: [http://www.senato.it/Web/Autorizzazioni.AProcedere.nsf/dfbec5c17bce92adc1257be500450dad/4c5c5e58bdf39bbac125838c00431f69/\\$FILE/Doc.%20IV-bis,%20n.%201.pdf](http://www.senato.it/Web/Autorizzazioni.AProcedere.nsf/dfbec5c17bce92adc1257be500450dad/4c5c5e58bdf39bbac125838c00431f69/$FILE/Doc.%20IV-bis,%20n.%201.pdf)

militare italiana, non appartenente ad una ONG), che si dirigeva verso Lampedusa. La motonave rimaneva ferma cinque giorni al porto di Catania poiché il Ministro dell'Interno rifiutava l'assegnazione del PoS, intavolando una prova muscolare con l'UE (a colpi di *tweet*<sup>640</sup>), con la minaccia di non far sbarcare i migranti dalla nave fin quando l'Unione non avesse provveduto all'immediata redistribuzione tra gli Stati membri dei migranti bloccati. Solo il 22 agosto, su richiesta del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minori di Catania, veniva organizzato lo sbarco dei minori a bordo, mentre per i restanti membri l'attesa sulla nave durerà fino al 25 agosto.

La magistratura siciliana decideva di avviare un procedimento penale a carico del senatore Salvini, appunto il Ministro dell'Interno, per il reato di sequestro di persona aggravato, che dopo vari tentennamenti è culminato nella richiesta di autorizzazione a procedere da parte della Sezione reati ministeriali del Tribunale di Catania del 7.12.2018, per detta ipotesi di reato<sup>641</sup> (*ex art. 605, commi 1, 2 n. 2 e 3 c.p.*). La condotta incriminata<sup>642</sup> è quella relativa alla protratta privazione della libertà

---

<sup>640</sup> Cfr. in proposito il commento di R. BIN, *Politica pop e diritto, i rischi di un passo indietro nella nostra storia*, in *laCostituzione.info*, 5 settembre 2018; A. MORELLI, *Principio di legalità vs. preminente interesse pubblico? Il caso Diciotti e le sue conseguenze*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 4/2018, pp. 898-902. Più specifico sulla questione della c.d. governance cinguettante è il commento di I. GJERGJI, *Immigrazione e infra-diritto: dal governo per circolari alla tweeting-governance*, in *Etica & Politica*, n. 3/ 2020, pp. 323-339, che evidenzia come gli stessi, nella vicenda Diciotti, abbiano assunto il ruolo di enunciati performativi, ossia «atti illocutori, forme di comportamento piuttosto che semplici emissioni verbali, attraverso i quali si vuole indurre i follower a compiere o non compiere una determinata azione» (*ivi*, p. 337).

<sup>641</sup> «Per avere nella sua qualità di Ministro dell'Interno, abusando dei suoi poteri, privato della libertà personale 177 migranti di varie nazionalità giunti al Porto di Catania a bordo dell'unità navale di soccorso "U. Diciotti" della Guardia Costiera Italiana alle ore 23,49 del 20 agosto 2018. In particolare, il Sen. Matteo Salvini, nella sua qualità di Ministro, violando le Convenzioni internazionali in materia di soccorso in mare e le correlate norme di attuazione nazionali (Convenzione SAR, Risoluzione MSC 167-78, Direttiva SOP 009/15), non consentendo senza giustificato motivo al competente Dipartimento per le Libertà Civili e per l'Immigrazione – costituente articolazione del Ministero dell'Interno – di esitare tempestivamente la richiesta di POS (*place of safety*) presentata formalmente da IMRCC (*Italian Maritime Rescue Coordination Center*) alle ore 22,30 del 17 agosto 2018, bloccava la procedura di sbarco dei migranti, così determinando consapevolmente l'illegittima privazione della libertà personale di questi ultimi, costretti a rimanere in condizioni psico-fisiche critiche a bordo della nave "U. Diciotti" ormeggiata nel Porto di Catania dalle ore 23,49 del 20 agosto e fino alla tarda serata del 25 agosto, momento in cui veniva autorizzato lo sbarco. Fatto aggravato dall'essere stato commesso da un Pubblico Ufficiale e con abuso dei poteri inerenti alle funzioni esercitate, nonché per essere stato commesso anche in danno di soggetti minori di età. Fatto commesso in Catania, dal 20 al 25 agosto 2018».

<sup>642</sup> Sul caso cfr., *ex plurimis*: L. MASERA, *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti*, in *Questione Giustizia*, 29.1.2019; ID., *Il parere della Giunta del Senato per le immunità nel caso Diciotti. Alcune riflessioni in attesa della decisione dell'assemblea del Senato*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2019; sempre dello stesso Autore la monografia, *Immunità dalla politica e diritti fondamentali*, cit; A. MORELLI, *Principio di legalità vs. preminente interesse pubblico? Il caso Diciotti e le sue conseguenze*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 4/2018, pp. 898-902; ID., *Cosa rischia Salvini? Cosa*

personale dei migranti per cinque giorni «a bordo di una nave ormeggiata sotto il sole in piena estate dopo aver già affrontato un estenuante viaggio durato numerosi giorni, la necessità di dormire sul ponte della nave, le condizioni di salute precarie di numerosi migranti, la presenza a bordo di donne e bambini, costituiscono circostanze che manifestano le condizioni di assoluto disagio psico-fisico». La situazione era stata peraltro già oggetto il 21 agosto 2018 di una presa di posizione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale<sup>643</sup>.

Si anticipa l'esito noto della votazione al Senato della Repubblica del 20 marzo 2019 che respingeva con una maggioranza di 237 voti (a fronte di 61 contrari e senza astenuti) la richiesta di autorizzazione a procedere per il reato di sequestro di persona.

### 3.1 (segue) La reviviscenza della giustizia politica.

È istruttivo soffermarsi brevemente sulla normativa avente ad oggetto l'accertamento del compimento di un reato ministeriale. Esso spetta, ai sensi dell'art. 96 Cost., della legge cost. n. 1/1989 e della legge n. 219/1989, all'autorità giudiziaria, a seguito di una duplice valutazione: la prima idonea ad escludere che la condotta criminosa ascritta al Ministro sia sussumibile entro la categoria dogmatica dell'atto politico; la seconda rivolta alla qualificazione giuridica del fatto, onde definire la competenza funzionale del Tribunale dei Ministri.

Il ruolo assegnato al Tribunale dei Ministri è quello di verificare se l'attività posta in essere integri o meno gli estremi di una fattispecie penalmente rilevante e se essa sia imputabile a un soggetto qualificabile come ministro e rientri nell'esercizio delle funzioni ministeriali. La garanzia dell'immunità è definita e giustificata dunque nell'ottica funzionale<sup>644</sup>, oltre la quale trova piena espansione il principio di responsabilità.

Sulla richiesta di autorizzazione a procedere spetta poi alla Camera di appartenenza pronunciarsi, ove essa esista, determinando così se il Ministro abbia agito «per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante, ovvero per il

---

*rischia il Paese?*, in *laCostituzione.info*, 25 agosto 2018; C. CASIELLO, M.E. VENDITTI, *Il caso Diciotti: tra obblighi di soccorso in mare e garanzia dei diritti fondamentali*, in *DPCE Online*, [S.l.], v. 39, n. 2, may 2019, pp. 2037-6677; G. GUZZETTA, *Il caso Diciotti: tra responsabilità giuridica e responsabilità politica*, in *federalismi.it*, Editoriale, n. 4, 20.2.2019; E. SANTORO, *I fondamenti del costituzionalismo alla prova del caso Diciotti: il sindacato sulle decisioni parlamentari e il punto di equilibrio fra poteri*, in *Questione Giustizia*, 14.3.2019; A. RANDAZZO, *Migrazioni e atti politici (prendendo spunto dal caso "Diciotti")*, in *Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del Sud. Studio comparato dell'esperienza spagnola e italiana*, suppl. n. 1/2020, pp. 378-389.

<sup>643</sup> Nel suo comunicato il Garante solleva le evidenti criticità costituzionali e convenzionali derivanti da una condizione di privazione della libertà di fatto delle persone a bordo della nave: senza la possibilità di libero sbarco e senza che tale impossibilità di movimento sia supportata da alcun provvedimento che ne definisca giuridicamente lo stato.

<sup>644</sup> Per un inquadramento costituzionale del nesso funzionale si veda A. D'ALOIA, *Immunità e Costituzione. Considerazioni su un difficile equilibrio*, in *Diritto pubblico*, fasc. 3/2011, pp. 967 ss.

perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo»<sup>645</sup>.

Prima della riforma del 1989 per i reati ministeriali il meccanismo della “giustizia politica”<sup>646</sup> si fondava sulla previsione di un equilibrio costituzionale con particolari garanzie e immunità per gli esponenti del potere politico. L'azione penale era affidata alla Commissione parlamentare inquirente, con il passaggio della messa in stato d'accusa in Parlamento e la fase giudiziale affidata alla Corte Costituzionale, integrata da sedici componenti “laici” ad hoc. Tale sistema si era rivelato ben presto funzionale ad assicurare piuttosto un'impunità generale dei ministri, come si dimostrò negli anni Settanta con il caso *Lockheed*. La riforma era quindi indirizzata a scardinare questo sistema<sup>647</sup> e a “normalizzare” la responsabilità penale dei Ministri, rimettendo l'accertamento della stessa alla giustizia comune. Le modifiche introdotte hanno scomposto l'accertamento *de quo* in due fasi: nella prima residua il “filtro politico”, rimesso nella decisione dell'Assemblea, con l'autorizzazione a procedere<sup>648</sup> previa valutazione dell'esistenza di eventuali esimenti; la seconda fase si attiverà ove esse non siano integrate le esimenti (art. 9, co. 3 della l. cost. 1/1989), dinanzi la magistratura ordinaria.

Si badi che il modello introdotto nel 1989 si differenzia dall'istituto dell'autorizzazione a procedere prevista per i parlamentari ai sensi dell'art. 68 Cost., poiché la valutazione della assemblea non concerne il *fumus persecutionis* dell'accusa, ma esclusivamente la riconducibilità o meno della condotta addebitata al perseguimento delle ipotesi individuate all'art. 9 richiamato, con il quale si è inteso introdurre un'autorizzazione qualificata dai criteri e canoni di giudizi indicati (*interesse*

---

<sup>645</sup> R. BIN, *Ancora caso Diciotti: ma qualcuno ha letto ciò che ha scritto il Tribunale dei ministri?*, in *laCostituzione.info*, 13 febbraio 2019.

<sup>646</sup> Che è stato attentamente studiato da G. DI RAIMO, *Reati ministeriali e presidenziali*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, 1987 e si veda G. ZAGREBELSKY, *Procedimento e giudizi d'accusa*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, 1986. In proposito ecco la ricostruzione fattane dalla Corte Cost. nella sent. 87/2012: «si poteva allora concludere che la Costituzione avesse inteso dar luogo ad un'ipotesi di garanzia nell'ambito dell'ordinamento giuridico, il cui fulcro riposava sulla integrale sottrazione del reato ministeriale alla giurisdizione comune».

<sup>647</sup> Secondo L. CARLASSARE, *Art. 96*, in *Il Consiglio dei Ministri, Art. 92-96 Commentario della Costituzione fondato da G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994*, p. 499, le modifiche all'art. 96 Cost. e alla procedura per mezzo della legge costituzionale non consentono di affermare che vi sia stato un cambiamento radicale rispetto al vecchio modello. Deve in ogni caso esser segnalato che la dottrina opera un bilancio positivo della riforma, che ha determinato l'uscita della responsabilità ministeriale penale dei ministri dal cono d'ombra previgente.

<sup>648</sup> Secondo G. GUZZETTA, *Op. cit.*, il presupposto autorizzatorio non è riconducibile alla vetusta logica del sospetto tra magistratura e politica, ma invece alla natura dell'interesse tutelato, che non consente logicamente che il suo accertamento sia rimesso a un giudice. È stata così individuata «una relazione fisiologica tra politica e magistratura, oltre la logica del reciproco “sospetto”» (*ivi*, p. 4). Si veda anche A. CIANCIO, *L'autorizzazione a procedere per i reati ministeriali: alcune puntualizzazioni a seguito del caso della nave “Diciotti”*, in *federalismi.it*, n. 16/2019.

dello Stato costituzionalmente rilevante oppure un preminente interesse pubblico<sup>649</sup>), che costringe così l'organo a motivare la sua decisione, sottraendo spazio all'arbitrarietà. Andando ad analizzare poi le due ipotesi da un punto di vista letterale, "preminente" e "rilevante" depongono a favore di un giudizio che necessariamente deve guidare il Parlamento secondo la tecnica del bilanciamento tra interesse perseguito e bene o valore offesi.

L'applicazione pratica della norma ha tuttavia dato via alle preoccupazioni principali della dottrina, cioè all'eventualità di trovarsi di fronte a una strumentalizzazione dell'autorizzazione, a seconda che i parlamentari vogliano sostenere o meno politicamente il Ministro inquisito, una sorta di surrogato della permanenza della fiducia, o della sfiducia individuale. Caso emblematico è il differente atteggiamento dell'assemblea relativamente a tre vicende del tutto speculari, il caso *Diciotti*, il caso *Gregoretti* e il caso *Open arms*<sup>650</sup>.

Tra i precedenti casi che presentano analogie con la vicenda odierna si iscrive il già menzionato episodio del respingimento verso la Libia avvenuto nel maggio del 2009, da parte Guardia costiera, in forza di accordi bilaterali con il Paese e che portò alla condanna da parte della Corte Edu nel caso *Hirsi Jamaa c. Italia*. Anche in questo caso fu avviata un'indagine nei confronti dell'allora Ministro dell'interno Roberto Maroni, che tuttavia si concluse con l'archiviazione da parte del Tribunale dei ministri competente, perché il respingimento fu considerato un provvedimento di natura politica.

Tornando al caso *Diciotti*, la chiave di volta tra la richiesta di archiviazione della Procuratore di Catania e la diversa decisione del Tribunale dei Ministri etneo è ruotata sulla categoria controversa dell'atto politico<sup>651</sup>. Quest'ultima si afferma come nozione di ordine processuale, che «presenta anche connotati più marcatamente sostanziali, legati in prevalenza alla necessità di riservare uno *spatium deliberandi* al

---

<sup>649</sup> L. ELIA, *Premessa al commento alla l. n. 1/1989*, in *Leg. pen.*, 1989, p. 469, che aveva partecipato ai lavori della riforma scrive: «questa seconda formula [preminente interesse pubblico] allude a beni tutelati indirettamente o implicitamente dalla Costituzione, mentre la prima si riferisce a beni o interessi direttamente ed esplicitamente protetti nella carta costituzionale».

<sup>650</sup> L. MASERA, *Immunità dalla politica e diritti fondamentali*, cit., p. 72, rileva come la diversa decisione di autorizzare la magistratura a procedere in via ordinaria nei confronti del sen. Salvini, rappresenta un esempio quasi scolastico di come le formule dell'art. 9, co. 3 non si siano rivelate idonee nei fatti ad impedire che il filtro parlamentare si sia risolto in una valutazione del sostegno politico al ministro da parte dei parlamentari chiamati al voto.

<sup>651</sup> Tra i "classici" del diritto costituzionale in materia si indicano E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961 e G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2000.

Tale categoria non è estranea al diritto dell'immigrazione, ad essa si riferisce la giurisprudenza amministrativa in riferimento alle espulsioni ministeriali disposte per ragioni di sicurezza dello Stato (art. 13, co. 1 TUI) oppure per ragioni di prevenzione del terrorismo (art. 3, co. 1 d.l. 144/2005). Provvedimenti impugnabili solo sotto il profilo della manifesta irragionevolezza o difetto di istruttoria (*ex multis* TAR Lazio, Sez. I ter, sent. 656/2019). In tema si rinvia a F. CORVAJA, *Lo straniero e i suoi giudici*, cit., pp. 161 ss.

decisore politico, determinando alcuni limiti cogenti all'esercizio della funzione giurisdizionale»<sup>652</sup>.

Con il passaggio allo Stato costituzionale di diritto la categoria dell'atto politico si è ridimensionata, con l'introduzione del sindacato di legittimità degli atti legislativi e dei conflitti di attribuzione e di competenza da un lato, e la compatibilità con i principi di indefettibilità, pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale ai sensi dell'art. 24 Cost., dall'altro lato. La previsione dell'art. 113 Cost. ha quindi sancito l'impugnabilità di tutti gli atti della pubblica amministrazione in sede giurisdizionale, senza esclusioni o limitazioni per determinate categorie di atti.

L'atto politico prende attualmente residua consistenza nell'art. 7, co. 1, ultimo periodo, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il *Codice del processo amministrativo* (che riproduce l'art. 31 del T.U. sul Consiglio di Stato del 1924), nella parte in cui esclude dall'impugnazione davanti al giudice amministrativo «gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico».

Possono individuarsi due caratteristiche per riconoscerlo, a partire dagli arresti della giurisprudenza (specialmente amministrativa), rivelatisi in proposito particolarmente istruttivi (a conferma della sua natura pretoria<sup>653</sup>), ossia un criterio soggettivo e uno oggettivo<sup>654</sup>.

L'atto politico promana dagli organi costituzionali; lo integrano innanzitutto soltanto quegli atti che esprimono la posizione reciprocamente espressione di sovranità dei medesimi, in questo caso dall'organo esecutivo ed è diretto a realizzare l'indirizzo politico di maggioranza, persegue fini generali, orientati alla protezione degli interessi superiori legati alla “ragion di Stato”<sup>655</sup>.

---

<sup>652</sup> Per una ricostruzione dell'origine dell'istituto in chiave diacronica e comparata si rinvia a P. ZICCHITU, *Una “nuova stagione” per l'atto politico? Alcune riflessioni tra teoria e prassi costituzionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 11/2018.

<sup>653</sup> Per una prospettiva esegetica dell'atto politico, anche in chiave comparata, si rinvia a G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2012, pp. 340 ss.

<sup>654</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397, l'atto politico è libero nei fini ed è «connotato da due elementi, uno soggettivo (dovendo provenire da organo preposto all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica) e l'altro oggettivo (dovendo riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione)».

<sup>655</sup> L'ulteriore distinzione che dottrina e giurisprudenza costituzionale hanno contribuito a chiarire è quella tra di atti di alta amministrazione e atti di governo quali “atti costituzionali”, non assimilabili ai primi in virtù della posizione del Governo, organo costituzionale, nel sistema dei poteri sovrani. Gli atti amministrativi sono comunque sottoponibili al controllo giurisdizionale dal momento rimangono vincolati al conseguimento dei fini eterodeterminati dalla legge. Viceversa, gli atti politici sarebbero una sottocategoria degli atti costituzionali, provenienti da organi politici non soggetti alla giurisdizione ordinaria né a quella amministrativa, ma comunque vincolati al principio di legalità costituzionale. Per una ricostruzione dottrinale si rinvia a R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 ottobre 2012; F. BILANCIA, *Ancora sull' “atto politico” e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012; P. ZICCHITU, *Op. cit.*, il quale compie anche un *exkursus* della giurisprudenza

Proprio alla luce delle sue caratteristiche, pertanto, l'atto politico è insindacabile<sup>656</sup>. Di contro l'atto di alta amministrazione «a differenza dell'atto politico, esprime una *potestas* vincolata nel fine e soggetta al principio di legalità. Gli atti di alta amministrazione sono una *species* del più ampio *genus* degli atti amministrativi e soggiacciono pertanto al relativo regime giuridico, ivi compreso il sindacato giurisdizionale, sia pure con talune peculiarità connesse alla natura spiccatamente discrezionale degli stessi»<sup>657</sup>.

Nella richiesta di archiviazione della Procura emergeva la qualificazione di atto politico della decisione dell'allora Ministro *pro tempore* di rinviare all'esito della riunione della Commissione europea del 24 agosto l'assegnazione del PoS. Poiché tale decisione era tesa «al perseguimento di un interesse pubblico nazionale, come tale insindacabile da parte del giudice penale per il principio della separazione dei poteri». Il Tribunale dei Ministri di Catania è giunto ad una diversa valutazione, a partire di un'ulteriore specificazione, con la distinzione tra atto politico insindacabile *tout court* e atto amministrativo “adottato sulla scorta di valutazioni politiche”.

La condotta dell'ex Ministro è stata qualificata come atto di natura amministrativa endo-precedimentale vincolato, poiché l'unica discrezionalità riconosciuta al Ministro dell'interno è di natura tecnico-amministrativa ed afferisce alla “mera” individuazione del PoS. All'opposto il veto ministeriale è stato guidato unicamente

---

costituzionale, tra le sentenze della Corte si segnala in particolare la nr. 81/2012. Dalla rassegna giurisprudenziale l'A. ricava che la Corte tende a elaborare una nozione vaga e polisemica di atto politico, di fronte alla quale è prediletto un approccio di tipo casistico-enumerativo.

<sup>656</sup> Sulla insindacabilità dell'atto politico si veda anche la giurisprudenza costituzionale, che ne ha contribuito a definire i contorni e limiti. In particolar modo con la sent. 81/2012 (sulla vicenda della nomina degli assessori della Giunta regionale della Campania, in violazione dei vincoli statutari relativi alla disciplina sulla parità di genere), la Corte afferma che la insindacabilità degli spazi della discrezionalità politica si arresta quando il legislatore abbia predeterminato i canoni di legalità dell'atto, che ne segnano i confini e indirizzano l'esercizio, «ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto». Numerosi sono stati i contributi della dottrina in proposito. Si rinvia per tutti a F. BLANDO, «Atto politico» e «Stato di diritto» nella sentenza n. 81 del 2012 della Corte costituzionale, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 31 ottobre 2012. Altra pronuncia interessante della Corte Cost. sulla questione è la sent. 52/2016 (sulla delibera del 27 novembre 2003, con cui il Consiglio dei Ministri aveva deciso di non avviare le trattative per la realizzazione dell'intesa ex art. 8, co. 3 Cost., con l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti - UAAR), con la quale la Consulta afferma la non giustiziabilità di una pretesa alla conclusione positiva del negoziato e alla successiva stipulazione dell'intesa ex art. 8, co. 3 Cost., stante l'ampia discrezionalità riconosciuta al Governo sulla materia che attiene peraltro agli equilibri mutevoli dei rapporti politici interni e internazionali. L'opportunità di avviare trattative al fine di addivenire all'accordo bilaterale è una scelta di cui il Governo può essere chiamato a rispondere politicamente di fronte al Parlamento, ma non in sede giudiziaria. Per uno dei tanti commenti alla sentenza, si veda F. ABBONDANTE, S. PRISCO, *Intendersi sulle Intese*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, n. 3/2018, dal quale possono leggersi anche i riferimenti pregressi al dibattito dottrinale scaturito dalla pronuncia.

<sup>657</sup> Cons. St., sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502.

da un *movente politico* che perseguendo finalità ultronee rispetto a quelle previste dalla normativa internazionale ha finito per compiere plurime violazioni, dietro «lo strumentale ed illegittimo utilizzo di una potestà amministrativa».

Sulla qualificazione della decisione di non assegnazione del PoS come atto politico è in effetti possibile individuare tre posizioni tra i commentatori.

La prima<sup>658</sup> evidenzia il passaggio per cui quando l'atto del Governo incida negativamente nella sfera dei diritti individuali protetti dalla Costituzione, l'atto in questione «cessa di essere “politico” e perde qualsiasi pretesa di sottrarsi al giudice»; la seconda<sup>659</sup> è quella di chi, invece ricostruendo la categoria dell'atto politico come garanzia di insindacabilità dell'esercizio della responsabilità politica “libera nel fine”, critica la ricostruzione fattane dal Tribunale dei Ministri, poiché misconoscerebbe il bene giuridico protetto, ossia: la democrazia rappresentativa, libera dal sindacato dei giudici, purché non sia eversiva. Pertanto «la vicenda della nave Diciotti non è una questione di diritti, ma di *diritto* di un Ministro, meglio del Governo, a corrispondere al mandato ricevuto dall'elettorato»;

la terza<sup>660</sup>, che si pone in posizione intermedia, richiamando espressamente la sent. 81/2012 della Corte Cost. e rammentando come la validità e la legittimità dell'atto politico sia segnata dal rispetto dei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale, quanto a livello legislativo. «Il punto allora è valutare se, nel caso in specie, il comportamento del ministro dell'interno fosse l'unico possibile per tutelare le ragioni di interesse pubblico oppure se vi fossero nel caso in specie alternative non configuranti ipotesi delittuose».

È opportuno rilevare sul tracciato offerto dalla giurisprudenza costituzionale (già richiamata in nota, con le sentt. 81/2012 e 52/2016), che l'atto politico non è *legibus solutus*, ma deve esser esercitato secondo modalità che siano compatibili con l'ordinamento. Ricorda infatti la Corte che «gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto legislativo». Nel caso di specie vi è poi un elemento ulteriore da indicare: l'atto politico in questione si è sovrapposto all'ipotesi delittuosa, come qualificata dal Tribunale di Ministri, mentre le due categorie – atto politico e reato ministeriale – non sono tra loro alternative e possono, come nel caso è accaduto, coincidere.

La relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari<sup>661</sup> sulla domanda di autorizzazione a procedere assume che la determinazione della natura

---

<sup>658</sup> R. BIN, *Halloween! Il Caso Diciotti e il fantasma dell'atto politico*, in *laCostituzione.info*, 1° novembre 2018. L'A. precisa che il giudizio del Procuratore di Catania cade in errore quando non si interroga se l'atto in questione abbia violato i diritti individuali. Senza questa valutazione, la categorizzazione di atto politico diventa una mera petizione di principio, che non coglie la *ratio* dell'atto politico.

<sup>659</sup> G. CERRINA FERONI, *La sindacabilità giudiziaria dell'atto politico. Un'aberrazione costituzionale*, in *laCostituzione.info*, 7 febbraio 2019.

<sup>660</sup> S. CERRERI, *L'atto politico è sempre insindacabile?*, in *laCostituzione.info*, 9 febbraio 2019.

<sup>661</sup> Da un punto di vista procedurale, ex art. 9 della l. cost. 1/1989, la relazione della Giunta rappresenta il momento di definitiva cristallizzazione della valutazione della vicenda su cui

di atto politico dell'attività posta in essere dal senatore Salvini non sia dirimente per la Giunta e per l'Assemblea che, oltre a poter svolgere già in altra sede (quella fiduciaria, politica) il sindacato sugli atti del Governo, è chiamata invece a valutare un diverso elemento, ossia l'interesse pubblico governativo, che può teoricamente sussistere anche con riferimento agli atti amministrativi o di alta amministrazione. L'attenzione è dunque rivolta alla ministerialità del reato e alla ricorrenza delle esimenti *extra ordinem*.

A ben vedere, peraltro, già la dottrina richiamata<sup>662</sup> aveva espresso talune perplessità sul vano esercizio di impegnarsi nella specie intorno alla qualificazione dell'atto politico, avendo spostato il *focus* su un altro punto, se cioè possa l'atto politico essere insindacabile quantunque abbia leso diritti inviolabili come la libertà personale. Potrebbe così ritenersi insindacabile perfino l'omicidio di Stato. Ancora, c'è chi ha sottolineato come il caso *Diciotti* sia un «*experimentum crucis* sul senso del costituzionalismo e sul suo stato di salute (...) può un governo decidere deliberatamente di non rispettare un diritto fondamentale di alcuni soggetti, espressamente previsto dalla Costituzione, per perseguire quello che ritiene il preminente interesse pubblico o anche un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante (che immagino sia la difesa dei confini)?»<sup>663</sup>. In presenza di condotte che ledano in maniera irreversibile i diritti fondamentali non potrebbe configurarsi il reato ministeriale e in tal caso la condotta ricadrebbe nell'area dei reati comuni e seguirebbe l'*iter* ordinario<sup>664</sup>.

La prima questione che la Giunta ha affrontato è stata quella relativa alla natura ministeriale del reato, sostenendo l'argomento funzionalista<sup>665</sup> e che la permanenza

---

l'Assemblea è chiamata a pronunciarsi, potendo approvare o respingere la proposta della Giunta a maggioranza assoluta, ma senza avere modo di emendare tale parere.

<sup>662</sup> *Ibidem*; si veda anche L. BRUNETTI, *L'atto politico ministeriale come atto potenzialmente «esente da giurisdizione» (quand'anche astrattamente reato)*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 30 gennaio 2019 e ID., *Ancora sulla insindacabilità degli atti politici ministeriali. Può davvero una legge costituzionale permettere la violazione dei diritti fondamentali?*, ivi, 18 marzo 2019, il quale sottolinea in entrambi gli scritti che il tema non è tanto la natura dell'atto, «ma il ben diverso (e assai più delicato problema) se il Parlamento possa deliberare che un “atto politico”, o preteso tale, possa incidere negativamente, ovvero negare radicalmente una libertà costituzionalmente tutelata, operando al di fuori della legalità (anche costituzionale)».

<sup>663</sup> E. SANTORO, *Op. cit.*

<sup>664</sup> Valutazione che verrà ripresa anche più avanti nella relazione, così chiarendo: «La configurazione di ministerialità di un reato si arresta quindi alle soglie della lesione irreversibile di diritti fondamentali, essendo talmente grave l'ipotetica lesione – palesemente *contra constitutionem* – di tali diritti, da alterare la natura precipua del reato e da sottrarlo conseguentemente dall'area della connessione funzionale e della ministerialità» (p. 13). A sostegno della sua tesi la Giunta porta l'esempio del Ministro che ordina alle forze dell'ordine di sparare sui manifestanti, ipotesi che cadrebbe fuori dell'alveo ministeriale.

<sup>665</sup> La Giunta accoglie la “tesi funzionale” del reato ministeriale (cfr. Sez. Un. sent. 1° agosto 1994, n. 14 e Cass. pen., sent. del 30 luglio 1998, n. 8854), ma si deve comunque evidenziare che questa non è l'unica opzione teorica, seppur prevalente in dottrina e giurisprudenza, per inquadrare la ministerialità del reato. Ad essa si affianca la “tesi politica”, argomentata dalla definizione presente all'art. 8, co. 3 c.p. Per una più estesa ricostruzione degli indirizzi

a bordo della nave non aveva causato la lesione irreversibile dei diritti fondamentali dei naufraghi; che non era stata compressa la libertà personale, ma quella di circolazione, poiché una volta sbarcati i naufraghi sarebbero stati accompagnati negli *hotspot*; infine che gli stranieri non sono titolari di un diritto assoluto di accesso e circolazione sul territorio nazionale.

Valutata la natura ministeriale del reato, l'attenzione si è spostata sulla ricorrenza o meno delle due esimenti indicante. A tal proposito la Giunta ha sostenuto che si è trattata di una scelta politica compiuta dall'intero Esecutivo, affermando che l'interesse pubblico perseguito consisteva nel tentativo di dare una regolamentazione più rigorosa e corretta alla gestione dei flussi migratori. In tal modo la Giunta ha proposto di negare l'autorizzazione a procedere e ha ottenuto il voto favorevole in Senato.

Parte della dottrina ha sin da subito evidenziato tre aporie nella conclusione (e prima ancora negli argomenti) della relazione: la prima in riferimento alla qualificazione di reato ministeriale- cui si è giunti aggiungendo un argomento al classico binomio della qualifica soggettiva dell'autore e del nesso tra la condotta e le funzioni esercitate dal Ministro, *i.e.* quello della teoria della reversibilità della lesione dei diritti inviolabili; una tesi che non era presente nella richiesta del Tribunale di Catania e che dunque avrebbe determinato la ricorrenza dell'eccesso di potere sotto il profilo istruttorio<sup>666</sup>, dal momento che la Giunta non può respingere la richiesta di autorizzazione a procedere introducendo una diversa definizione di reato ministeriale.

La seconda contraddizione logico-argomentativa notata riguarda la differente valutazione del bene giuridico leso, in quanto per il Tribunale etneo non vi erano dubbi che il sequestro di persona aggravato sia *per tabulas* un reato che lede la libertà personale e non la libertà di circolazione della persona offesa. La diversa qualificazione operata dalla Giunta è apparsa un *escamotage* tecnico-giuridico<sup>667</sup>, per sostenere l'esito del bilanciamento degli interessi operato dall'Esecutivo tra limitazione alla circolazione e "difesa" dei confini quale interesse pubblico preminente. Infine, lo snodo degli eventi tra il 20 e il 25 agosto non depone a favore della tesi dell'azione governativa, poiché l'IMRCC — che fa capo al Ministro dei Trasporti delle Infrastrutture — assumeva su di sé il coordinamento dell'operazione di salvataggio e ordinava alla nave di dirigersi verso il porto di Catania e quivi rimaneva ferma per cinque giorni in seguito all'interdittiva del Ministro dell'Interno. In altre parole, i due Ministri avevano dato ciascuno ordini<sup>668</sup> — uno che prendeva in

---

dottrinali afferenti alle due opzioni teoriche e per una loro analisi anche in chiave storica si rinvia a L. MASERA, *Op. ult. cit.*, e a M. PATI, *Profili sostanziali e procedurali della disciplina dei reati ministeriali*, in *Nomos*, n. 3/2014.

<sup>666</sup> In tal senso A. CIERVO, *Ancora sul parere della Giunta del Senato per le immunità sul caso Diciotti*, in *Questione Giustizia*, 18 marzo 2019; M.C. CAVALLARO, *Procedura amministrativa, funzioni di governo e libertà fondamentali nella "vicenda Diciotti"*, in *Dir. pen. cont.*, 5 giugno 2019; L. MASERA, *Op. cit.*

<sup>667</sup> *Ibidem*.

<sup>668</sup> *Ibidem*; P.A. si sofferma sul procedimento amministrativo che accompagna lo sbarco di una nave, esso si articola in tre fasi: «nella prima, il Ministro competente (quello dei Trasporti e delle Infrastrutture) autorizza la nave ad entrare in porto; nella seconda, il Ministro

carico l'operazione di soccorso in mare e l'altro che si opponeva allo sbarco – confliggenti.

### 3.2 (segue) Ragion di Stato o ragion di diritti?

Tra i quesiti su cui pure la dottrina ha posto l'accento merita un approfondimento specifico la domanda circa il rapporto esistente tra i valori irrinunciabili del nostro sistema giuridico e i limiti alla potestà governativa nell'ambito dei reati ministeriali. Vi è chi<sup>669</sup> ha individuato somiglianze tra la responsabilità ministeriale e la disciplina relativa alle garanzie funzionali che assistono il personale dei servizi di informazione per la sicurezza (i cc.d.d servizi segreti). Verso questi ultimi l'ordinamento appresta una tutela specifica, consistente nella non punibilità dei reati commessi che siano stati legittimamente autorizzati dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dall'Autorità delegata al fine di garantire la sicurezza nazionale, ai sensi dell'art. 17, co. 1, della l. 3 agosto 2007, n. 124<sup>670</sup>. Siffatta autorizzazione, per espressa previsione legislativa, non può peraltro spingersi fino a giustificare ipotesi delittuose dirette a mettere in pericolo o a ledere la vita, l'integrità fisica, la personalità individuale, la libertà personale, la libertà morale, la salute o l'incolumità di una o più persone (individuazione dei reati sulla base del bene giuridico protetto, art. 17, co. 2<sup>671</sup>).

---

competente (quello dell'Interno) indica il Pos (*Place of safety*), indica cioè alla nave qual è il punto sicuro del porto in cui potrà attraccare; nella terza, infine, il Ministro competente (ancora quello dell'Interno) definisce con il personale di pubblica sicurezza a terra le modalità delle operazioni di sbarco sul molo».

<sup>669</sup> V. ONIDA, *I criteri per valutare la condotta del ministro*, su *Il corriere della sera*, 8 febbraio 2019.

<sup>670</sup> Fermo quanto disposto dall'articolo 51 del codice penale, non è punibile il personale dei servizi di informazione per la sicurezza che ponga in essere condotte previste dalla legge come reato, legittimamente autorizzate di volta in volta in quanto indispensabili alle finalità istituzionali di tali servizi, nel rispetto rigoroso dei limiti di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 del presente articolo e delle procedure fissate dall'articolo 18.

<sup>671</sup> Al comma 3 dell'art. 17 è introdotto accanto al criterio del bene giuridico quello dell'individuazione nominale dei reati (nei casi di delitti di cui agli articoli 289 e 294 del codice penale e di delitti contro l'amministrazione della giustizia, salvo che si tratti di condotte di favoreggiamento personale o reale indispensabili alle finalità istituzionali dei servizi di informazione per la sicurezza e poste in essere nel rispetto rigoroso delle procedure fissate dall'articolo 18, sempre che tali condotte di favoreggiamento non si realizzino attraverso false dichiarazioni all'autorità giudiziaria oppure attraverso occultamento della prova di un delitto ovvero non siano dirette a sviare le indagini disposte dall'autorità giudiziaria. La speciale causa di giustificazione non si applica altresì alle condotte previste come reato a norma dell'articolo 255 del codice penale e della legge 20 febbraio 1958, n. 75, e successive modificazioni), al comma 4 il criterio *per relationem* (non possono essere autorizzate, ai sensi dell'articolo 18, condotte previste dalla legge come reato per le quali non è opponibile il segreto di Stato a norma dell'articolo 39, comma 11, ad eccezione delle fattispecie di cui agli articoli 270-bis, secondo comma, e 416-bis, primo comma, del codice penale) e per finire al comma 5 si fa riferimento al *locus commissi delicti* (nelle sedi di partiti politici rappresentati in Parlamento o in un'assemblea o consiglio regionale, nelle sedi di organizzazioni sindacali) o alla qualificazione professionale delle persone offese dal

La speciale causa di giustificazione si applica inoltre in presenza di quattro circostanze: che le condotte siano state poste in essere «nell'esercizio o a causa di compiti istituzionali dei servizi di informazione per la sicurezza, in attuazione di un'operazione autorizzata e documentata»; siano al tempo stesso «indispensabili e proporzionate al conseguimento degli obiettivi dell'operazione non altrimenti perseguibili», costituenti «frutto di una obiettiva e compiuta comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti» ed infine «effettuate in modo tale da comportare il minor danno possibile per gli interessi lesi» (art. 17, co. 6).

Pur nelle differenze delle rispettive procedure<sup>672</sup> e nell'assenza di limiti così espressi per i reati ministeriali, le indicazioni sulla proporzionalità e la indispensabilità delle misure adottate possono essere un valido supporto nell'individuazione dei contorni del preminente interesse pubblico in gioco. In chiave comparativa si potrebbero assumere cioè tali parametri anche per la valutazione della sussistenza delle esimenti previste per i reati ministeriali, valutando secondo la tecnica del bilanciamento che i valori temporaneamente compressi, riconducibili alla categoria dei diritti umani fondamentali, siano stati rispettati nell'ottica del *least-restrictive means* e del nesso di congruità, soppesando gli effetti in termini di benefici/sacrifici e l'adozione della misura che ha causato minori sacrifici possibili.

L'altra linea argomentativa dottrinale evidenzia che, in assenza di indicazioni sulla delimitazione delle condotte governative che incidono sui diritti fondamentali nel testo costituzionale, il riferimento più prossimo è offerto dall'art. 15 CEDU.

Tale disposizione ammette la possibilità di adottare, in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, misure in deroga agli obblighi della Convenzione, fatta salva l'assoluta inderogabilità del diritto alla vita (art. 2), del

---

reato (i giornalisti professionisti iscritti all'albo). Il giudizio della dottrina sulla stratificazione di cinque differenti criteri per l'individuazione dei reati sottratti ad autorizzazione è critico, giacché questo non facilita la lettura dei valori sottesi alla scelta del legislatore. Si leggano P. PISA, *Le garanzie funzionali per gli appartenenti ai servizi segreti*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 1431 ss.; P. BONETTI, *Profili costituzionali delle garanzie funzionali per gli agenti dei Servizi di informazione per la sicurezza*, in *Perorsi cost.*, n. 1/2008, pp. 45 ss; A. PACE, *I "fatti eversivi dell'ordine costituzionale nella legge 801 del 1977 e nella legge n. 124 del 2007*, in *federalismi.it*, n. 2/2009. Con riferimento alla trattazione dell'odierna questione e l'ausilio che la disciplina sui servizi segreti può offrire si veda L. MASERA, *Immunità della politica e diritti fondamentali*, cit., p. 148.

<sup>672</sup> Affinché possa operare la speciale causa di giustificazione dell'art. 17 l. 124/2017 è anzitutto necessario che la condotta sia stata autorizzata dal Presidente del Consiglio secondo la procedura prevista dall'art. 18 della stessa legge; in ogni caso per ottenere l'autorizzazione in via procedurale la condotta deve assolvere ai requisiti sostanziali di cui all'art. 17, co. 6 (vedi *infra*). Nel caso dell'avvio delle indagini preliminari sulla condotta autorizzata, il direttore del servizio può opporre l'esistenza della speciale causa di giustificazione (art. 19, co. 1), in tal caso il Procuratore della Repubblica ne chiederà conferma al Presidente del Consiglio (co. 2), il quale in caso l'abbia rilasciata deve darne comunicazione entro dieci giorni indicando anche i motivi (co. 4). Il giudice poi, su richiesta del pubblico ministero o d'ufficio, pronuncerà, a seconda dei casi, sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione (co. 6). È riconosciuto altresì il potere di sollevare conflitto di attribuzione.

divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3), del divieto di schiavitù (art. 4, par. 1) e dei principi *nullum crimen nulla poena sine lege* (art.7).

Il parallelismo che può individuarsi con la vicenda qui in esame attiene alla possibilità di individuare un *nocciolo duro*<sup>673</sup> dei diritti fondamentali che neppure durante lo stato di necessità può essere derogato e che nella prospettiva della tutela integrata dei diritti fondamentali tra Carta Costituzionale e Convenzione Edu sarebbe da tenere in considerazione anche nell'adozione di decisioni sul bilanciamento con un eventuale preminente interesse pubblico da perseguire. La dottrina ha evidenziato che il catalogo dei diritti incompressibili corrisponde altresì a quelle violazioni per cui la Corte Edu ha ritenuto sussistente la necessità di una tutela penale<sup>674</sup>: «i limiti oltre i quali non può mai spingersi la ragion di Stato, insomma, sono fissati da quei medesimi diritti che devono essere presidiati dalla sanzione penale, a testimonianza di una immanente convergenza tra tutela dei valori fondamentali delle società democratiche e contrasto all'impunità di chi si sia reso responsabile delle violazioni più gravi di tali valori»<sup>675</sup>.

Dopo aver ripercorso l'intera vicenda da un punto di vista procedurale e sostanziale, vi è l'ultima questione rimasta irrisolta e che costituisce uno dei nodi principali, con il quale la formula della *ragion di Stato*, migrata dallo Stato liberale a quello costituzionale, deve misurarsi, ossia quella dell'assunta insindacabilità della valutazione svolta ai sensi dell'art. 9, co. 3 l. cost. 1/1989.

Il caso *Diciotti* ha portato sul tavolo della discussione costituzionale un tema finora inedito: la punibilità del reato, commesso da un Ministro (o dall'intero Esecutivo) nell'esercizio delle sue funzioni, che sia stato lesivo dei diritti inviolabili della persona. Statuire l'insindacabilità della decisione da parte dell'Assemblea parlamentare rischia di condurre all'estrema ipotesi di un'abdicazione della tutela dei diritti costituzionali da parte dell'organo che per antonomasia è il custode della Carta e della democrazia. Ci si è dunque chiesti: «Una Camera, che rappresenta il popolo sovrano, può riconoscere legittimo un atto compiuto in violazione dei limiti previsti dalla Costituzione all'esercizio della sovranità popolare?»<sup>676</sup>. Di fronte a tale scenario quali sono le tecniche di garanzia dei diritti costituzionali violati?

---

<sup>673</sup> L. MASERA, *Op. cit.*, p. 131 nota la coincidenza tra il nucleo duro dei diritti fondamentali ex art. 15 CEDU con quelli per i quali è necessariamente richiesta l'avvio dell'indagine penale volta a punire i responsabili delle loro violazioni.

<sup>674</sup> *Ivi*, p. 119 s.(si rinvia alla nota bibliografica dell'autore in materia di obblighi di tutela penale). Venendo alla questione che qui interessa chiarire, non esiste un catalogo di diritti dalle cui violazioni corra un obbligo di incriminazione ma la struttura casistica dell'applicazione della Convenzione restituisce una ricca giurisprudenza che va man mano ampliando il novero dei diritti la cui violazione pone appunto un obbligo di tutela penale in capo agli Stati. Il *leading case* è sicuramente *X e Y c. Paesi Bassi*, riconducibile alla violazione dell'art. 8 CEDU. Tra le decisioni più numericamente consistenti, nelle quali si afferma l'obbligo in commento, rientrano in particolare quelle per violazione degli artt. 3, 2, 4 e di recente 14 CEDU.

<sup>675</sup> *Ivi*, p. 131.

<sup>676</sup> E. SANTORO, *Op. cit.*; in proposito può leggersi anche A. MORELLI, *Principio di legalità vs. «preminente interesse pubblico»?*, cit., il quale esprime le stesse perplessità intorno all'idea che la

### 3.3 (segue) Ci sarà “un giudice a Berlino” dei diritti *inviolabili* (ma concretamente) *violati*?

La strada delle garanzie giurisdizionali individua in realtà due percorsi, quello della Corte di Strasburgo e quello della Corte Costituzionale.

Rispetto alla giurisprudenza della CEDU, è noto come la Corte abbia più volte chiarito che lo Stato «has the right to control the entry of non-nationals into its territory» (*Abdulaziz e altri c. Regno Unito*), diritto che tuttavia non può legittimare l'adozione di pratiche incompatibili con gli obblighi sanciti nella Carta, neppure di fronte alle difficoltà derivanti dal crescente flusso di migranti e di richiedenti asilo negli Stati situati ai confini dell'Unione europea (*M.S.S. c. Belgio e Grecia*). Si ricorda infatti come proprio la cattiva gestione degli sbarchi nei porti italiani sia già stata stigmatizzata dalla Corte Edu in due occasioni, nella causa *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, per i respingimenti collettivi in alto mare dei migranti e per non essere stato consentito ai ricorrenti di poter contestare dinanzi ad un'autorità competente la legittimità del respingimento cui erano sottoposti e, caso ancora più rilevante, nel caso *Kblajfia e altri c. Italia*<sup>677</sup>, nel quale è stata emessa condanna del nostro Stato nel caso di trattenimento di tre cittadini tunisini nel 2011, per alcuni giorni, nel centro di prima accoglienza di Lampedusa e successivamente sulle navi militari *Vincent* e *Audacia*, ancorate nel porto di Palermo, prima di essere rimpatriati. La Grande Camera, in parziale riforma della prima sentenza, condannò l'Italia per la violazione, tra gli altri, dell'art. 13, in combinato disposto con l'art. 3 Cedu. La Corte in tale occasione ha chiarito che i problemi di gestione dei flussi migratori non possono ledere i diritti riconosciuti dalla Carta, tra cui il diritto a presentare ricorso contro la privazione della libertà personale. Secondo la Corte, «perché sia effettiva e permetta di identificare e di perseguire i responsabili, un'indagine deve essere avviata e condotta con celerità» e, una volta avviata, «le autorità giudiziarie nazionali non devono in alcun caso mostrarsi disposte a lasciare impunte delle aggressioni contro

---

*salus rei publicae* possa legittimare qualsiasi violazione della legalità (penale e persino costituzionale). In particolare, questo ragionamento — nell'ambito del fenomeno migratorio — di condurre la materia verso una sorta di zona franca dal diritto costituzionale, in nome di un «preminente interesse pubblico» il cui contenuto sarebbe rimesso, in definitiva, all'«insindacabile» volontà espressa dal circuito maggioranza parlamentare-Esecutivo. Dello stesso avviso R. BIN, *Processare Salvini equivale a processare il Governo?*, cit., che in maniera forse provocatoria richiama la difesa di Mussolini nel caso Matteotti.

<sup>677</sup> Corte EDU, Grande Camera, sent. 15 dicembre 2016, ricorso n. 16483/12, per un commento alla stessa cfr. *ex multis*: P. BONETTI, *Kblajfia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quad. cost.*, fasc.1/2017, pp. 176-80; F. CANCELLARO, *Migranti, Italia condannata dalla CEDU per trattenimenti illegittimi*, in *Questione Giustizia*, 11 gennaio 2017; A. GILIBERTO, *La pronuncia della Grande Camera della Corte Edu sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016; A. MUCCIONE, *Procedure di rimpatrio degli stranieri irregolari e divieto di espulsioni collettive nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani sul caso Kblajfia*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2017.

l'integrità fisica e morale delle persone. Ciò è indispensabile per mantenere la fiducia del pubblico e garantire la sua adesione allo Stato di diritto, nonché per prevenire ogni accenno di tolleranza di atti illegali o di possibile collusione nella loro perpetrazione» (*Nasr e Ghali c. Italia*).

Alla luce delle pregresse condanne all'Italia rispetto ad eventi che presentano forti analogie fattuali con il caso *Diciotti*, la strada del ricorso alla Corte di Strasburgo sembra poter essere verosimilmente “promettente”<sup>678</sup>. Sarebbe inoltre ammissibile anche il ricorso interstatale ai sensi dell'art. 33 della Convenzione, che — seppur caduto in disuso — rappresenta «uno strumento per portare all'attenzione della Corte “una questione che tocca l'ordine pubblico dell'Europa”»<sup>679</sup> e che potrebbe essere un segnale di condivisione di una gestione delle complesse questioni migratorie nel prisma della tutela dei diritti umani.

Dinanzi all'indubbio contributo che la giurisprudenza di Strasburgo ha avuto nella tutela dei diritti umani, non si possono peraltro trascurare anche i recenti orientamenti più restrittivi della medesima Corte, in ordine alla tutela dei diritti umani.

Il *revirement* della Corte è stato definito dalla dottrina «come affermativo[a] di uno *standard* minimo di tutela dei diritti fondamentali dello straniero»<sup>680</sup>.

---

<sup>678</sup> La strada del ricorso dinanzi la Corte di Strasburgo è stata sostenuta da F. BAILO, *Il “caso Diciotti” e la “prova di forza” con l'Ue: fare i conti con la legalità*, in *laCostituzione.info*, 26 agosto 2018 e E. SANTORO, *Op. cit.*, che osserva tra l'altro che la strada del conflitto di attribuzione appare meno praticabile rispetto a quella del ricorso alla Corte Edu. L'A. trova un precedente della Corte che si presta più di tutti a studiare la vicenda *Diciotti*, ossia appunto quello della Corte Edu, 23 febbraio 2016, *Nasr e Ghali c. Italia*, Ric. 44883/09, di cui al testo, con il quale Corte si è già attribuita il compito di affermare il diritto delle parti lese all'effettivo perseguimento degli autori della violazione degli articoli 3 e 5 della Convenzione: una vicenda — scrive l'A. — «che mette bene in chiaro quale pericoloso piano inclinato si profili una volta che si ammetta che un ramo del Parlamento possa impedire di processare alcuni Ministri del Governo per aver violato un diritto fondamentale». L'A. considera particolarmente interessante la sentenza, poiché la Corte a più riprese afferma che la garanzia ineludibile dell'art. 5 contro l'esercizio arbitrario del potere statale trova il suo fondamento nella necessità «di scoprire e prevenire misure che possono mettere in pericolo la vita dell'interessato o gravi maltrattamenti che violano le garanzie fondamentali di cui agli articoli 2 e 3 della Convenzione». La tutela della libertà individuale è in definitiva una previsione fondamentale, contro il rischio che dalla sua erosione si «potrebbe sradicare la preminenza del diritto e rendere inaccessibili ai detenuti le forme più rudimentali di protezione giuridica».

<sup>679</sup> E. SANTORO, *Op. loc. cit.*

<sup>680</sup> F. DE VITTOR, *Migrazioni, frontiere e tutela dei diritti dello straniero: il controllo dei confini nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Diritto Costituzionale*, cit., pp. 81-112. Secondo l'A. lo *standard* dei diritti fondamentali dei migranti, con riferimento all'attraversamento della frontiera appare ridotto al punto tale che potrebbe dirsi addirittura illusorio in particolar modo ricostruendo i recenti arresti giurisprudenziali in riferimento al principio di effettività dei diritti con riguardo all'ambito di applicazione della Convenzione (*M.N. e altri c. Belgio*) e con riferimento al contenuto dei diritti garantiti ai migranti (*J.R. e altri c. Grecia*). Nel primo caso la Corte ha escluso l'applicazione della Convenzione alle persone

Vi è poi un altro elemento da considerare, ossia l'orientamento che emerge dalla giurisprudenza della Corte in materia di violazione dell'art. 5 CEDU nelle zone di transito. Nella distinzione tra misura restrittiva della libertà personale piuttosto che contenitiva della libertà di circolazione, la Corte di Strasburgo adotta un criterio di natura "quantitativa"<sup>681</sup>, collegando durata lunga e modalità rigide di attuazione (ad es. alla possibilità di comunicare con l'esterno o di allontanarsi) alla restrizione della libertà personale e viceversa durata ridotta e modalità *soft* alla limitazione della libertà di circolazione.

Dall'applicazione dei criteri così elaborati deriverebbe che, pur in presenza di una durata lunga della misura, combinata con modalità non rigide dello stesso, il trattenimento potrebbe esser considerato "solo" un confinamento.

Sui diritti fondamentali di chi attraversa la frontiera e restrizione della libertà personale deve essere menzionata la recente sentenza della Gran Camera della Corte Edu nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*<sup>682</sup>, a proposito del trattenimento dei richiedenti asilo nella zona di transito ungherese di Röszke, al confine con la Serbia. La Corte, con l'*overruling* dalla precedente decisione della IV sezione sul medesimo caso, ha affermato che all'interno della zona di transito in questione i ricorrenti non si trovassero in una situazione di detenzione *de facto* contraria all'art. 5 della Carta. La corretta qualificazione giuridica nella zona d'attesa, nel caso di specie, non è di "trattenimento", bensì di "permanenza" («da notare la terminologia usata dalle parti:

---

che presentano domanda di visto d'ingresso umanitario presso le rappresentanze consolari o diplomatiche e il conseguente obbligo degli Stati di verificare che il rifiuto possa esporre il richiedente a subire trattamenti inumani e degradanti. Nell'altro, ha ritenuto che le condizioni di trattenimento negli *hotspot* greci non fossero tali da ritenere superata la soglia di applicazione dell'art. 3 Cedu, nonostante le plurime denunce sulle difficoltà di accesso al cibo e all'acqua potabile: un atteggiamento indulgente tanto più grave, ovi si consideri che il trattenimento riguarda anche la categoria più vulnerabile per eccellenza, quella dei minori.

<sup>681</sup> Sul punto si veda R. CHERCHI, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2019, p. 38 ss. (spec. p. 52), il quale nota che sulla base del criterio quantitativo adottato dalla Corte EDU, un trattenimento "breve" (ragionevolmente della durata di minuti o di ore), con limitata libertà di movimento, facoltà di comunicare con l'esterno e assistenza sociale e legale, inciderà sulla "sola" libertà di movimento.

<sup>682</sup> Corte EDU, Grande Camera, sent. 21 novembre 2019, ricorso n. 47287/15. Gli argomenti utilizzati dalla Gran Camera possono essere così sintetizzati: 1) i ricorrenti si sono recati volontariamente nella zona di transito ungherese, attraversando la Serbia Paese di primo arrivo e nel quale non erano in pericolo la loro vita e la loro incolumità (par. 221-23); 2) la permanenza a Röszke rientra nel regime giuridico adottato dal Paese nell'attesa dell'espletamento delle verifiche necessarie a stabilire se il richiedente possa essere autorizzato all'ingresso (par. 224); 3) la durata della misura, di 23 giorni è stata considerata pertinente rispetto all'espletamento della domanda d'asilo, termine tanto più ragionevole tenuto conto della crisi migratoria in corso lungo quel confine; 4) la significativa restrizione alla libertà di circolazione non ha limitato la libertà dei ricorrenti inutilmente o in una misura o in un modo estraneo all'esame delle loro domande di asilo. Infine, l'argomento principale è quello secondo il quale i ricorrenti avevano la concreta possibilità di lasciare la zona di transito in qualsiasi momento per rientrare in Serbia (par. 236-41).

“*confinement*” per i ricorrenti, “*accommodation*” per il Governo, un più neutrale “*stay*” per la Corte»<sup>683</sup>).

Nel tracciare la distinzione tra una restrizione alla libertà di circolazione e la privazione della libertà della situazione dei richiedenti asilo, la decisione precisa che è necessario adottare un approccio pratico e realistico, che tiene conto delle condizioni e delle sfide odierne.

I fattori “realistici” presi in considerazione, che hanno spinto la Gran Camera a ribaltare la precedente sentenza e a “demistificare” i suoi precedenti, relativi a forme di privazione di libertà personale in zone di transito e ai Centri di accoglienza (tra i tanti si citano i casi *Amuur c. Francia*; *Kblajfia e altri c. Italia*; *J.R. e altri c. Grecia*; *Kaak e altri c. Grecia*), hanno fatto perno sul potere dello Stato di essere sovrano nei propri confini. L’altro argomento di rilievo è stato quello della forte crisi migratoria, che ha posto l’Ungheria nella situazione di dover adottare celeri soluzioni per far fronte alla pressione significativa lungo confine con la Serbia. È stato poi considerato l’argomento “quantitativo” e dunque ritenuta ragionevole la durata della restrizione della libertà nella zona di attesa. Infine è stata valutata la peculiarità della frontiera terrestre, che consentirebbe al migrante di riappropriarsi della propria libertà in qualsiasi momento.

La Corte, richiamando il suo stesso precedente nel caso *Amuur*, precisa che nella vicenda la zona di attesa aeroportuale non consentiva ai ricorrenti, né in teoria, né in pratica, di lasciare quella *zone d’attente* senza autorizzazione. Mentre in quel caso i ricorrenti avrebbero potuto lasciare la zona di transito solo a bordo di un aereo e senza garanzie diplomatiche circa la loro unica destinazione, la Siria (Stato non aderente alla Convenzione di Ginevra del 1951), nell’odierna vicenda era invece nella possibilità concreta dei ricorrenti fare ritorno a piedi in Serbia (Stato aderente alla Convenzione del 1951). Questi elementi hanno condotto la Corte a concludere che la permanenza nella zona di transito ungherese sia stata “volontaria” e non coatta<sup>684</sup>. In tal modo la Grande Camera ha riabilitato le zone di transito come strumento di gestione dei flussi migratori, tenendo principalmente in considerazione la prospettiva statualistica. Si segnala, infine, il diverso orientamento della Corte di

---

<sup>683</sup> F.L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell’Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU)*, in *ADiM Blog*, gennaio 2020.

<sup>684</sup> Sul punto è particolarmente perplesso S. PENASA, *Paese terzo sicuro e restrizione della libertà delle persone richiedenti asilo: il caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 1/2020, pp. 180-183. L’A. sottolinea che la Corte sembra non aver considerato diversi elementi sull’accesso volontario nella zona d’attesa “incriminata”, la quale per inciso è fortificata da filo spinato e recinzione. Questa rappresenta l’unica modalità per avere accesso alla procedura asilo alla luce del diritto ungherese nonostante il diritto europeo vieta il trattenimento di richiedenti asilo al solo fine di esaminare la relativa domanda (art. 28 del regolamento n. 604/2013; art. 8 direttiva accoglienza n. 2013/33/Eu). Vi è di più, la possibilità per i ricorrenti di lasciare volontariamente la zona di transito determina tutta una serie di conseguenze giuridiche, come l’automatico rigetto della domanda d’asilo, il rischio di respingimenti a catena e così via, che incidono in modo significativo sulla possibilità di qualificare come effettivamente libera tale scelta.

Giustizia UE<sup>685</sup>, che in riferimento alla medesima zona di transito con una pronuncia più coraggiosa ha dichiarato che nel campo di Röszke il governo ungherese non stava semplicemente limitando la libertà di circolazione dei richiedenti asilo, bensì al suo interno si stava verificando una vera e propria privazione di tale libertà per un periodo superiore rispetto a quello previsto dalle direttive dell'UE.

La vicenda portata alla cognizione della Corte di Strasburgo, letta in prospettiva, non fa che confermare il favore della sua giurisprudenza verso le istanze nazionalistiche di chiusura ed esternalizzazione delle frontiere, insopportabile per un sistema la cui coerenza richiede una tutela universale dei diritti umani. Il sistema dei diritti si trova così «a confrontarsi con un sostanziale svuotamento dei suoi contenuti essenziali, dal momento che un principio di questo tipo o è incondizionatamente, o non è»<sup>686</sup>. Al di là degli orientamenti espressi dalla Corte Edu, rimane comunque evidente che, in assenza di un rimedio generale di *habeas corpus*<sup>687</sup> nell'ordinamento, il ricorso per violazione dell'art. 5 Cedu diventa l'unica azione che può essere esercitata da chi è privato di fatto della propria libertà personale e non ha strumenti di giustizia domestica da far valere.

L'altra strada che la dottrina<sup>688</sup> ha individuato per assicurare la garanzia dei diritti fondamentali dimidiati da atti governativi è stata quella del conflitto di attribuzione. La Costituzione ha inteso con l'art. 96 riconoscere al Presidente del Consiglio dei ministri e ai Ministri stessi una forma di immunità in senso lato, da interpretate in maniera rigorosa, costituendo un'eccezione al principio di uguaglianza. La stessa giurisprudenza costituzionale invita a fare un uso parsimonioso di detta immunità. La sindacabilità della decisione di mancata concessione dell'autorizzazione a procedere per il Ministro inquisito avrebbe potuto, in teoria, seguire la via del conflitto tra poteri in presenza di un'interferenza nell'esercizio della giurisdizione comune, verso la cui riesplorazione era diretta la riforma costituzionale del 1989. I conflitti prospettabili in casi come questi, in cui non si sono verificati vizi procedurali afferenti alla maggioranza raggiunta o alla Camera di provenienza, attengono alla sfera della motivazione del provvedimento finale. Quest'ultima infatti deve esser congrua e appropriata. Proprio in questo spazio di adeguatezza della motivazione si aprirebbe una breccia per il sindacato di costituzionalità, volto a verificare l'esistenza dei requisiti minimi da cui è possibile ricavare che la condotta incriminata sia stata effettivamente guidata dall'interesse costituzionalmente rilevante o dal preminente interesse pubblico. Nel caso quindi di una motivazione

---

<sup>685</sup> Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza del 14 maggio 2020, Cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS, FNZ, SA e SA junior c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*.

<sup>686</sup> F. DE VITTOR, *Op. cit.*, p. 112.

<sup>687</sup> Così F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?*, in *Sistema penale*, 28 settembre 2020, p. 19.

<sup>688</sup> Su tutti si veda A. CIANCIO, *Op. cit.*, p. 17, che, pur riconoscendo la ritrosia della Corte ad intervenire nelle questioni riconducibili al "cuore" dell'ordinamento parlamentare, rinviene nella giurisprudenza costituzionale, specialmente in tema di autodichia, la conferma che l'indipendenza delle Camere sugli altri poteri non possa compromettere i diritti fondamentali o pregiudicare l'attuazione dei principi inderogabili.

arbitraria, illogica o contraddittoria è ammissibile il ricorso *ex art.* 134 Cost<sup>689</sup>. Sul potere valutativo esercitato dalle Camere, la Consulta<sup>690</sup> ha chiarito che esso «non è arbitrario o soggetto soltanto a una regola interna di *self-restraint*. Nella nostra Costituzione, che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo (...) come valori fondamentali dell'ordinamento giuridico e prevede un organo giurisdizionale di garanzia costituzionale, il detto potere è soggetto a un controllo di legittimità, operante con lo strumento del conflitto di attribuzione, a norma degli artt. 134 Cost.».

La strada del conflitto di attribuzione non sembra tuttavia a chi scrive meno impervia di quella per Strasburgo, a causa delle peculiarità di questo tipo di giudizio e dell'elevato tasso di politicità della materia che ne dovrebbe essere l'oggetto, ossia: l'immigrazione.

La prima peculiarità è sintetizzabile nel pericolo che incombe sulla Corte di giurisdizionalizzare un conflitto che ha una forte componente di politicità, ove si consideri che «le immunità, (...), hanno sempre vissuto a cavallo di una linea di confine, tutt'altro che perfettamente visibile e definita, tra regole giuridiche e esigenze politiche, tra responsabilità giuridica e responsabilità politica»<sup>691</sup>.

Un giudizio siffatto, nel caso di specie, non avrebbe dovuto sindacare il merito della scelta politica compiuta dall'Esecutivo, ma verificare l'eventuale presenza di vizi motivazionali tali da incidere, comprimendola, sulla sfera di attribuzioni dell'autorità giudiziaria.

Tuttavia è difficile sostenere che avanzando tale pretesa non si richieda alla Corte di muoversi lungo il crinale di una mediazione strettamente valoriale, tra principi e interessi contrastanti. L'oggetto della richiesta in questo caso avrebbe dovuto coinvolgere infatti il bilanciamento<sup>692</sup> delle prerogative governative sul controllo delle frontiere.

Per quanto riguarda poi la peculiarità della materia, oramai da anni si assiste alla strumentalizzazione politica dell'immigrazione, di cui è prova il susseguirsi quasi convulso dei decreti legge negli ultimi anni.

La Corte Costituzionale non è insensibile a quest'aspetto, com'è possibile evincere dal suo *modus operandi* sul tema dell'ingresso dello straniero e su quello del controllo del territorio nazionale. In materia di ingresso è noto il suo orientamento: la natura degli interessi coinvolti determina che le ponderazioni sugli stessi spettino

---

<sup>689</sup> In tal senso L. CARLASSARE, *Art. 96*, cit., p. 475; A. CARMINATI, *La Corte Costituzionale decide i conflitti "Berlusconi" e "Mastella" in materia di reati ministeriali e "taglia i ponti" tra le camere e l'autorità giudiziaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012; E. VIVALDI, *La natura ministeriale del reato alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale: un punto di arrivo?*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2013; A. CIANCIO, *Op. cit.*, p. 15.

<sup>690</sup> Corte Cost., sent. n. 1150 del 1988.

<sup>691</sup> A. D'ALOIA, *Op. cit.*, p. 964.

<sup>692</sup> Si tratterebbe di uno di quei casi in cui si trasferiscono al giudizio per conflitto di attribuzioni le categorie del giudizio di ragionevolezza. Sul punto cfr. R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 124. In questi casi non ci si attenderà dalla Corte una decisione secca (fondatezza e/o inammissibilità) ma una valutazione che esprime la regola di prevalenza degli interessi coinvolti.

unicamente al legislatore, che dispone di un'ampia discrezionalità, limitata solo da scelte che risultino manifestamente irragionevoli (sent. 62/1994). Del pari, le ragioni di solidarietà non possono affermarsi al di fuori del bilanciamento con il compito ineludibile di presidiare le frontiere, che spetta unicamente al legislatore. Si tratta anche in questo caso di valutazioni di carattere sostanzialmente discrezionale (sent. 353/1997). Anche spostandosi sul versante dei diritti inviolabili e precisamente su quello della libertà personale, il *self-restraint* della Corte non muta, rimettendosi essa sempre alla necessità dell'intervento da parte del legislatore (da ultimo sent. 275/2017).

Pur condividendo e auspicando dunque una pronuncia coraggiosa della Corte che avesse affermato che nell'impronta personalista «la discrezionalità del Parlamento trova un limite invalicabile nel rispetto di tali diritti, e il superamento di tali limiti non può rimanere senza conseguenze»<sup>693</sup>, tale esito non sembra raggiungibile attraverso il conflitto di attribuzione. La richiesta rivolta alla Consulta sarebbe stata in sostanza quella di affermare che il Senato avrebbe sbagliato a ritenere sussistenti le esimenti, perché il Ministro inquisito aveva ritenuto in maniera manifestamente irragionevole prevalente l'interesse del controllo delle frontiere interne sugli altri interessi coinvolti. Questo non vuol dire che si sostiene l'idea che l'immigrazione e il controllo delle frontiere debbano esser considerate una “zona franca” e sottratta al sindacato di costituzionalità, ma solo che l'esito di una pronuncia favorevole non sarebbe stata affatto scontata.

Vi è poi un altro argomento da considerare. Ove fosse stata accertata l'illegittimità dell'interferenza, l'ipotetica decisione richiesta non sarebbe stata di per sé probabilmente «congrua rispetto all'obiettivo astrattamente inteso del ripristino dell'ordine delle competenze»<sup>694</sup>, giacché anche l'avvio di un processo penale a carico del senatore Salvini non avrebbe probabilmente indebolito il forte sostegno politico di cui godeva all'epoca. Prova ne è che a pochi mesi dal caso *Diciotti* il potere interdittivo verso le navi soccorritrici è stato definitivamente sancito nel d.l. 53/2019.

Nel tentativo di rinvenire una garanzia giurisdizionale per i diritti violati, nel lungo periodo in realtà è stato lo stesso circuito politico a metabolizzare le criticità insorte. L'esito diverso del voto parlamentare nei due casi simili *Gregoretti* e *Open arms* non può che imputarsi alle vicende politiche dell'Esecutivo, che nel frattempo hanno fatto venir meno il sostegno politico all'*ex* Ministro al momento del voto.

Infine, non può che condividersi la riflessione maturata in dottrina, sulla sede più adatta in cui far valere la responsabilità politica ma al tempo stesso sulla incapacità del Parlamento di cogliere gli aspetti più problematici connessi ai diritti sacrificati: «Se, per un verso, il caso *Diciotti* si è concluso nella sua propria sede istituzionale, in modo da alimentare il fondamentale circuito della responsabilità del Governo innanzi al Parlamento e del Parlamento innanzi al popolo, per un altro, la particolare gravità e serietà del delitto contestato e, ad un tempo, la sua prospettata commissione

---

<sup>693</sup> L. MASERA, *Op. cit.*, p. 188.

<sup>694</sup> G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Encicl. dir.*, vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, p. 689.

nel perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo avrebbero richiesto una maggiore ponderazione della motivazione, senz'altro inedita e per molti versi insoddisfacente, addotta a tal fine»<sup>695</sup>.

#### 4. I limiti all'ingresso nei porti italiani nel d.l. 53.

Ripercorse le vicende amministrative e giudiziarie che hanno preceduto il c.d. *decreto sicurezza bis*, è ora giunto il momento di soffermarsi sulle novità introdotte dal d.l. 53/2019, che hanno inteso dare un'adeguata copertura giuridica al potere interdittivo su impulso del Ministro dell'interno.

Si tratta della disposizione di apertura del decreto legge, l'art. 1 che ha introdotto all'art. 11 del TUI il comma 1 *ter*<sup>696</sup>, con il quale è stato attribuito al Ministro dell'interno, di concerto col Ministro della difesa e quello delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le rispettive competenze, informandone il Presidente del Consiglio dei ministri, il potere di limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica, ovvero nel caso prospettato all'art. 19, par. 2, lett. g), della Convenzione di Montego Bay del 1982 sul diritto del mare, nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, nei confronti delle navi che non rientrano nel naviglio militare, né tra quelle in servizio governativo non commerciale. La disposizione sembra essere dunque ispirata alla volontà di sanare i difetti endemici delle precedenti direttive.

Le criticità sono peraltro molteplici. Anzitutto, l'attribuzione della competenza al Ministro dell'interno – seppur di concerto ad altri due ministri – coinvolgendo molteplici profili del diritto penale e delle relazioni internazionali «elude le attribuzioni del Presidente del Consiglio dei Ministri, a cui spetta ai sensi dell'art. 95 Cost. la direzione della politica generale del Governo e la promozione e il coordinamento delle attività dei ministri»<sup>697</sup>.

---

<sup>695</sup> M. BENVENUTI, *Lo strano caso Diciotti. Diritti, rovesci e argomenti in una (brutta) pagina di diritto costituzionale italiano*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2019, p. 40.

<sup>696</sup> L'articolo completo così recita: «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 comma 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, comma 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, ratificata dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689».

<sup>697</sup> P. BONETTI, *L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri*, cit., p. 662.

La nuova attribuzione del Ministro dell'Interno introduce per di più un elemento caotico nell'ordinamento, in quanto ricalca l'*incipit* di un'altra norma, l'art. 83<sup>698</sup> del *codice della navigazione*, che attribuisce il medesimo potere ad un altro Ministro, quello dei trasporti. Se ne dovrebbe ricavare un'abrogazione tacita<sup>699</sup> di quest'ultima, senonché in questo caso il criterio di risoluzione dell'antinomia è quello della specialità<sup>700</sup>. È evidente che dal punto di vista applicativo la novella genera non poca confusione: si dovrebbe infatti sostenere che al Ministro dei trasporti spetterebbero poteri di intervento per le ipotesi speciali che attengono alla sicurezza della navigazione e alla salvaguardia dell'ambiente marino, ma una demarcazione così netta non è sempre facilmente ricostruibile (nel caso in cui ad es. la nave in *distress* comporti un problema di sicurezza della navigazione). Dalle incertezze interpretative si potrebbe ricavare l'assurda ipotesi di una duplicazione del ruolo del Ministro dei trasporti, che potrebbe tanto essere competente autonomamente a dirigere un'operazione di soccorso che culmini con l'ingresso nelle acque italiane, quanto invece essere tenuto ad agire di concerto con gli altri due ministri, in senso interdittivo: un assurdo produttivo di uno scontro tra l'altro nient'affatto ipotetico, se si guarda all'odierna vicenda giudiziaria che si sta celebrando sul caso *Gregoretti* tra gli *ex* Ministri dell'interno e dei Trasporti e delle Infrastrutture sulla paternità proprio di quella direttiva.

Criticabile è poi anche un altro aspetto del trasferimento dell'attribuzione in commento, giacché si assiste allo spostamento dell'asse circa le valutazioni inerenti al rispetto delle convenzioni esistenti per il soccorso il mare dei migranti con il controllo delle frontiere nazionali, in chiave marcatamente securitaria<sup>701</sup>.

Il Ministero dell'Interno assume così poteri di divieto, limitazione o sosta delle navi in due ipotesi: la prima di carattere generale, per ragioni di ordine e sicurezza pubblica; la seconda rappresentata dall'ipotesi tipizzata dall'art. 19, par. 2, lett. g) dell'UNCLOS, che corrisponde a una delle eccezioni al principio di origine

---

<sup>698</sup> «Il Ministro dei trasporti e della navigazione può limitare o vietare il transito e la sosta di navi mercantili nel mare territoriale, per motivi di ordine pubblico, di sicurezza della navigazione (...)».

<sup>699</sup> In tal senso M. BENVENUTI, *Audizione resa il 30 luglio 2019 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione 1a (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica nell'ambito dell'esame del disegno di legge recante "Conversione in legge del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica"*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 5/2019, p. 33.

<sup>700</sup> A. ZAMPONE, *Il c.d. «decreto sicurezza-bis»: profili di diritto della navigazione*, in *Diritto Pubblico*, fasc. 3/2019, pp. 693 ss. (spec. p. 701) «l'art. 83 c. nav. si pone in rapporto di specialità proprio nei confronti dell'art. 11, comma 1 ter, t.u.i., essendo caratterizzato rispetto a quest'ultimo dall'identificazione specifica delle esigenze di sicurezza presupposte in quelle di sicurezza della navigazione (e protezione dell'ambiente marino), fattispecie che rappresenta una caratterizzazione di quella generale della sicurezza pubblica».

<sup>701</sup> Vedi in proposito l'intervento di G. CATALDI, *Audizione informale nell'ambito dell'esame del disegno di legge C. 1913 Governo, di conversione in legge del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante "Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica"*, reperibile sul sito della Camera dei deputati, all'url:

[https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload\\_file\\_d oc\\_acquisiti/pdfs/000/001/960/Relazione\\_Giuseppe\\_Cataldi.pdf](https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_d oc_acquisiti/pdfs/000/001/960/Relazione_Giuseppe_Cataldi.pdf).

consuetudinaria recepito nell'art. 17 della medesima, secondo il quale le navi di tutti gli Stati, costieri o privi di litorale, godono del diritto di passaggio inoffensivo attraverso il mare territoriale. L'eccezione prevista dalla novella legislativa è nell'indicare appunto tra le ipotesi di passaggio pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero nel caso in cui la nave in transito nel mare territoriale sia impegnata in attività che violino, tra l'altro, le leggi e i regolamenti di immigrazione vigenti nello Stato costiero.

Resta fermo il richiamo agli obblighi del diritto internazionale e d'altronde una norma di rango primario – quale quella in esame – non avrebbe potuto di sovertire il sistema delle fonti individuato dagli artt. 10, 11 e 117 Cost.

Gli obblighi di natura internazionale vanno in sostanza letti tra di loro in maniera sistematica<sup>702</sup>, per cui l'utilizzo di poteri di natura preventiva non può *bypassare* quello di prestare soccorso, nonché quelli di collaborare a tal fine, di tutelare i diritti umani e di garantire i diritti dei rifugiati.

È bene quindi scardinare l'idea che il riferimento improprio alle espressioni passaggio “non inoffensivo” o “pregiudizievole” nelle acque territoriali sia idoneo a depotenziare gli obblighi qui in commento. Questi non possono considerarsi adempiuti, fintantoché il comandante della nave non abbia condotto le persone salvate in un posto sicuro «e soprattutto non può mai aver alcun pregio l'argomento dell'inerzia o del venir meno ai loro obblighi da parte di altri Stati»<sup>703</sup>.

Ne deriva infatti un'altra importante precisazione, che appare *prima facie* scontata, ossia che il mancato rispetto dell'obbligo di solidarietà nel coordinamento dell'operazione di salvataggio da parte dello Stato SAR competente o dello Stato bandiera non è un motivo giuridicamente sufficiente, né comunque rilevante, per non adempiere a propria volta a un obbligo di diritto internazionale.

Questo è abbastanza evidente per qualsiasi altro obbligo imposto dalla legge. L'inciviltà giuridica di chi non adempie ad un dovere non esonera, né assolve, insomma, tutti gli altri chiamati all'adempimento e tantomeno costituisce un motivo giuridicamente rilevante di esenzione collettiva dalla responsabilità per la violazione compiuta.

---

<sup>702</sup> Così I. PAPANICOLOPULU, *Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare?*, in *SidiBlog*, 26 giugno 2019.

<sup>703</sup> G. CATALDI, *L'impossibile “interpretazione conforme” del decreto “sicurezza bis” alle norme internazionali sul soccorso in mare*, in *Questione Giustizia*, 26/02/2020, al quale si rinvia anche per il commento al decreto del 21 novembre 2019 del Tribunale di Roma, Collegio per i reati ministeriali, con il quale sono state archiviate le accuse ipotizzate nei confronti dell'ex Ministro dell'Interno Salvini e del suo capo di gabinetto per avere negato, ad aprile del 2019, lo sbarco in un porto italiano ai naufraghi salvati dalla nave *Alan Kurdi*, battente bandiera tedesca ed appartenente alla ONG *Sea Eye*. Secondo il Tribunale di Roma, nell'ipotesi in cui la nave soccorritrice appartenga ad una ONG «a differenza dei casi in cui lo Stato agisce direttamente, le navi appartenenti ad organizzazioni umanitarie una volta effettuato il salvataggio, scelgono in autonomia la rotta da percorrere ed il paese cui rivolgersi per l'indicazione di un PoS» (corsivo dell'Autore) e pertanto in questi casi il raggiungimento del PoS resterebbe privo di idonea regolamentazione. La differenziazione appare all'Autore del tutto arbitraria, oltre che lesiva degli obblighi scaturenti dalle Convenzioni summenzionate.

## 5. Il contenuto necessario del diritto d'asilo come limite al potere interdittivo alle navi soccorritrici.

Venendo ora ai profili di diritto interno, autorevole dottrina<sup>704</sup> ha individuato tre principali profili di incostituzionalità dell'art. 11, co. 1 *ter*: la vaghezza dei presupposti che legittimerebbero il potere ministeriale di limitare gli ingressi nei porti italiani si tradurrebbe in un eccessivo ampliamento della discrezionalità amministrativa, contraria alla previsione normativa di una riserva di legge rinforzata; la potenziale conflittualità con gli obblighi di diritto internazionale, principalmente il divieto di *refoulement*, il divieto di trattamenti inumani e degradanti e l'obbligo di soccorso in mare, lederebbe quella conformità alla disciplina internazionale individuata agli artt. 10 e 117 Cost; infine, ed è questo il profilo che si esaminerà di seguito, la violazione dell'art. 10, co. 3 Cost. e del suo contenuto necessario, che come già detto (vedi *supra* cap. 2) è diritto soggettivo perfetto ad entrare nel territorio dello Stato per richiedere l'esame della propria domanda d'asilo.

Il contenuto necessario del diritto d'asilo è in definitiva null'altro che il diritto a presentare la domanda nel territorio italiano, da cui la garanzia per il richiedente di potere fare ingresso e soggiorno nel territorio della Repubblica al fine di presentare e far esaminare la domanda. Il contenuto necessario<sup>705</sup> si specifica poi nel diritto a soggiornare nel territorio della Repubblica esercitandovi le libertà fondamentali garantite dalla Costituzione non dipendenti dallo *status civitatis*; in quello di non essere esposti al pericolo di subire eventuali atti ostili da soggetti pubblici o privati del Paese di origine, da cui deriva il divieto di respingimento, allontanamento o estradizione; nel diritto a permanere sul territorio della Repubblica fin a quando nello Stato di appartenenza originaria sia impedito l'esercizio delle libertà democratiche riconosciute nella Carta costituzionale.

L'accesso al territorio come preconditione della presentazione della domanda d'asilo sarà qui analizzato in chiave oppositiva alla novella legislativa, per dimostrare le caratteristiche che consentirebbero (una volta ricinosciuto) il superamento di politiche generalizzate di respingimento, nelle quali pure si rispecchiano e sintetizzano quelle dei porti chiusi. Dopodiché, ci si chiederà se questa strada possa esser utilmente praticata al fine di salvaguardare l'art. 11, co. 1 *ter* con un'interpretazione costituzionalmente orientata. Lo strumento di analisi sarà il formante giurisprudenziale interno.

L'idea che l'ingresso sul territorio sia il "presupposto" dell'asilo costituzionale è stata avvalorata dalla giurisprudenza interna, da ripercorrere opportunamente, ma non con una ricerca tassonomica, che potrebbe rivelarsi certamente istruttiva, ma al contempo antieconomica di fronte a quello che appare un *dictum* oramai consolidato. Secondo esso, l'asilo costituzionale non va inteso semplicemente «tanto come un diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, quanto piuttosto e anzitutto, come il diritto dello straniero di accedervi al fine di esservi ammesso alla procedura di esame

---

<sup>704</sup> P. BONETTI, *L'insostenibilità costituzionale*, cit. p. 664.

<sup>705</sup> Sul contenuto necessario del diritto d'asilo si rinvia ai riferimenti bibliografici del cap. due, nota n. 195.

della domanda di protezione»<sup>706</sup>. Gli arresti giurisprudenziali saranno ripercorsi secondo uno sguardo teso a valorizzare anche un altro aspetto, l’affermazione a partire dalla normativa interna del diritto al *safety place*.

Il legame tra diritto di asilo e il divieto di *refoulement* diventa indissolubile quando i soggetti tratti in salvo, oltre che naufraghi, siano qualificabili anche come richiedenti asilo. In questi casi, il contenuto dei due diritti si interseca irrimediabilmente, facendo così nascere un complessivo obbligo, con il versante negativo di non respingere lo straniero verso un territorio in cui la sua vita e la sua libertà possano essere minacciate e uno positivo che consiste nel consentire l’accesso al territorio per la presentazione della domanda d’asilo.

L’accesso al territorio nazionale è qui inteso come condizione di possibilità *effettiva* di presentare la domanda d’asilo, finalizzata a consentire i successivi accertamenti sullo *status* di rifugiato in via amministrativa ed eventualmente giurisdizionale, che all’opposto le politiche dei “porti chiusi” tendono ad aggirare e comprimere<sup>707</sup>.

I casi *Cap Anamur* e *Sea Watch 3* sono in tale prospettiva particolarmente istruttivi, poiché utili a individuare i contorni di un diritto su cui la Convenzione SAR e le Linee guida dell’IMO lasciano ambiguità, ossia quello di trovare il luogo sicuro sulla terraferma.

I due casi si incrociano con quello di un gruppo di cittadini eritrei respinti alla frontiera e autorizzati all’ingresso per via giurisdizionale, con sentenza del Tribunale di Roma. In senso riepilogativo degli arresti giurisprudenziali sul punto si colloca la sent. n. 29460/2019 delle Sezioni Unite, che – chiamate a risolvere il contrasto giurisprudenziale intertemporale<sup>708</sup> relativo alla immediata applicazione o meno della parte del d. l. n. 113/2018 che ha abrogato l’art. 5, co. 6 TUI e sui presupposti del riconoscimento della protezione umanitaria – hanno chiarito la natura del diritto di asilo costituzionale, quale diritto della personalità. Pertanto anche il diritto alla protezione umanitaria, quale estrinsecazione del diritto di asilo, è diritto soggettivo perfetto e non «una fattispecie complessa a formazione progressiva».

---

<sup>706</sup> Corte Cass., Sez. I, sent. 25028/2005.

<sup>707</sup> F. SCUTO, *Accesso al diritto di asilo e altri limiti costituzionali al respingimento*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2020, p. 56.

<sup>708</sup> Il vuoto presente nel d.l. 113/2018 sulla disciplina applicabile alle domande di protezione internazionale già prodotte alla data dell’entrata in vigore del decreto ma non ancora decise, dalle Commissioni nazionali o territoriali, o per le quali il Questore non avesse ancora rilasciato il permesso, o infine pendenti in sede giurisdizionale, ha aperto la strada a interpretazioni diverse in ordine all’applicabilità delle nuove leggi sui casi pregressi. Secondo l’orientamento espresso dalla Cass. civ., sez. I, sent. 19 febbraio 2019, n. 4890, per il principio di irretroattività i rapporti giuridici non ancora esauriti si sarebbe dovuta applicare la disciplina previgente. Secondo l’opposto orientamento, espresso dalle Cass. civ., sez. I, ord. 3 maggio 2019 nn. 11749, 11750 e 11751, la protezione umanitaria è diritto a formazione progressiva, per cui quando esso giunge a compimento (ossia con la decisione amministrativa o giudiziaria) si sarebbe dovuta applicare la legge in quel momento vigente. Entrambi gli orientamenti dunque applicano il principio di irretroattività, ma a mutare è la diversa ricostruzione del fatto generatore del diritto. In tal senso e per una puntuale ricostruzione della vicenda si veda N. CANZIAN, *La non retroattività dell’abrogazione della protezione umanitaria*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 2/2020, pp. 393 ss.

Con la sentenza di assoluzione del Tribunale di Agrigento del 7 ottobre 2009 sul caso *Cap Anamur*<sup>709</sup>, i giudici di merito chiarivano che la nave soccorritrice costituisce un luogo di ricevimento dei naufraghi *di natura temporanea* e che spetta allo Stato costiero farsi carico delle persone soccorse, sollevando così la nave soccorritrice dall'incombenza di tenere a bordo i naufraghi non appena possano essere intraprese soluzioni alternative. Il Tribunale, dopo una puntuale disamina degli obblighi internazionali in materia di soccorso in mare e immigrazione, ha concluso che «il fondamento della obbligatorietà giuridica dell'operazione di salvataggio complessivamente intesa riposi non soltanto sulla esigenza di liberare la nave dal “peso”<sup>710</sup> della gestione dei naufraghi, ma, anche e soprattutto, sulla necessità di garantire a questi ultimi il diritto universalmente riconosciuto di essere condotti sulla terraferma». Questa deve essere individuata alla luce del criterio della vicinanza dello Stato costiero all'area di salvataggio, tuttavia si precisa che tale criterio cede il passo al “luogo della sicurezza”, quando il porto più vicino coincida con quello di un Paese come la Libia, che non ha ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951, né ha preso parte alle altre Convenzioni internazionali in materia di protezione dei diritti umani. C'è un altro passaggio della sentenza che merita di essere sottolineato in chiave prospettica ed è quello che sottolinea come l'obbligo di condurre i migranti sulla terraferma non si riferisca al Paese che dovrà poi ricevere ed esaminare la domanda d'asilo. Il Tribunale invita infatti a non sovrapporre o addirittura confondere le due normative: non è nel Regolamento di Dublino che va ricercata la regola per individuare il porto di sbarco, che coincide esclusivamente con il luogo più vicino e sicuro all'operazione di salvataggio secondo il diritto internazionale. Nessun rilievo ha la bandiera della nave soccorritrice, giacché potrebbe trattarsi di un Paese troppo lontano per esser considerato un valido *safety place*, oppure di una bandiera di uno Stato terzo o addirittura di una nave senza bandiera. La risoluzione delle diatribe sullo Stato che dovrà accogliere le domande d'asilo non può avere nessuna incidenza sull'esistenza e l'operatività dell'obbligo di soccorso in mare. Le due normative,

---

<sup>709</sup> Per un commento alla sentenza si rinvia a F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il caso Cap Anamur. Assolto l'intervento umanitario. E oggi?*, sul blog ADIF, 19.3.2018. La vicenda *Cap Anamur* può definirsi l'antenata della vicenda *Sea Watch 3*, la nave tedesca soccorse 37 migranti al largo del mar Mediterraneo e dopo il salvataggio chiedeva l'autorizzazione allo sbarco presso il porto di Porto Empedocle. Alla nave tuttavia veniva interdetto l'ingresso in acque italiane su direttiva proveniente dal Ministro dell'interno, anche in questo caso la controversia atteneva alla diatriba tra gli Stati (Italia, Germania e Malta) in ordine a chi di essi avrebbe dovuto accogliere la nave. Quest'ultima rimaneva per circa dieci giorni nelle acque internazionali, in prossimità del limite delle acque territoriali italiane sottoposta ad un costante monitoraggio da parte di motovedette delle varie forze di polizia. Sulle similitudini tra i due casi si veda S. CALABRIA, *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs. n. 286/1998). I diritti fondamentali dei migranti soccorsi in mare e il correlativo quadro dei doveri delle autorità statuali alla luce dei precedenti delle Corti sovranazionali. Qual è l'incidenza del cd. decreto sicurezza-bis? Il caso Sea Watch e la discussa questione dell'adempimento di un dovere*, in *Questione Giustizia*, 29.7.2019.

<sup>710</sup> Nel “peso” della gestione dei naufraghi a bordo – scrive il Tribunale – rientra anche quello di mantenimento, vitto e assistenza medica.

anche se regolano momenti vicini e potenzialmente consequenziali tra loro, rimangono distinte, dunque dalla rilettura odierna del caso *Cap Anamur* è possibile affermare che gli attriti tra i Paesi dell'Unione che involgono l'attesa riforma dell'attuale Regolamento UE 604/2013 non scalfiscono l'operatività degli obblighi di salvare le vite in mare e condurre i naufraghi sulla terraferma.

Più recente è la sentenza 22917/2019<sup>711</sup> del Tribunale di Roma, con cui è stato riconosciuto il diritto ad entrare in Italia al fine di presentare domanda di protezione internazionale sulla base dell'articolo 10, co. 3 Cost., per chi sia stato illegittimamente respinto.

Più precisamente, il Tribunale ha ritenuto di non poter accogliere la richiesta di condanna delle amministrazioni al rilascio del visto umanitario<sup>712</sup> – ai sensi individuando nell'art. 25, par. 1, lett. a) del Regolamento (CE) n. 810/2009 (c.d. “codice visti”) – ma di poter comunque accertare e applicare direttamente l'art. 10, co. 3, nel suo contenuto necessario, ossia il diritto di accesso al territorio.

Nella citata decisione di merito, l'autorità giudicante osserva che le disposizioni in materia di protezione internazionale possono trovare applicazione solo laddove siano concretamente attuabili ed effettivamente configurabili i presupposti. Tra essi figura quello della presenza sul territorio<sup>713</sup> (art. 6, co. 1 d.lgs. 25/08), la cui

---

<sup>711</sup> La sentenza ha ad oggetto il diritto di accesso sul territorio italiano per formalizzare la domanda di asilo e il diritto al risarcimento del danno ad un gruppo di 14 cittadini eritrei che il 27 giugno 2009 erano stati intercettati e soccorsi in alto mare dalla Marina militare italiana e poi respinti collettivamente verso la Libia, Paese dal quale erano in fuga verso l'Italia per chiedere asilo. Per un commento alla sentenza si legga M. GIUFFRÉ, *Esternalizzazione delle frontiere e non-refoulement: accesso al territorio e alla procedura di asilo alla luce della sentenza n. 22917/2019*, in *Questione Giustizia*, fasc. 1/2020. L'A. evidenzia il potenziale impatto della sentenza, oltre sulle recenti politiche di esternalizzazione delle frontiere, anche sui migranti soccorsi in mare e costretti ad attendere a bordo, per diversi giorni, in condizioni inumane e degradanti prima di ricevere un'autorizzazione allo sbarco.

<sup>712</sup> È utile rilevare in un'altra pronuncia del medesimo Tribunale è emerso un diverso orientamento. Il riferimento è all'ordinanza del 21 febbraio 2019 del Tribunale di Roma, Sez. diritti della persona e immigrazione, con cui è stato riconosciuto il diritto al rilascio di un visto di ingresso umanitario con validità territoriale limitata ai sensi dell'art. 25, par. 1, lett. a) Regolamento CE 810/2009. Disposizione ritenuta direttamente applicabile anche in assenza di ulteriori regole attuative. Per un commento all'ordinanza si rinvia a E. FRASCA, *L'ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019 che obbliga il Ministero degli esteri all'immediato rilascio di un visto per motivi umanitari restituisce un senso all'articolo 25 del codice dei visti europeo: politiche del diritto ed esigenze di tutela a confronto*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2019, pp. 207 ss.

<sup>713</sup> L'espressione «territorio della Repubblica» contenuta nell'art. 10, co. 3 Cost. si riferisce al luogo in cui lo straniero potrà effettivamente beneficiare della situazione giuridica soggettiva di riferimento e non ad un requisito che deve sussistere per la presentazione della domanda. M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua.*, cit. rileva che «Al contempo, il “territorio della Repubblica” costituisce un elemento teleologico essenziale dell'art. 10, co. 3, Cost. e, di conseguenza, i pubblici poteri non solo non possono ostacolarne il raggiungimento, ma sono tenuti ad adoperarsi, in tutte le sedi opportune (politiche, diplomatiche, internazionali ecc.) e con le modalità di volta in volta più efficaci, per far sì che uno straniero impedito

manca, anche se per ragioni non riconducibili alla sfera di dominio del richiedente, determina l'impossibile applicazione della normativa. Tale vuoto di tutela sarebbe peraltro inammissibile, oltre che irragionevole, in un ordinamento che garantisce a più livelli il diritto di asilo con diverse declinazioni (vedi Cap. 2, par. 2). Per un caso come quello oggetto della pronuncia, in cui il richiedente protezione internazionale non aveva potuto presentare la relativa domanda, perché non presente sul territorio italiano a causa di circostanze riconducibili ad un fatto illecito commesso dall'autorità italiana, l'applicazione diretta dell'art. 10, co. 3 Cost. costituisce allora l'unico rimedio in grado di dare effettività alla tutela multilivello del diritto.

La decussazione è interessante sotto più aspetti<sup>714</sup>: per la conferma che l'accesso al territorio è prodromico a presentare la domanda d'asilo, per essere una delle rare occasioni in cui, dall'attuazione delle direttive europee in materia di protezione internazionale, viene riconosciuta autonoma e diretta applicazione all'art. 10, co. 3 Cost., infine perché, a partire dal vuoto normativo lasciato dai recenti decreti sicurezza in materia di protezione umanitaria e paralisi delle operazioni di salvataggio in mare, viene affermata la rinnovata necessità dell'applicazione diretta dell'asilo costituzionale per evitare di lasciare prive di tutela soggetti illegittimamente respinti alla frontiera. Si tratta insomma di un "ritorno alla Costituzione"<sup>715</sup>, come reazione alla cattiva legislazione degli ultimi anni in materia di asilo e alla perdurante assenza di una legge di attuazione dell'art. 10, co. 3.

Più recentemente, un ulteriore tassello nel mosaico della nozione di "posto sicuro" e diritto di asilo è stato aggiunto nel noto *caso Rackete*, dal nome della comandante della *Sea Watch* (c.d. caso *Sea Watch 3*), con la sentenza della Corte di cassazione<sup>716</sup>

---

nell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana possa raggiungerlo».

<sup>714</sup> Si veda in tal senso il commento alla sentenza di F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo e la sua multiforme (non)attuazione*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2020, pp. 99 ss., che si sofferma anche sull'ordinanza della Corte d'Appello di Roma che ha respinto l'istanza di inibitoria della difesa statale, confermando quanto già detto dal Tribunale. L'A. sottolinea l'importanza di entrambe le pronunce poiché potrebbero aprire «la strada al principio che in caso di respingimento illegittimo esiste un vero e proprio diritto a rientrare nel nostro Paese al fine di chiedere asilo, indipendentemente dall'esito più o meno certo della richiesta stessa» (*ivi*, p. 131).

<sup>715</sup> *Ibidem*.

<sup>716</sup> Corte Cass., sez. III penale, sent. 16 gennaio - 20 febbraio 2020, n. 6626. È d'uopo segnalare che sulla vicenda ci sono state anche altre due ulteriori pronunce, entrambe di rigetto: quella della Corte EDU, *Rackete and Others v. Italy, Interim measure* del 25 giugno 2019, n. 240, a seguito della richiesta formulata ai sensi dall'art 39 Regolamento di procedura della Corte EDU, al fine di ottenere dal Governo italiano l'autorizzazione all'ingresso della nave nelle acque territoriali ed il successivo sbarco e quella del TAR Lazio, 19 giugno 2019, n. 4038, sulla richiesta di sospendere in via cautelare l'efficacia del provvedimento ministeriale che vietava alla nave di entrare nelle acque territoriali italiane. Entrambe le decisioni rigettano le domande perché ritengono non ricorrere circostanze eccezionali tali da far ritenere sussistente il rischio di danni irreparabili, dal momento che la categorie più vulnerabili erano state sbarcate. Per un commento ad entrambe, si veda L. MARCHESINI, *Il*

che ha rigettato il ricorso della Procura di Agrigento avverso l'ordinanza del GIP presso il medesimo Tribunale, confermando così la decisione di non convalidare l'arresto in flagranza.

La vicenda è abbastanza nota, ma non è superfluo riprenderla succintamente per concentrare le questioni che di seguito saranno approfondite. In seguito all'operazione di *search and rescue* di 53 migranti nella zona SAR libica, la comandante della nave soccorritrice decideva di non completare l'operazione nei porti libici, considerati insicuri., pertanto richiedeva l'indicazione di un PoS alternativo o il trasbordo su un'altra unità. Veniva contattato il Centro nazionale italiano di coordinamento del soccorso in mare, il quale negava la propria disponibilità ad accogliere la nave. La comandante decideva di dirigersi ugualmente verso Lampedusa, in aperta contestazione delle direttive del Ministero dell'interno italiano. Quest'ultimo dapprima ribadiva che l'Italia non costituiva il *safety place* più vicino all'operazione di soccorso, intimando alla *Sea Watch* di non entrare nelle nostre acque territoriali e, con l'entrata in vigore del decreto legge n. 53/2019, formalizzava il divieto di ingresso, ai sensi dell'art. 11, co. 1 *ter* TUI.

La nave fu così tenuta fuori dalle acque italiane ma, trascorsi dieci giorni di stallo in alto mare, si diresse verso il porto di Lampedusa, mentre un'imbarcazione della Guardia di Finanza le si frapponeva rispetto alla banchina, nel tentativo di impedire l'attracco della nave tedesca che, nel corso delle manovre di ormeggio, la speronava. All'esito dell'operazione, la comandante della nave veniva arrestata in flagranza, per i reati di cui agli artt. 1100 cod. nav. e 337<sup>717</sup> c.p.

Secondo il GIP del Tribunale di Agrigento la sua condotta è tuttavia da ritenersi scriminata ai sensi dell'art. 51 c.p., «per avere l'indagata agito in adempimento di un dovere». Il divieto interministeriale di cui all'art. 11, c. 1 *ter* TUI non ha (secondo la tesi di questa A.G.) il potere di derogare alle fonti sovraordinate che impongono gli obblighi analizzati, né tantomeno il «disposto di cui all'art. 10 *ter* del d.lgs. 286/98 avente ad oggetto l'obbligo di assicurare il soccorso prima, e la condizione presso gli appositi centri di assistenza, poi».

Avverso la decisione ricorreva in Cassazione il Procuratore della Repubblica del Tribunale di Agrigento, sottolineando la confusione in cui sarebbe incorso il giudice tra le nozioni di *porto* e *posto sicuro*, che avrebbe condotto all'errata conseguenza di ritenere che il *place of safety* debba necessariamente coincidere con la terraferma. Esso invece può anche identificarsi nel luogo «ove sia assicurata l'assistenza primaria e la sicurezza temporanea fino alla conduzione dei naufraghi nel luogo di definitivo sbarco».

---

*caso Sea Watch 3 e la decisione della Corte EDU sulla richiesta di interim measure, in Diritti comparati*, 22 luglio 2019.

<sup>717</sup> Sugli aspetti più squisitamente penalistici e processual-penalistici della pronuncia si rinvia alla sezione *Confronto di idee su giustizia su giustizia penale e agone politico: quando il contrasto interpretativo si scioglie nel tifo da stadio*, in *Arch. Pen.*, fasc. n. 1 – gennaio-aprile 2020 e ai commenti di L. MASERA, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *Questione Giustizia*, 26.2.2020 e F.P. MODUGNO, *A volte ritornano (i porti chiusi): la Cassazione sul caso Sea Watch alla prova del Covid-19*, in *Giurisprudenza penale web*, n. 4/2020.

La Corte di cassazione, nel respingere i motivi di gravame, ha evidenziato tre elementi significativi nella necessaria prospettiva costituzionale: l'obbligo di soccorso in mare non deriva dalle convenzioni sottoscritte dall'Italia, ma da una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta, cioè una consuetudine internazionale, direttamente applicabile nell'ordinamento italiano in forza all'art. 10, co. 1 Cost.; il legame tra l'obbligo giuridico di soccorso in mare e la conclusione dell'operazione sul PoS, ritenendo che il primo non possa considerarsi assolto con il recupero a bordo della nave. L'obbligo di prestare soccorso dettato dalla Convenzione SAR, non si esaurisce nell'atto di sottrarre i naufraghi al pericolo di perdersi in mare, ma comporta quello accessorio e conseguente di sbarcarli in un *luogo* sicuro, giungendo così alla conclusione che «Non può quindi essere qualificato “luogo sicuro”, per evidente mancanza di tale presupposto, una nave in mare che, oltre ad essere in balia degli eventi meteorologici avversi, non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse»<sup>718</sup>. Il dovere di soccorso non si limita all'attività di salvataggio dei naufraghi, poiché tali persone hanno diritto a presentare domanda di protezione internazionale secondo la Convenzione di Ginevra del 1951<sup>719</sup>, operazione che non può certo svolgersi su una nave. La Corte richiama a tal proposito la risoluzione n. 1821 del 21 giugno 2011 del Consiglio d'Europa, che in via esegetica contribuisce a delineare la nozione di “luogo sicuro”, nel senso che essa «non può essere limitata alla sola protezione fisica delle persone, ma comprende necessariamente il rispetto dei loro diritti fondamentali».

All'indomani della pronuncia, un autorevole studioso ha sottolineato il forte legame evidenziato tra il salvataggio e l'esigenza di assicurare, assieme allo stesso, l'esercizio del diritto d'asilo costituzionalmente riconosciuto: «Siamo dunque dentro una

---

<sup>718</sup> È peraltro utile segnalare che sull'interpretazione data dalla Corte c'è chi ha fatto rilevare che in realtà essa abbia eluso e non risolto il quesito sollevato dalla Procura di Agrigento; si veda al proposito E. MEZZASALMA, *Una nuova concezione dell'obbligo di salvataggio in mare alla luce della sentenza della Cassazione sul caso Sea Watch 3?*, in *Giurisprudenza penale web*, n. 4/2020. Secondo l'A., la tesi dell'obbligo accessorio di sbarco gravante sui comandanti è stata soltanto un *escamotage* interpretativo per “risolvere” il caso concreto senza però affrontare la questione giuridica fondamentale, ossia aver posto l'accento sull'obbligo di sbarco in capo ai comandanti delle navi è stato un modo per non parlare di obbligo di sbarco in capo agli Stati costieri. L'A. motiva così la sua tesi: «scorrendo il testo della decisione della Corte ci si rende subito conto, con una certa sorpresa, che l'art. 11, co. 1-ter, d.lgs. 1998, n. 286, e lo strumento interdittivo in esso previsto, non è nominato nemmeno una volta. Eppure, non c'è dubbio che per dirimere tale questione il nodo da sciogliere è quello relativo al generale potere di interdizione del mare territoriale che l'art. 25 UNCLOS riserva agli Stati costieri. È chiaro, infatti, che se l'esercizio di tale potere è legittimo allora non vi è per lo Stato costiero alcun obbligo di sbarco e, all'opposto, se tale esercizio è illegittimo allora l'obbligo in questione sussiste certamente» (ivi, p. 13). In senso contrario si rinvia a S. CALABRIA, *Op. cit.*

<sup>719</sup> Nonostante la Corte operi il richiamo alla fonte internazionale secondo F. SCUTO, *Op. cit.*, p. 67, appare evidente il collegamento tra le tutele del diritto internazionale con il diritto di asilo costituzionale, quale limite alle politiche di respingimento.

gabbia di tutele costituzionali che nessuna legge, regolamento, circolare o *tweet* ministeriale può derogare»<sup>720</sup>.

Tale esito non può tuttavia — ad avviso di chi scrive — “sanare” i profili di incostituzionalità dell’art. 11, co. 1 *ter* TUI, per via dell’interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione.

Le ragioni di questo scetticismo sono due: la prima è che la vincolatività dell’art. 10, co. 3 è nella prassi applicativa dei tribunali e delle corti superiori ancora lontana dall’affermarsi. La pronuncia del Tribunale di Roma, per quanto lodevole, costituisce un *unicum* nel panorama giurisprudenziale, che oramai dà per certa la criticabile riducibilità del diritto in esame alle tre forme di protezione internazionale secondo il combinato disposto del d.lgs. 251/2007 e d.lgs. 25/2008. Inoltre, dalle prime applicazioni del d.l. 53, si rileva che la coeva e simile vicenda riguardante la nave soccorritrice *Alan Kurdi*, si è arrestata con decreto del 21 novembre del Tribunale di Roma, Collegio dei reati ministeriali, che ha archiviato il fascicolo riguardante l’ex Ministro dell’interno, mentre esito ancora diverso si è avuto per la vicenda della nave soccorritrice *Open Arms*, per la quale il Tribunale dei Ministri di Palermo ha richiesto l’autorizzazione a procedere per il sen. Salvini, con successivo voto favorevole del Senato.

È invero possibile rintracciare l’esistenza di anticorpi a politiche di respingimento generalizzate già nel TUI: nella norma di apertura, quindi all’art. 2, per il quale allo straniero comunque presente alla frontiera 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; inoltre all’art. 10, co. 4<sup>721</sup>, che stabilisce che le norme sul respingimento non si applicano per il richiedente asilo, *status* di rifugiato ovvero richiedente protezione temporanea per motivi umanitari; ancora nell’art. 19<sup>722</sup>, co. 1 che vieta il respingimento o l’allontanamento dello straniero che corra il rischio di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione; nell’art. 19, co. 1.1 che non ammette il respingimento o l’espulsione o l’extradizione di una persona

---

<sup>720</sup> R. BIN, *Il “caso Rackete”: una sentenza importante della Cassazione*, in *laCostituzione.info*, 1.3.2020.

<sup>721</sup> F. SCUTO, *Op. cit.*, p. 69 specifica che nonostante la vocazione positiva della norma di contrasto al respingimento del richiedente asilo, essa non è comunque idonea a colmare la lacuna presente nell’ordinamento, ossia una previsione positiva di dettaglio, chiara e precisa che stabilisca la necessità di procedere a valutazioni individuali della condizione degli stranieri che tentino di attraversare illegalmente la frontiera.

<sup>722</sup> *Ivi*, p. 72; P.A. riscontra gli aspetti negativi della norma nella limitatezza dei motivi che non coincidono con quelli più ampi previsti dal medesimo articolo relativamente all’espulsione e che pure riguardano la tutela dei diritti fondamentali. Altra critica è quella di sacrificare eccessivamente i motivi legati allo stato di salute, presi in considerazione solo di recente con l’art. 1, co. 1, lett. g del d.l. 113/2018, che ha introdotto un nuovo divieto di espulsione per le persone che versano in condizioni di salute di particolare gravità, disposizione che però non si estende anche le ipotesi di respingimento.

verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura, ricomprendendo nella valutazione di tali motivi anche l'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani; nell'art. 19, co. 1 *bis* che prevede un divieto specifico generale di respingimento o espulsione dei minori stranieri non accompagnati.

Del resto, un limite alle politiche di respingimento non si rinviene solo in quelle disposizioni del Testo Unico che sono dichiaratamente ispirate a motivi umanitari, ma perfino nell'art. 10 *ter*, che ha invece una ispirazione securitaria, prescrivendo che lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna, ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare, sia condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso gli *hotspot*.

La più attenta dottrina ha individuato poi un altro aspetto del diritto d'asilo costituzionale che è idoneo a contrastare le politiche di non arrivo. Come si è già avuto modo di dire la nozione di «territorio della Repubblica» cui si riferisce l'art. 10, co. 3 Cost. riguarderebbe il luogo in cui lo straniero materialmente verrà protetto, l'unica condizione individuata dalla norma è l'impedimento del godimento delle libertà democratiche. Per il dato giuridico costituzionale è cioè irrilevante la distinzione tra asilo “territoriale” ed “extraterritoriale”<sup>723</sup>, ragione per cui lo straniero potrebbe anche non essere in Italia al momento della presentazione della domanda. Anche il Tribunale di Roma, con la nota sentenza sul caso del *leader* curdo Öcalan, ha riconosciuto il diritto di asilo a una persona che non si trovava più in Italia, chiarendo così definitivamente che la nozione di “territorio” contenuta nell'art. 10 non presuppone la presenza nel territorio italiano del richiedente come condizione di legittimità della domanda. Quest'aspetto si presenta come un potenziale «ambito di applicazione senz'altro ancora da esplorare, ma non per questo non percorribile e soprattutto estremamente attuale»<sup>724</sup>, poiché oltre a poter essere l'unica soluzione praticabile come si è già visto per chi è stato respinto alla frontiera, incrocerebbe tutti quei «meccanismi variamente volti a consentire a stranieri potenzialmente bisognosi di protezione politico-umanitaria di raggiungere in maniera legale e quanto più possibile sicura l'Italia»<sup>725</sup>: i corridoi umanitari, i visti d'ingresso umanitari, i reinsediamenti e così via<sup>726</sup>.

Infine, a proposito del “ritorno alla Costituzione” come antidoto all'innalzamento di nuovi arroccamenti (fisici e giuridici) tesi a difendere le spinte nazionalistiche, è utile guardare alla ricostruzione esegetica del diritto di asilo operata dalle Sez. Un. con la sent. n. 29460/2019.

Qui, dopo aver chiarito che il presupposto giuridico del diritto alla protezione umanitaria scaturisce dalla situazione di vulnerabilità e che da tale momento insorge

---

<sup>723</sup> M. BENVENUTI, *Andata e ritorno dell'asilo costituzionale*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2010, p. 36 ss.

<sup>724</sup> N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, cit., p. 5.

<sup>725</sup> M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua*, cit.

<sup>726</sup> Sulle Procedure di ingresso protetto si veda P. MOROZZO DELLA ROCCA, *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*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2017.

anche il corrispettivo diritto pieno e perfetto alla protezione, che il procedimento (amministrativo o giurisdizionale) andrà solamente ad accertare, si è esclusa l'applicazione retroattiva<sup>727</sup> delle novità introdotte sulla materia dal d.l. 113/2018.

Questa sentenza è interessante non tanto per la questione in oggetto, immediatamente risolta, ma perché evidenzia in un passaggio successivo il rapporto esistente tra il compito dello Stato di presidiare le proprie frontiere e quello del diritto di asilo di custodire gli interessi essenziali della persona. Nello scontro fra i due beni e valori contrapposti, la difesa delle frontiere arretra al cospetto della persona bisognosa di aiuto. Si legge infatti che il diritto di asilo non può recedere al cospetto di chi «allegando motivi umanitari, invochi il diritto di solidarietà sociale: i diritti fondamentali dell'uomo spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani» (punto 6.2).

La nozione di *territorio* richiamata nell'art. 10, co. 3 Cost. esprime in effetti l'idea della sede dei diritti fondamentali sanciti nella Carta e la connessione con il più universale dei diritti: quello appunto all'asilo. La paura di chi vive in un Paese dove sono negati i diritti fondamentali «diviene un “titolo” di per sé sufficiente a esercitare il diritto di attraversare i confini italiani e di trovare accoglienza nel territorio della Repubblica»<sup>728</sup>. È dunque utile evidenziare che il termine *territorio*, dinanzi al diritto di asilo muta la sua accezione: da spazio su cui è esercitato il potere sovrano diventa quello in cui tale potere deve bilanciarsi con gli altri valori espressi dalla Carta e garantire rifugio a quei diritti altrove non riconosciuti o protetti.

## 6. Porti chiusi e pandemia

La politica dei porti chiusi italiana ha toccato il suo apice tra il 2018 e il 2019, tuttavia con meno clamore e un po' in sordina ha continuato a essere attuata anche successivamente, quando dopo la crisi di governo dell'agosto 2019 si è insediato il nuovo Esecutivo, con una rinnovata compagine politica. La fuoriuscita del maggior fautore di tali politiche e le preannunciate riforme dei “decreti sicurezza” avevano fatto sperare agli addetti ai lavori una rottura con il precedente indirizzo. Certamente deve registrarsi che non si sono più verificati episodi con prove di forza alle frontiere e toni allarmistici di sedicenti “invasioni di presunti richiedenti asilo.” La preannunciata riforma dei cc.dd. “decreti sicurezza” si è in effetti finalmente realizzata, ma solo di recente (si veda il *Post scriptum*), ma tuttavia – come si vedrà – non ha del tutto rimosso dallo strumentario ministeriale il potere di “chiudere le frontiere”; lo ha certamente ritoccato, ma con un intervento più simile a un *restyling* cosmetico che di seria chirurgia plastica, non si dice di rimozione.

Dal 5 settembre 2019 al 22 ottobre 2020 si devono registrare due condizionamenti metagiuridici che hanno assecondato la continuità della linea di chiusura. Il primo – che si avrà modo di studiare nel paragrafo successivo – deriva dalla c.d. «tirannia di

---

<sup>727</sup> Al punto 7 della sentenza è chiarito che «è la presentazione della domanda che identifica e attrae il regime normativo della protezione per ragioni umanitarie da applicare».

<sup>728</sup> C. SALAZAR, *Territorio, confini, “spazio”: coordinate per una mappatura essenziale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, p. 13.

Schengen»<sup>729</sup>, ossia dal forte condizionamento alle politiche migratorie italiane che deriva dall'UE. Le istituzioni europee, se da un lato non hanno gradito i toni esagitati di certa politica, dall'altro non ne hanno disdegnato il risultato: la serrata difesa delle frontiere esterne.

Il secondo condizionamento è di natura diversa: la pandemia da coronavirus. Quando il 30 gennaio 2020, il Direttore generale dell'OMS ha dichiarato la presenza pericolosa del focolaio internazionale da SARS-CoV-2, conseguendone un'emergenza sanitaria pubblica di rilevanza internazionale, quello italiano è stato tra i primi ordinamenti europei «sintomatici gravi»<sup>730</sup>. Nell'ambito della dichiarazione nazionale dello stato di emergenza<sup>731</sup> e della risposta europea con il *travel ban*<sup>732</sup>, si è collocato il decreto interministeriale del 7 aprile 2020, con cui è stato stabilito che i porti italiani non rappresentano più “luoghi sicuri” ai fini dello sbarco di migranti soccorsi in mare da unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana.

La paternità del decreto – adottato dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, il Ministro dell'interno e il Ministro della salute – lascerebbe intendere un cambio di passo rispetto alla previsione dell'art. 11, co. 1 ter TUI, del resto non richiamata tra i *considerando*. Ugualmente, tra i presupposti necessari non è criminalizzato lo sbarco di per sé, mentre sono invocate le esigenze di salute pubblica derivanti dall'emergenza sanitaria. Quanto agli effetti pratici, tuttavia, «l'intervento interministeriale di aprile 2020 sembra in continuità politica con le misure adottate dal precedente governo con il c.d. decreto sicurezza *bis*»<sup>733</sup>

---

<sup>729</sup> Così M. SAVINO, *Oltre i decreti sicurezza: la “tirannia di Schengen” sulla politica dell'Italia in materia di immigrazione e asilo*, in ADiM BLOG, ottobre 2019.

<sup>730</sup> Così F. ABBONDANTE, *Le soluzioni istituzionali alla crisi pandemica in Inghilterra: tradizione e innovazione*, in F. Niola, M. Tuozzo (a cura di), *Dialoghi in emergenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 103 ss. (spec. p. 107), che utilizzando il gergo della scienza epidemiologica ha suddiviso la reazione istituzionale dei Paesi europei alla pandemia tra asintomatici, sintomatici lievi e sintomatici gravi.

<sup>731</sup> La letteratura costituzionale in materia è molto ampia, su tutti si rinvia *ex multis* a F. ABBONDANTE, S. PRISCO, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 24 marzo 2020 e a S. STAIANO, *Né modello, né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 531 ss.

<sup>732</sup> Covid-19. *Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services*. Comunicazione della Commissione, C(2020) 1753 final, 16.3.2020. Alle linee guida sulle restrizioni dei viaggi non essenziali dei cittadini extra UE è seguita una nuova comunicazione con cui la Commissione è intervenuta a chiarire che la restrizione dei viaggi non essenziali non dovrebbe applicarsi alle persone aventi funzioni o necessità essenziali, tra cui quelle che necessitano di protezione internazionale o si mettano in viaggio per altri motivi umanitari, nel rispetto del principio di non respingimento: *Comunicazione della Commissione Covid-19 Linee guida concernenti l'attuazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, la facilitazione delle modalità di transito per il rimpatrio dei cittadini dell'UE e gli effetti sulla politica in materia di visti (2020/C 102 I/02)* in GUUE C 1021 del 30.3.2020.

<sup>733</sup> A.M. PELLICONI, M. GOLDONI, *La banalità dei porti chiusi per decreto. Osservazioni sui profili di legittimità del Decreto Interministeriale 150/2020*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2020, p. 220. In

La *ratio* su cui si regge il decreto è individuata nella necessità di garantire la «funzionalità delle strutture nazionali sanitarie, logistiche e di sicurezza dedicate al contenimento della diffusione del contagio e di assistenza e cura ai pazienti Covid-19». Lo stato di forte pressione sul SSN impedirebbe di garantire alle persone soccorse in mare l'assenza di minacce alla loro vita, il soddisfacimento dei bisogni primari e l'accesso ai servizi fondamentali. Prima ancora che il decreto fosse pubblicato, l'UNCHR il 16 marzo ha peraltro emanato una nota in cui ha ricordato che le misure di prevenzione alla diffusione del contagio non possono contraddire l'obbligo di diritto internazionale di garantire l'accesso al territorio ai potenziali richiedenti asilo<sup>734</sup>.

Nonostante che il decreto sia stato dunque presentato come foriero di buoni propositi, se ne rilevano lo stesso diverse criticità: la natura amministrativa della disciplina<sup>735</sup>, che “degrada” il diritto umano fondamentale allo sbarco in un luogo sicuro; la violazione delle norme di diritto internazionale (su tutti il divieto di respingimento e di espulsioni collettive) e dunque anche dell'art. 10, co. 1 Cost.; la potenziale lesione del diritto d'asilo derivante dalla chiusura dei porti (come visto nel precedente paragrafo); la lesione del diritto alla salute dei migranti.

A pochi giorni dalla sua adozione, il soccorso di centoquarantanove migranti a largo delle coste libiche da parte della nave tedesca *Alan Kurdi* ha posto subito sotto la lente di legittimità del TAR Lazio il nuovo atto. Questa autorità giudiziaria, chiamata in sede cautelare<sup>736</sup> a verificare la sussistenza dei presupposti di *fumus boni juris* e di *periculum in mora* per sospenderne in ipotesi l'efficacia, ha ritenuto sussistenti le motivazioni rese circa la possibilità di fornire un luogo sicuro, considerato che è comunque «garantita assistenza alle persone eventualmente soccorse in mare, prestando misure adeguate rispetto a situazioni di minaccia per le loro vite, il soddisfacimento delle necessità primarie e l'accesso a servizi fondamentali sotto il profilo sanitario, logistico e trasportistico».

Nel frattempo, per sanare le evidenti violazioni di diritto internazionale<sup>737</sup>, con un nuovo decreto è stata individuata l'ingegnosa soluzione di trasformare il luogo *sicuro*

---

commento al decreto si veda anche S. CARLOTTI, *Migration Policy and Health Insecurity. Italy's response to COVID-19 and the impact of the Security Decree*, in *Riv. Trim. Sc. Amm., Studi di teoria e ricerca sociale*, n. 2/2020.

<sup>734</sup> «(...) it could send the persons into “orbit” in search of a State willing to receive them and as such may contribute to the further spread of the disease», scrive l'UNHCR nella *Key Legal Considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the COVID-19 response*, pubblicato online su [www.refworld.org](http://www.refworld.org), 16 marzo 2020.

<sup>735</sup> A.M. PELLICONI, M. GOLDONI, *Op. cit.*, p. 221, criticano appunto il ricorso ad un atto amministrativo che comprime gravemente sia i diritti fondamentali dei cittadini stranieri, sia gli obblighi di diritto internazionale.

<sup>736</sup> Tar Lazio - Roma, sez. III, decr., 22 aprile 2020, n. 3066. Ritornato a decidere il merito il Tar con sentenza del 7 ottobre 2020, n. 02855, ha dichiarato la inammissibilità del gravame per difetto di legittimazione attiva e per carenza di interesse in capo all'Associazione ricorrente.

<sup>737</sup> Per una lettura critica del decreto in riferimento alle norme di diritto internazionale si rinvia a F. MUNARI, *Il decreto interministeriale per gestire l'emergenza CoViD-19 nell'ambito degli obblighi dell'Italia ai sensi della convenzione SAR: l'insostenibile “intermittenza” del luogo sicuro per i*

in *galleggiante* e qui svolgere la sorveglianza sanitaria dei naufraghi. Il 12 aprile, con decreto del Capo Dipartimento della Protezione Civile n. 1287<sup>738</sup>, il posto sicuro è dunque individuato anche nelle navi, così nel giro di pochi giorni i migranti soccorsi sono stati trasferiti da una all'altra.

Si tratta invero di una scelta non priva di inconvenienti e rischi<sup>739</sup>, quali quello di non potere verificare le singole situazioni di salute degli stranieri e la necessità di cure specifiche di cui potrebbero avere bisogno; quello che i migranti subiscano trattamenti inumani e degradanti, inderogabilmente vietati anche in situazioni di emergenza (artt. 3 e 15 CEDU); quello di non consentire l'accesso immediato alla procedura per fare richiesta d'asilo (art. 10, co. 3 Costituzione).

L'epilogo della vicenda lascia peraltro aperti diversi problemi, portando anzitutto a domandarsi se la soluzione trovata sia da annoverare tra quelle «misure eccezionali strettamente proporzionali e correlate alle necessità connesse all'epidemia (evitare diffusioni del virus e tutelare le persone soccorse dal contagio)» o all'inverso si tratti di «una indebita compressione di diritti, che devono, se pur con modalità rapportate allo stato di emergenza sanitaria, essere garantiti»<sup>740</sup>.

Il nuovo assetto emergenziale rende in effetti necessario contemplare l'assenza dei requisiti utili alla classificazione di *place of safety* alla luce dei criteri di temporaneità e proporzionalità<sup>741</sup>, già impiegati dalla Corte costituzionale per affrontare le

---

*migranti diretti verso l'Italia*, in *SIDIBlog*, 16 aprile 2020; A.M. PELLICONI, *CoViD-19: l'Italia non è più un "luogo di sicurezza"*. La decisione di chiudere i porti italiani è conforme agli obblighi in materia di diritti umani?, in *EJIL: Talk! Blog dell'European Journal of International Law*, 23 aprile 2020.

<sup>738</sup> Avente ad oggetto la nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all'assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare, ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell'ambito dell'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

<sup>739</sup> Sulle condizioni materiali e giuridiche dei migranti soccorsi in mare e trasferiti sulle cc.dd. "navi quarantena" o navi *hotspot*, si leggano il recente rapporto Cild, *Detenzione migrante ai tempi del Covid*, reperibile sul sito *cild.eu*, luglio 2020 ed il Bollettino n. 28, del GNPL del 28.4.2020, reperibile al sito *www.garantenazionaleprivatiliberta.it*. La realizzazione di misure di quarantena in tali luoghi espone in effetti i migranti ad una situazione di "limbo" giuridico, giacché non è loro riconosciuto il diritto di chiedere asilo, di essere tutelati se vittime di tratta o minori non accompagnati, né è assicurato quello di ricevere informazioni chiare ed esaustive sulle ragioni alla base della misura restrittiva..

<sup>740</sup> A. ALGOSTINO, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti: sommersi e salvati*, in *Diritti senza confini*, 21 marzo 2020.

<sup>741</sup> Si veda l'intervista rilasciata al *Corriere della Sera*, intitolata *Coronavirus, intervista a Marta Cartabia: «Nella Costituzione le vie per uscire dalla crisi»*, sul sito online *www.corriere.it*, 29 aprile 2020; E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà più essere come prima"?*, in *federalismi.it*, n. 16/2020, che ritiene a sua volta che il giudizio di *proporzionalità* in questa fase sia più sfuggente di quello di *temporaneità*, giacché il primo rischia di confondersi con il giudizio di merito, più strettamente politico.

specificità dei momenti di emergenza e crisi in passatio senza però mai sospendere l'ordine costituzionale<sup>742</sup>.

Quanto al bilanciamento tra i diritti e l'applicazione del criterio di proporzionalità, è utile rileggere la sentenza n. 85 del 2013 della Corte costituzionale sul c.d. “caso Ilva”, con la quale si era ribadito un insegnamento irrinunciabile: tra principi e diritti fondamentali non vi è né gerarchia, né pretesa di assolutezza dell'uno sull'altro. Anche nella successiva sentenza sul medesimo caso<sup>743</sup> – la n. 58/2018 – la Consulta è tornata sull'operazione di bilanciamento, con la censura al legislatore di non aver ragionevolmente bilanciato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, ossia la tutela della salute, della sicurezza e dell'incolumità dei lavoratori a fronte del rischio delle esigenze basilari della persona, innanzitutto per la loro stessa vita.

Più del principio di proporzionalità è peraltro quello di temporaneità la vera bussola in grado di ancorare le misure adottate ai decorsi epidemiologici e di consentire di verificare «che quelle misure sono *oggi* necessarie, nel senso di *razionali rispetto allo scopo*, mentre domani, quando quei dati – resi pubblici misurabili e fatti oggetto di confronto tra gli studiosi – saranno diversi, le stesse misure non si giustificheranno più»<sup>744</sup>.

Alla luce delle notazioni già svolte sulla qualificazione del PoS e dei due criteri di proporzionalità e temporaneità, come descritti, possono trarsi le fila in ordine all'adeguatezza e alla tenuta costituzionale del decreto del 7 aprile.

Quanto alla verifica del *least-restrictive means* e del nesso di congruità, soppesando gli effetti in termini di benefici/sacrifici, sorge il dubbio che l'Esecutivo non abbia ben valutato la misura che richiedeva i minori sacrifici possibili: l'espansione della tenuta del sistema sanitario nazionale, da un lato e la compressione dei diritti alla vita, alla salute, all'asilo, al *non refoulement*, allo sbarco in un posto sicuro, dall'altro<sup>745</sup>. Non bisogna poi tralasciare l'altro principio richiamato espressamente dalla linee guida della Commissione europea, quello di non discriminazione. Se ne paventa infatti una

---

<sup>742</sup> Sul tema si veda la Relazione annuale su *L'attività della Corte Costituzionale nel 2019*, del 28 aprile 2020, nella quale la (ex) Presidente ha ricordato che pur mancando in Costituzione una disciplina *ad hoc* sullo stato di emergenza sul modello dell'art. 48 della Costituzione di Weimar o dell'art. 16 della Costituzione francese, dell'art. 116 della Costituzione spagnola o dell'art. 48 della Costituzione ungherese, «la Carta costituzionale così com'è – con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie; diritti, doveri e responsabilità – offre [a offrire] a tutte le istituzioni e a tutti i cittadini la bussola che consente di navigare “per l'alto mare aperto” dell'emergenza e del dopoemergenza che ci attende» (*ivi*, p. 26).

<sup>743</sup> M. D'AMICO, *Emergenza, Diritti, Discriminazione*, in *La Rivista GdP*, fasc. 1/2020, pp. 16-42 (spec. p. 27), ricorda che anche dalla lettura combinata dei due precedenti è possibile ricavare che l'opera di bilanciamento debba sempre incontrare il limite della proporzionalità e della ragionevolezza, verificando la praticabilità di misure alternative che siano meno penalizzanti per gli altri diritti costituzionalmente protetti; dalla seconda sentenza si rimarca che la tutela del diritto alla salute, anche in un contesto emergenziale, deve essere attratta nel giudizio di bilanciamento con gli altri diritti.

<sup>744</sup> E. GROSSO, *Op. cit.*, p. VIII (corsivi testuali).

<sup>745</sup> A. ALGOSTINO, *CoViD-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AiC*, fasc. 3/2020.

applicazione relativa al diritto alla salute in base alla nazionalità di quegli stranieri che vengano tratti in salvo da una nave battente bandiera straniera.

Deve farsi qui una precisazione. Ci si soffermerà su questa sede solamente sul *vulnus* al diritto alla salute dei naufraghi e sui criteri di proporzionalità e temporaneità. Si esclude l'analisi della lesione al principio di non respingimento, del diritto al posto sicuro e del diritto di asilo, poiché per essa si rinvia a quanto già svolto al rifuoardo nei paragrafi immediatamente precedenti. La sua invariata validità conferma peraltro quello che si è detto *supra*, ossia che il decreto del 7 aprile quanto agli effetti si pone in continuità con quelli precedenti in materia.

Tornando invece al diritto alla salute, come noto fondamentale e a dimensione universale (artt. 2 e 32 Cost.), esso non tollera discriminazioni, essendo garantito all' "individuo" come tale, come meglio si dice immediatamente oltre. Anche nel TUI si ritrovano entrambe le dimensioni, tant'è che il legislatore condiziona sì l'erogabilità di cure mediche alla regolarità del soggiorno, ma riconoscendo anche agli irregolari presenti alla frontiera o comunque sul territorio il "nucleo duro" di tale diritto: quello alle cure essenziali, tra cui la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive e l'eventuale bonifica dei relativi focolai (art. 35, co. 3, lett. e)<sup>746</sup>.

Il diritto alla salute oltre che essere riconosciuto ai naufraghi in forma individuale lo è anche nella dimensione collettiva.

Sulla duplice dimensione dell'art. 32 Cost., non pare in questa sede superfluo partire dal dato definitorio: «Dal modo in cui l'art. 32, comma 1, Cost., è formulato si trae dunque un dato sufficientemente evidente: è la salute, non la salute individuale, ad essere protetta come interesse della collettività. Sicché saranno soltanto le ragioni legate alla salute collettiva a poter abilitare un intervento limitativo delle libertà di salute del singolo»<sup>747</sup>. Lo scrutinio di ragionevolezza dell'atto passa dunque anche attraverso un'attenta valutazione della "tollerabilità" del sacrificio imposto alla salute individuale<sup>748</sup> dei migranti a bordo, anche in rapporto all'efficacia contenitiva per la collettività.

Vi è tuttavia un dato che sembra non essere emerso, e cioè che di quella collettività fanno parte gli stessi naufraghi. Se qualcosa questa pandemia ha insegnato, al di là della retorica solidaristica e anche restando a una prospettiva filosofica quella strettamente utilitarista, è che è difficile ritenersi "al sicuro" fin quando si ammettono presunte "zone franche" dal virus, come le navi quarantena a cui è assegnato il ruolo di essere *place of safety* provvisori. I luoghi chiusi si sono rivelati sin dai primi mesi della pandemia veri e propri detonatori virali (su tutti si ricordano le

---

<sup>746</sup> Per una trattazione approfondita del tema si rinvia a C. CORSI, *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2019, pp. 45 ss.

<sup>747</sup> D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale: Lezioni*, II ed., Torino, Giappichelli, 2015, p. 39.

<sup>748</sup> Sulla tollerabilità degli interventi limitativi della salute individuale è istruttivo il richiamo alla materia dei trattamenti sanitari obbligatori. Nella sent. 307/1990 la Consulta affermò che l'imposizione del trattamento sanitario potrà avvenire solo se «esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili».

triste vicende delle R.S.A., delle carceri, dei centri per il rimpatrio), dando ragione postuma a Foucault<sup>749</sup>.

Sul versante del bilanciamento operato il decreto non tiene conto della rapida mutevolezza del decorso epidemiologico, così da intercettare eventuali cambiamenti della situazione di fatto e rimodularsi eventualmente in senso espansivo in ordine ai molteplici diritti compressi dei naufraghi.

A ciò si aggiunga che è la stessa nozione di “posto sicuro” ad essere in *re ipsa* estremamente flessibile<sup>750</sup>. Il decreto si presenta monco, da questo punto di vista, avendo previsto all’art. 1 di non assicurare i requisiti richiesti dalla Convenzione di Amburgo per tutta la durata dell’emergenza sanitaria nazionale, attraverso una valutazione unilaterale ed astratta operata *ex ante* che non lascia spazio a successivi apprezzamenti che tengano conto del *trend* epidemiologico. La normativa internazionale soffre peraltro essa stessa di un approccio casistico che mal si concilia con l’automatismo del provvedimento in commento, del quale è dubbia la legittimità sotto diversi profili. A ben vedere, tale critica era stata già mossa avverso i decreti adottati ai sensi dell’art. 11, co. 1 *ter* TUI.

Per quel che concerne il profilo strettamente emergenziale, la *ragionevolezza delle ragioni* indicate nel decreto palesa ulteriori perplessità, quali la presunzione di una eventuale eccessiva pressione sul SSN e sulle forze di polizia, tale da non garantire condizioni di sicurezza per la vita, le necessità primarie e l’accesso ai servizi fondamentali delle persone soccorse – a fronte di un numero ridotto di persone approdate nei primi mesi della pandemia – e la parametrizzazione dei requisiti di *insicurezza* a criteri estranei alla presenza paventata del virus e di allocazione delle risorse sanitarie – quali il luogo in cui è avvenuto soccorso e la bandiera dell’unità navale<sup>751</sup>.

Non possono infine essere trascurate le parole inconferenti del Sottosegretario di Stato per le infrastrutture e i trasporti, che – nel rispondere all’interpellanza urgente presentata alla Camera dei deputati il 15 aprile 2020 – ha evocato tra le ragioni del decreto il richiamo alla responsabilità e alla cooperazione dello Stato di bandiera

---

<sup>749</sup> M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, 1975, tr. it., Torino, Einaudi, 1976.

<sup>750</sup> P. BONETTI, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *federalismi.it*, Focus Osservatorio Emergenza Covid-19, 20 maggio 2020, critica l’adozione della qualificazione unilaterale per tutta la durata dello stato di emergenza nazionale (per il momento prolungato al 15 ottobre 2020) che riguarda la situazione di tutti i porti italiani, in aperta contraddizione alla nozione flessibile nel tempo e nello spazio, secondo i canoni nel diritto internazionale, di “posto sicuro”. Similmente si veda anche il *Comunicato di Asgi chiede l’immediata revoca del decreto interministeriale del 7 aprile 2020. L’Italia è sempre vincolata all’obbligo di fornire un porto sicuro alle persone salvate in mare*, pubblicato sull’omonimo sito dell’associazione, 15 aprile 2020.

<sup>751</sup> *Asgi chiede l’immediata revoca del decreto interministeriale del 7 aprile 2020*, cit., p. 3; sul punto si vedano anche A.M. Pelliconi, M. Goldoni, *Op. cit.*, p. 222, che definiscono le motivazioni addotte nel decreto, in alcuni passaggi, “contro-intuitive” e V. FAGGIANI, *Il diritto alla protezione internazionale in spagna e in italia: tra crisi umanitaria dei rifugiati e covid-19*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, p. 362.

dell'unità soccorritrice «per individuare una soluzione condivisa di gestione dei naufraghi»<sup>752</sup>.

Quanto al principio di *temporaneità*, esso è stato completamente trascurato. È utile a questo punto evidenziare che ogni manovra di *search and rescue* sfugge a valutazioni aprioristiche di così lungo termine, giacché ciascuna risponde alle specificità del caso concreto, fermo restando il diritto di ogni Stato di impedire l'ingresso sul proprio territorio in virtù della sovranità che vi esercita da contemperare al divieto di respingimento.

*At last but not least*, non bisogna dimenticare che il tema dei flussi internazionali come potenziale minaccia alla salute della popolazione autoctona era già emerso ai tempi dell'Ebola e della Sars. Proprio in riferimento alle epidemie più recenti, la letteratura scientifica aveva giudicato infondata la correlazione tra l'ingresso dei migranti in condizioni irregolari e la diffusione delle malattie infettive, mettendo in evidenza che in realtà le patologie di cui i migranti sono portatori, presso i porti di sbarco, sono solitamente infezioni minori e facilmente controllabili. Per le epidemie più gravi «l'esperienza mostra che, quando l'importazione avviene, coinvolge solitamente viaggiatori, turisti o professionisti sanitari piuttosto che migranti e rifugiati»<sup>753</sup>.

Nella complessa vicenda della chiusura dei porti e, più in generale, delle misure anti-contagio, negli ultimi mesi si è assistito inoltre a un rinnovato protagonismo delle regioni. Nell'incontro/scontro tra livelli di governo si inserisce la vicenda del Presidente della regione siciliana che, con l'adozione dell'ordinanza contingibile e urgente n. 33 del 22 agosto, aveva ordinato lo sgombero degli *hotspot* e dei Centri di accoglienza siciliani (art. 1) e il divieto di ingresso, transito e sosta sulla Regione in capo ai migranti (art. 2), per la tutela della salute e dell'incolumità pubblica.

Entrambe le norme sono state impugnate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e la loro efficacia è stata sospesa con il decreto cautelare del Tar Sicilia<sup>754</sup>, dopo aver censurato – pur nei limiti della pronuncia provvisoria – l'ordinanza, ritenendola

---

<sup>752</sup> F.P. MODUGNO, *A volte ritornano (i porti chiusi): la Cassazione sul caso Sea Watch alla prova del Covid-19*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 4/2020, p. 31, l'A. critica le motivazioni espresse dal Sottosegretario nel testo citato, rispetto al maggiore coinvolgimento e alla responsabilizzazione dello Stato di bandiera, che sembrano richiamare le posizioni del precedente Ministro dell'Interno *pro tempore*, sulle esigenze di condivisione delle responsabilità connesse al soccorso e alla gestione dei flussi migratori.

<sup>753</sup> OMS, *Migrations and health: key issues*, consultabile all'url: [http://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0005/293270/Migration-Health-Key-Issues.pdf?ua=1](http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0005/293270/Migration-Health-Key-Issues.pdf?ua=1); per un maggiore approfondimento del tema si rinvia a C. BOTRUGNO, *Diritto alla salute e migrazioni internazionali. Per una "bioetica in azione"*, in *Jura Gentium*, n. 2/2019, pp. 102-126.

<sup>754</sup> Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sez. III, decreto cautelare, del 27 agosto 2020, n. 842. Recentemente il TAR ha affrontato a pronunciarsi definitivamente sul ricorso (sentenza n. 01259/2020), tuttavia ne ha dichiarato l'improcedibilità dal momento che il provvedimento impugnato ha cessato di produrre effetti in data 11 settembre 2020, in quanto, in base all'art. 3 della gravata ordinanza, la stessa era valida dal 23 agosto 2020 e fino al 10 settembre 2020 compreso.

*prima facie* intervenuta a disciplinare aspetti esorbitanti le proprie competenze, destinati inoltre a produrre effetti oltre i confini regionali, dubita dei presupposti fattuali posti alla base del provvedimento.

Qui interessa riportare la parte del decreto che si sofferma sul difetto d'istruttoria, poiché il Tribunale amministrativo evidenzia una criticità che a noi pare comune al decreto interministeriale del 7 aprile. E cioè che «L'esistenza di un concreto aggravamento del rischio sanitario legato alla diffusione del Covid-19 tra la popolazione locale, quale conseguenza del fenomeno migratorio, che, con il provvedimento impugnato, tra l'altro, si intende regolare, appare meramente enunciata, senza che risulti essere sorretta da un'adeguata e rigorosa istruttoria, emergente dalla motivazione del provvedimento stesso e altrettanto sembra potersi affermare anche in relazione alla diffusione del contagio all'interno delle strutture interessate».

Nel rumore della pandemia i porti italiani continuano comunque a restare (parzialmente) chiusi, nonostante il mutato assetto della compagine governativa e l'abrogazione – nel frattempo avvenuta con il d.l. 130/2020 – dell'art. 11, co. 1 *ter* TUI.

## 7. L'approccio UE tra protezione dei diritti e controllo delle frontiere.

Dopo aver esaminato il quadro internazionale e quello interno, è necessario soffermarsi anche sul rapporto intercorrente tra divieto di respingimento, asilo e ordinamento UE, dal momento che l'Italia è una delle porta d'Europa e i suoi confini sono anche quelli dell'Unione.

Sebbene il diritto convenzionale offra soluzioni solo parzialmente appaganti che talvolta confermano il paradigma dello *jus excludendi*, non si deve tuttavia sminuire il contributo della giurisprudenza di Strasburgo sulla definizione del «nucleo duro del diritto europeo dei rifugiati, posto a presidio della persona ed a protezione da aggressioni a diritti umani fondamentali»<sup>755</sup>. Si ricorda infatti che, pur mancando nel quadro della Cedu la tutela del diritto d'asilo, attraverso l'interpretazione funzionalistica<sup>756</sup> della Carta Edu sono stati sviluppati importanti limiti al potere di respingere, espellere o estradare gli stranieri.

Riguardo all'ordinamento UE, va premesso che il sistema di asilo europeo<sup>757</sup> è largamente basato sulla Convenzione di Ginevra del 1951 e sul principio di non respingimento.

---

<sup>755</sup> E. CAVASINO, *Op. cit.*, p. 4.

<sup>756</sup> Si vedano sul tema M.A. GLIATTA, *Op. cit.* p. 16; A. SACCUCCI, *Diritto di asilo e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, cit., pp. 147-186 (spec. pp. 150 ss.). L'A. citato da ultimo menziona l'operatività che ha assunto nella giurisprudenza CEDU la tecnica *par ricochet*, ossia la protezione di quei diritti che pur non previsti direttamente nella Carta incidono negativamente sul godimento di un diritto espressamente previsto. La casistica è veramente ampia su tutti si riportano i casi *T. c. Regno Unito e Salah Sheekhbc. Paesi Bassi*, con cui la Corte *di riflesso* giunge a tutelare il diritto di asilo.

<sup>757</sup> Per uno studio sul diritto d'asilo dell'UE si rinvia *ex multis* a B. NASCIBENE, *Il diritto di asilo nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, in *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, cit.,

Il principio di *non refoulement* è accolto negli artt. 18 e 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, dove si prescrive che il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e il Protocollo del 1967 ed espressamente si vieta l'allontanamento dello straniero verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti.

Rispetto alla previsione contenuta nella Convenzione di Ginevra, il diritto UE appresta una tutela ancora più ampia al principio di non respingimento<sup>758</sup>, poiché gli artt. 9 e 46, par. 5 della direttiva 2013/32/UE autorizzano il richiedente a rimanere sul territorio dello Stato membro per tutto il corso della procedura e per il tempo utile ad esercitare il diritto al ricorso effettivo. Da tali previsione se ne può ricavare dunque un diritto di "asilo provvisorio"<sup>759</sup>.

Sempre in tale ordinamento si garantisce anche una platea più ampia di beneficiari. Com'è noto, accanto alla protezione internazionale (nella quale confluisce lo *status* di rifugiato), sono riconosciute quella sussidiaria (direttiva 2011/95/CE) e quella temporanea (direttiva 2001/55/CE), per cui risulteranno beneficiari del principio di non respingimento non solo i rifugiati, ma altresì, rispettivamente, i) coloro per i quali sussistono fondati motivi per ritenere che sarebbero esposti al rischio effettivo di subire un grave danno qualora facessero ritorno nel paese di origine; ii) coloro che siano considerati sfollati, su decisione a maggioranza qualificata del Consiglio a fronte di una crisi umanitaria, ambientale o di altra natura.

Recentemente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>760</sup> è emerso un altro aspetto di maggior tutela del principio di non respingimento nel diritto UE, riguardante le clausole di esclusione del divieto di *refoulement*. La direttiva

---

pp. 105-120 e nello stesso volume C. FAVILLI, *La protezione internazionale nell'ordinamento dell'Unione Europea*, pp. 121-146.

<sup>758</sup> Così M. STARITA, *Il principio del non-refoulement tra controllo dell'accesso al territorio dell'Unione europea e protezione dei diritti umani*, in *Diritto Pubblico*, fasc. 1/2020, pp. 141 ss., l'A. individua tre profili in cui la tutela del diritto UE è più ampia rispetto a quella internazionale: 1) quello dell'accesso al territorio dello Stato membro; 2) quello dei beneficiari; e 3) quello delle clausole di esclusione.

<sup>759</sup> *Ivi*, diritto considerato implicito nel divieto di respingimento e segnatamente al diritto UE avvalorato dalla specifica autorizzazione a rimanere sul territorio per tutta la durata della procedura.

<sup>760</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. del 14 maggio 2019, cause riunite C-391/16, C-77/17, C-78/17. Per un commento alla sentenza si veda D. LOPRIENO, "Reo", *ma rifugiato e, dunque, inespellibile*, in *Dir., Imm. e Città*, fasc. 3/2019, pp. 226-243.

2011/95/CE pur avendo accolto, agli artt. 12, par. 2<sup>761</sup> e 21, par. 2<sup>762</sup>, quelle clausole di esclusione dello *status* di rifugiato sancite nella Convenzione di Ginevra per il rifugiato “reo”, in via applicativa la Corte di Giustizia ha elaborato una diversa interpretazione dell’operatività di tali clausole. Essa ha infatti specificato che interpretando l’art. 21, par. 2 della direttiva 95/2011 alla luce della Carta dei diritti fondamentali e degli obblighi internazionali è sì possibile procedere alla revoca dello *status* e dei benefici connessi, ma non è possibile respingere il rifugiato verso un Paese da cui fugge o verso un Paese terzo, dove corra il rischio che siano violati i suoi diritti fondamentali, riconosciuti agli artt. 4 e 19 della Carta.

Tali regole vanno poi lette unitamente a quanto stabilito dal Regolamento UE 2016/399 (c.d. *Codice frontiere Schengen*, d’ora innanzi CFS), che istituisce il codice sull’attraversamento delle frontiere esterne dell’Unione. Tra gli obiettivi e le modalità di attuazione delle politiche relative ai controlli alle frontiere, l’art. 14 regola il respingimento dal territorio degli Stati membri dei cittadini di paesi terzi che non soddisfino tutte le condizioni d’ingresso (previste dall’art. 6, par. 1). Questo, si legge nell’art. 14, par. 1, «non pregiudica l’applicazione di disposizioni particolari relative al diritto d’asilo e alla protezione internazionale o al rilascio di visti per soggiorno di lunga durata».

Il codice è disseminato di riferimenti sugli obblighi di tutela dei diritti fondamentali e in materia di protezione internazionale; tra i principali si ricordano: l’art. 3 dove si riconosce che il CFS deve esser applicato senza pregiudizio dei diritti dei rifugiati e di coloro che richiedono protezione internazionale; l’art. 4 dove si ricorda che in sede di applicazione del CFS gli Stati membri agiscono nel pieno rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, del pertinente diritto internazionale, compresa la convenzione relativa allo *status* dei rifugiati di Ginevra, degli obblighi inerenti all’accesso alla protezione internazionale, in particolare il principio di *non-refoulement* e dei diritti fondamentali; l’art 6, par. 5 lett. c, dove si ammette che i cittadini extra UE possano essere autorizzati da uno Stato membro ad entrare nel suo territorio per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi

---

<sup>761</sup> Un cittadino di un paese terzo o un apolide è escluso dallo *status* di rifugiato ove sussistano fondati motivi per ritenere che: a)abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l’umanità quali definiti dagli strumenti internazionali relativi a tali crimini; b)abbia commesso al di fuori del paese di accoglienza un reato grave di diritto comune prima di essere ammesso come rifugiato, ossia prima del momento in cui gli è rilasciato un permesso di soggiorno basato sul riconoscimento dello status di rifugiato, abbia commesso atti particolarmente crudeli, anche se perpetrati con un dichiarato obiettivo politico, che possono essere classificati quali reati gravi di diritto comune; c)si sia reso colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite quali stabiliti nel preambolo e negli articoli 1 e 2 della carta delle Nazioni Unite.

<sup>762</sup> Qualora non sia vietato dagli obblighi internazionali previsti dal paragrafo 1, gli Stati membri possono respingere un rifugiato, formalmente riconosciuto o meno: a)quando vi siano ragionevoli motivi per considerare che rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato membro nel quale si trova; o b)quando, essendo stato condannato con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, costituisce un pericolo per la comunità di tale Stato membro.

internazionali; l'art. 7 che impronta l'esercizio delle funzioni delle guardie di frontiera nel pieno rispetto della dignità umana, in particolare nei casi concernenti persone vulnerabili, e al par. 2 al rispetto del principio di non discriminazione.

La presenza dei numerosi richiami, qui ripercorsi succintamente, non esaudisce tuttavia la richiesta di una formulazione più puntuale<sup>763</sup> su chi siano i rifugiati, i titolari di altre protezioni, quali diritti tutelare garantire ai controlli di frontiera o ancora di specificazione degli obblighi internazionali gravanti sugli agenti statali e UE. Non è del resto presente neppure un espresso collegamento con le direttive che regolano la materia, la n. 33/2013 e 95/2011, in modo da coordinare i due atti normativi e rendere più chiare e certe a chi è chiamato ad applicare e vigilare le frontiere le regole vigenti. L'assenza «di puntuali riferimenti e rinvii genera, infatti, incertezze e conseguentemente amplia discrezionalità statale. Tali aspetti assumono tanto più rilievo (...) alla luce della recente riforma della guardia di costiera e di frontiera europea i controlli delle frontiere, inclusa l'adozione di provvedimenti, potranno essere disposti dal personale statutario dell'Agenzia»<sup>764</sup>.

Se in teoria il sistema descritto sembra offrire un elevato livello di tutela di chi attraversa la frontiera esterne dell'Unione, se ne sono evidenziate al contempo le linee restrittive<sup>765</sup>, afferenti alle ambiguità normative, alla giurisprudenza restrittiva sul rilascio dei visti d'ingresso e infine alle lacune dell'ordinamento, che combinate tra loro limitano fortemente l'ampia portata riconosciuta *sulla carta* al divieto di respingimento.

---

<sup>763</sup> In tal senso A. DI PASCALE, *Respingimento dello straniero e controlli delle frontiere interne ed esterne nel diritto dell'UE*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2020, p. 36, che si sofferma sulla differenza tra l'indeterminatezza delle formulazioni "rifugiati", "coloro che richiedono protezione", "motivi umanitari" e "obblighi internazionali" - che giustificano la deroga di cui all'art. 6, par. 1 CFS - e la puntuale definizione dei beneficiari del diritto alla libera circolazione, i diritti a cui non arrecare pregiudizio e l'espresso richiamo alla direttiva 2004/38/CE quale limite allo svolgimento dei controlli di frontiera.

<sup>764</sup> *Ibidem*.

<sup>765</sup> M. STARITA, *Op. cit.*, p. 153. Per ambiguità legislative l'A. intende: la categoria di "Paese sicuro", declinata nella direttiva 2013/32/UE in Paese di origine sicuro, Paese terzo sicuro, Paese terzo europeo sicuro, Paese di primo asilo. Nozione potenzialmente confliggente col diritto a un ricorso effettivo e col diritto all'asilo temporaneo; l'art. 1 della direttiva 2002/90/CE, che lascia una mera facoltà agli Stati di non punire attività di carattere umanitario. Eventualità che entra in conflitto con il dovere di soccorso che è parte integrante del divieto di *refoulement*. Per prassi interpretative restrittive l'A. fa riferimento a quella giurisprudenza che è poco chiara sulla questione se gli obblighi internazionali derivanti dal principio di non respingimento vincolino gli organi statali anche quando operano fuori dall'UE. Come nel caso *X e X c. Belgio* nel quale la Corte di giustizia ha negato che la richiesta di un visto di carattere umanitario presentata presso un'ambasciata di uno Stato membro in uno Stato terzo rientri nel campo di applicazione del Codice visti UE. Infine, per lacune normative l'A. si riferisce all'assenza di un meccanismo di ricollocazione, per ora rimessa alla decisione caso per caso, su base volontaria e che aggrava il sistema accoglienza dei Paesi frontalieri. Per lacune istituzionali l'A. si riferisce al disimpegno UE nelle operazioni di soccorso, la riduzione di navi pubbliche nel Mediterraneo finisce per aumentare ulteriormente il peso del dovere di soccorso sulle navi private.

A confermare le preoccupazioni circa il disimpegno dell'Unione in materia di soccorso è la recente sostituzione al mandato di *EUNAVFOR MED* quanto alla già criticata operazione *Sophia*<sup>766</sup> (che nell'ultimo anno aveva sospeso l'utilizzazione delle unità navali) con l'operazione *Irini*<sup>767</sup>. La *mission* è cambiata considerevolmente e il suo rinnovato obiettivo è quello di attuare l'embargo sulle armi imposto dall'ONU, utilizzando mezzi aerei, satellitari e marittimi. In particolare, la missione è messa in grado di svolgere ispezioni sulle imbarcazioni in alto mare al largo delle coste libiche sospettate di trasportare armi o materiale connesso da e verso la Libia, a norma della risoluzione 2292 (2016) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

Le operazioni di contrasto alle attività delle reti di traffico e tratta di esseri umani, comprese dunque quelle di *search and rescue*, figurano solo tra i compiti secondari della nuova missione, il cui rinnovo ogni quattro mesi è subordinato alla valutazione «che lo schieramento dei mezzi marittimi dell'operazione non produca sulla migrazione un effetto di attrazione sulla base di prove fondate raccolte conformemente ai criteri stabiliti nel piano operativo».

Si torna così nuovamente e pericolosamente ad associare l'attività di soccorso in mare con i *pull factors* dei movimenti migratori<sup>768</sup>. L'operazione cambia nome e priorità, non sono menzionati gli obblighi di soccorso in mare né richiamate la Convenzione SAR e SOLAS e le Linee Guida IMO, mancano infine anche i collegamenti ai Regolamenti europei Frontex 656/2014 e 1624/2016, sugli obblighi di soccorso e sbarco nel luogo sicuro<sup>769</sup>. È noto che in diritto le parole sono decisive quand'anche siano assenti e qui l'assenza è tanto più significativa, se collegata ad altri aspetti delle politiche europee, come l'attività di cooperazione tra UE e i Paesi di arrivo e transito, spesso per mezzo di accordi informali che condizionano il rilascio

---

<sup>766</sup> Introdotta con Decisione (PESC) 2015/778 del Consiglio del 18 maggio 2015 relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale. Lo scopo originario della missione di contribuire a smantellare il modello di business delle reti del traffico e della tratta di esseri umani nel Mediterraneo centromeridionale, in conformità del diritto internazionale applicabile, incluse la Convenzione sul diritto del mare (UNCLOS) e le pertinenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. In occasione della prima proroga con la decisione 2016/993 sono stati introdotti due compiti aggiuntivi: la formazione della guardia costiera e della marina libiche e nel contrasto al traffico di armi nella zona di operazione. Con la successiva decisione di proroga 2017/1385 fino al 31 dicembre 2018 sono state introdotte ulteriori attività: la formazione della guardia costiera libica; lo svolgimento di nuove attività di sorveglianza e raccogliere informazioni sul traffico illecito delle esportazioni di petrolio dalla Libia; lo scambio di informazioni sulla tratta di esseri umani con le agenzie di contrasto degli Stati membri, FRONTEX ed EUROPOL. L'ultima proroga è intervenuta con la decisione 2019/1595, fino al 31 marzo 2020.

<sup>767</sup> Decisione del Consiglio 6414/2020 relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo (EUNAVFOR MED IRINI).

<sup>768</sup> Cfr. sul punto F. VASSALLO PALEOLOGO, *L'Unione Europea lancia l'operazione IRINI nel Mediterraneo e si avvia al suicidio politico*, in *A-dif.org*, 31 marzo 2020, che scrive «Una tesi che è stata già causa di migliaia di morti e della “guerra” praticata da diversi stati e da Frontex, a partire dal 2017, nei confronti delle navi umanitarie inviate dalle ONG nel Mediterraneo centrale».

<sup>769</sup> *Ibidem*.

di aiuti economici al contenimento dei flussi in uscita, tema che verrà più analiticamente trattato nelle prossime pagine.

Il quadro che si ricava è certamente contraddittorio, da una parte si predispone un livello di tutela avanzato tramite la Carta dei diritti fondamentali<sup>770</sup> che però viene tradito dalle politiche di non arrivo, sotto il peso di una responsabilità che rischia prima o poi di implodere<sup>771</sup>.

Da più parti si invoca oramai da tempo una riforma del sistema europeo comune di asilo (SECA), tant'è che anche nell'*Agenda della migrazione* 2015 tale obiettivo rientrava tra le priorità strategiche con cui uscire dalla sua stessa crisi<sup>772</sup>. Il percorso intrapreso dal Consiglio di Tampere ad oggi si è tuttavia rivelato fortemente sbilanciato verso gli aspetti relativi alla sicurezza delle frontiere esterne.

Il peccato originale del SECA è quello di aver predisposto una politica comune di asilo funzionale al controllo delle frontiere. Tale difetto è tuttavia visibile egualmente nel pacchetto di riforme presentato nel luglio 2016<sup>773</sup> dalla Commissione, dove ancora una volta si presentano immutate le tensioni<sup>774</sup> tra logica securitaria e garanzie sull'effettivo rispetto dei vincoli in materia di asilo e tutela dei diritti fondamentali, nonché tra difesa degli interessi unilaterali degli Stati membri che si scontra con una

---

<sup>770</sup> Scrive E. CAVASINO, *Op. cit.*, che la Carta è lo strumento che potenzialmente può portare il costituzionalismo al di là dei confini dello Stato nazionale e integrare la cultura del costituzionalismo nel diritto comune europeo dei rifugiati. A patto tuttavia che essa sia interpretata non solo nella prospettiva del primato del diritto dell'Unione, ma anche della custodia della cultura del costituzionalismo dei diritti e delle libertà.

<sup>771</sup> Così C. CORSI, *Il diritto di asilo tra impasse*, cit., p. xxvi.

<sup>772</sup> D. THYM, *La "crisi dei rifugiati" come sfida per il sistema giuridico e la legittimità istituzionale*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2017, individua sette motivi alle carenze strutturali del SECA che si ritiene qui utile riproporre: 1) il pregiudizio strutturale delle norme che regolano la competenza per l'esame della domanda di asilo; 2) il deficit di solidarietà che ha riguardato sinora solamente l'aspetto finanziario e quello operativo tramite le agenzie europee; 3) gli Stati membri dell'Europa meridionale e orientale non hanno ancora maturato molta esperienza come Paesi di destinazione dei richiedenti asilo. Inoltre in molti Stati membri mancano le capacità amministrative e/o la volontà politica necessari all'istituzione di un sistema di asilo funzionante; 4) l'inefficacia delle politiche di controllo dell'immigrazione; 5) il SECA si fonda su un quadro normativo non sempre capace di adattarsi ai momenti di crisi; 6) il dilemma originario che attanaglia l'UE: l'obiettivo del superamento dello Stato-nazione; 7) le molteplici differenze tra i diversi Sistemi di asilo nazionali.

<sup>773</sup> Il pacchetto di riforme di luglio si compone di tre proposte: la rifusione della direttiva accoglienza, COM(2016) 465 final; la trasformazione delle direttive qualifiche e della direttiva procedure in due regolamenti, COM(2016) 466 final; la proposta di una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM(2016) 467 final. Il pacchetto di riforme di luglio si aggiunge a quello presentato a maggio dello stesso anno dalla Commissione che pure si componeva di tre proposte: la riforma del regolamento Eurodac, COM(2016)272; del regolamento Dublino, COM(2016)270; del regolamento EASO COM(2016)271. Per un commento alle proposte di riforma del SECA, si rinvia a G. CAGGIANO, *Prime riflessioni sulle proposte di riforma del sistema europeo comune d'asilo in materia di qualifiche, procedure e accoglienza*, in *SIDIBlog*, 3 ottobre 2016.

<sup>774</sup> Sul punto si veda M. MARCHEGIANI, *La riforma del sistema comune europeo di asilo: verso una procedura comune e uno status uniforme?*, in *Diritto pubblico*, fasc. 1/2020, pp. 79 ss. (spec. p. 82).

gestione condivisa e sovranazionale della protezione internazionale e tra difficile superamento delle asimmetrie tra Stati membri con gli attuali strumenti di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità, come si avrà modo di vedere nella parte seconda del capitolo.

Manca invero tra le proposte presentate lo strumento privilegiato che consentirebbe di tutelare effettivamente chi attraversa la frontiera, ossia trasformare le vie di accesso legale<sup>775</sup> da strumento di carattere concessorio degli Stati nazionali a uno dal carattere vincolante europeo. «I percorsi legali dovrebbero contribuire all'adozione di un approccio coordinato, olistico e strutturato alla migrazione»<sup>776</sup>, per i migranti bisognosi di protezione internazionale le principali vie di ingresso legali percorribili sono il reinsediamento<sup>777</sup>, i visti umanitari<sup>778</sup> e programmi di sponsorizzazione privata.

I programmi di reinsediamento sono fortemente incentivati dall'UE anche tramite la previsione di un'assistenza finanziaria (Regolamento 516/2014) agli Stati membri che ricorrano a questo strumento. Gli elementi più critici potrebbero esser superati affrontando *in primis* il problema della sua natura obbligatoria, quindi il tema dell'adozione di criteri comuni per individuare i reinsediati e delle procedure da adottare. Infine il superamento della logica della condizionalità.

---

<sup>775</sup> Strada che si rivelerebbe vantaggiosa anche per gli Stati membri, che non dovrebbero più disperdere risorse nella lotta ai trafficanti di essere umani; alleggerire i momenti di maggiore pressione migratoria, pianificando gli arrivi, opzione che si rivelerebbe vantaggiosa sia per i sistemi di accoglienza che per il percorso di integrazione; infine maggiori vantaggi ne deriverebbero anche nel quadro dei partenariati con i Paesi terzi o di transito. Sul punto cfr. Comunicazione della Commissione, COM (2018) 635 final, 12 settembre 2018, *Ampliare l'offerta di percorsi legali verso l'Europa, componente indispensabile di una politica migratoria equilibrata e globale*. Si vedano sul tema S. MARINAI, *L'Unione europea e i canali di accesso legale per i soggetti bisognosi di protezione internazionale*, in *Diritto pubblico*, fasc. 1/2020, pp. 57 ss. e F.L. GATTA, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione europea: iniziative e (insufficienti) risultati nella politica europea di asilo*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2018, pp. 1 ss.

<sup>776</sup> COM (2018) 635 final, p. 7.

<sup>777</sup> Programma che si riferisce al trasferimento di rifugiati provenienti da Paesi terzi in uno Stato membro dell'Unione. L'agenzia delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) funge normalmente da intermediario nel processo di reinsediamento. Quest'ultimo è rivolto ai rifugiati le cui esigenze di protezione sono già state chiaramente individuate; per il paese di accoglienza ha il vantaggio di essere una procedura ordinaria e per il rifugiato di essere un processo che garantisce la sua sicurezza fisica. I rifugiati reinsediati non sono più costretti a ricorrere alle diverse forme di immigrazione illegale (ad esempio il traffico di essere umani). Il reinsediamento offre inoltre al paese interessato il notevole vantaggio di poter organizzare in anticipo l'accoglienza e l'integrazione. Cfr. in proposito la Comunicazione della Commissione, UE COM(2009) 456 definitivo, *sull'istituzione di un programma comune di reinsediamento*.

<sup>778</sup> Il visto per motivi umanitari può esser rilasciato ai sensi dell'art. 19 o 25 del Codice dei visti - Regolamento (CE) n. 810/2009.

Soprattutto a partire dalla Dichiarazione UE-Turchia, il reinsediamento è stato adoperato come contropartita<sup>779</sup> al contributo degli Stati terzi al contrasto all'immigrazione irregolare. Il reinsediamento rischia così di perdere la sua vocazione umanitaria e di trasformarsi in mero strumento di esternalizzazione delle frontiere.

Il tema principale dei visti umanitari concerne l'esistenza di un obbligo positivo in capo agli Stati membri di rilascio in presenza di determinate circostanze<sup>780</sup>. Per il momento la Corte di Giustizia<sup>781</sup>, privilegiando un approccio molto prudente e formalistico, ha escluso l'esistenza di siffatto obbligo, sulla base della motivazione che il codice dei visti è diretto a fissare le procedure e le condizioni per il rilascio dei visti di transito o per soggiorni previsti sul territorio degli Stati membri non superiori a novanta giorni su un periodo di centottanta giorni. Nel caso di specie, in cui i ricorrenti avevano presentato presso l'ambasciata del Belgio in Libano domande di visti per motivi umanitari, basate sull'articolo 25 del codice dei visti, con l'intenzione di chiedere asilo in Belgio, la Corte ha escluso che tale ipotesi rientri tra quelle regolate dal Codice dei visti, perché la domanda era diretta ad ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno la cui validità non era limitata a novanta giorni. Si è così scaricata la questione sui giudici nazionali, ritenendo che il visto umanitario, per durata, procedure e condizioni non sia regolato direttamente dal diritto UE, per cui l'ambito di applicazione concerne unicamente il diritto nazionale.

Fa da eco alla pronuncia della Corte di Lussemburgo quella della Corte di Strasburgo<sup>782</sup> in un caso analogo, nel quale anch'essa ha negato l'esistenza di obbligo positivo al rilascio del visto in presenza di fondati motivi umanitari in capo agli Stati membri, con una motivazione che non è entrata "nel merito" dei quesiti sollevati. I giudici Edu hanno infatti escluso l'esistenza dei necessari presupposti per ritenere radicata la giurisdizione dello Stato aderente ai sensi dell'art. 1 Cedu, sicché non avrebbe potuto esser accertata alcuna violazione dei diritti protetti dalla Carta, in particolare argomentando dalla circostanza che l'ambasciata di uno Paese aderente non possa esser considerato come parte del territorio dello Stato che rappresenta o un'area in cui i ricorrenti si trovino sotto il controllo dello Stato dell'ambasciata.

---

<sup>779</sup> S. MARINAI, *Op. cit.*, p. 65. In ogni caso non devono sottacersi i risultati positivi raggiunti, ossia quei progetti che hanno consentito di evacuare un numero piccolo (ma pur sempre significativo) di migranti provenienti dal Ruanda e dal Niger, dai campi di detenzione libici verso l'UE.

<sup>780</sup> Sul punto F.L. GATTA, *I visti umanitari tra l'immobilismo dell'Unione europea, l'attesa per Strasburgo e l'esempio (da replicare) dell'Italia*, in *Diritti Comparati*, fasc. 2/2020, pp. 152 ss. (spec. 158). Due sono gli orientamenti principali: quello che nega l'esistenza di un obbligo in capo allo Stato membro al rilascio del visto, ma di una mera facoltà riservata allo Stato che, tradizionalmente, conserva il diritto sovrano di controllare i propri confini e decidere sull'ingresso di stranieri sul proprio territorio. L'altra opzione è quella che riconosce l'esistenza di siffatto obbligo che discenderebbe dal rispetto del principio di *non refoulement* e il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti.

<sup>781</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 7 marzo 2017, *X e X c. Belgio*, causa C-638/16 PPU.

<sup>782</sup> Corte Edu, Grande Camera, sentenza del 5 maggio 2020, *M.N. e altri c. Belgio*.

Sul tema vi è stato poi il tentativo, anch'esso fallito, del Parlamento, che con risoluzione dell'11 dicembre 2018 ha chiesto alla Commissione europea di presentare una proposta relativa a un regolamento volto ad istituire un visto umanitario europeo entro il 31 marzo 2019, termine che è stato disatteso.

Riprendendo le parole dell'Avvocato Generale Mengozzi nelle conclusioni presentate per il caso *X e X*, la Corte avrebbe potuto cogliere l'occasione «non solo di ricordare (...) il rispetto dei valori umanitari e dei diritti umani che l'Unione e i suoi Stati membri si sono impegnati ad onorare, ma anche e soprattutto di offrire ai ricorrenti nel procedimento principale la speranza che siano risparmiati loro ulteriori sofferenze e trattamenti inumani» (p. 168): un'istanza umanitaria tesa a privilegiare autenticamente la funzione protettiva del diritto di asilo sul controllo delle frontiere, di cui «allo stato attuale»<sup>783</sup> l'Unione non riesce a farsi carico, né per via politica e/o legislativa, né per via giurisprudenziale.

## Parte seconda

### La tutela dei diritti dei migranti che attraversano la frontiera

#### 8. Le tragedie nel mare Mediterraneo come effetto della crisi di solidarietà tra Stati nelle politiche di controllo alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione.

Tra il 2014 e il 2019, tra le altre crisi che l'UE si è trovata ad affrontare, rientra sicuramente quella della gestione dei rifugiati. Essa ha rivelato insieme due limiti, entrambi riconducibili al processo d'integrazione europea<sup>784</sup> nella specifica materia<sup>785</sup>: quello di una politica migratoria che si fonda esclusivamente sul controllo delle frontiere, al rilascio dei visti e dei permessi di soggiorno o all'allontanamento, che lascia scoperti altri aspetti nevralgici legati ai diritti fondamentali,

---

<sup>783</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 7 marzo 2017, *X e X c. Belgio*, cit., p. 51. In tale locuzione F. L. GATTA, *Op. ult. cit.*, p. 165, ha rinvenuto una "porta lasciata aperta" dalla Corte di Giustizia.

<sup>784</sup> Si ricorda qui la celebre frase dell'allora ministro degli Esteri francese Robert Schuman, contenuta nell'omonima *Dichiarazione* del 9 maggio 1950: «L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto».

<sup>785</sup> Come previsto ai sensi dell'art. 67 TFUE, secondo il quale lo sviluppo di una politica comune in materia di asilo rappresenta uno degli obiettivi dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Ai sensi dell'art. 78 TFUE 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 (...) 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».

all'occupazione, politiche sociali e all'istruzione; quello della crisi del principio di solidarietà ed equa ripartizione degli oneri tra Stati membri ai sensi degli artt. 78, par. 3 e 80 TFUE<sup>786</sup>.

La crisi della solidarietà europea in materia di immigrazione e asilo<sup>787</sup> è stata in verità associata, più che a una patologia del sistema, ad una sua fisiologia: «In altri termini, l'Unione può mostrare solo la solidarietà che i Trattati le permettono di mostrare e alle condizioni previste, nonostante gli alti richiami solidaristici che in questi ultimi pur vengono fatti: ogni auspicio o “forzatura” del dibattito scientifico e pubblico, si giustificati dall'eccezionalità del momento, rischia di scontrarsi con l'angusto dato normativo»<sup>788</sup>.

La solidarietà richiamata all'art. 80 opera insomma esclusivamente tra Unione e Stati membri: una solidarietà intra-statale che non opera anche verso gli Stati terzi o i rifugiati e si distinguendosi così dalla portata più ampia dell'omonimo valore richiamato dell'art. 2 TUE, che si riferisce ai rapporti tra persone<sup>789</sup>.

---

<sup>786</sup> Il primo prevede che «qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati», mentre il secondo sancisce che le politiche dell'Unione relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione sono governate dal «principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra Stati membri, anche sul piano finanziario».

<sup>787</sup> Per un'analisi del principio di solidarietà in materia di immigrazione e asilo, prima e dopo il Trattato di Lisbona si rinvia a G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. Caggiano (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 365- 405; D. VANHEULE, J. VAN SELM, C. BOSWELL, *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'immigrazione*, Studio, 15.04.2011, reperibile online all'url: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/453167/IPOL-LIBE\\_ET\(2011\)453167\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/453167/IPOL-LIBE_ET(2011)453167_IT.pdf)

<sup>788</sup> G. MORGESE, *Solidarietà di fatto ... e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, Eurojus, Numero Speciale, 2020, pp. 77-114 (spec. p. 113). Il principio di solidarietà nel diritto dell'UE assume presupposti e connotati specifici nei diversi settori in cui se ne fa richiamo, per cui non è possibile ricavare un significato univoco del concetto in esame. Secondo lo studioso nonostante gli sforzi della dottrina, della giurisprudenza e dell'Avvocatura Generale di annoverare la solidarietà tra i valori del diritto UE, capace di ispirare l'intero ordinamento, essa non ha ancora raggiunto un livello di maturità tale da qualificarsi come principio di carattere generale. Le cause individuate sono due: la difficoltà di trasferire un concetto nato in ambito nazionale ad un ordinamento *sui generis* quale quello UE e la difficoltà di armonizzare le diverse tipologie di un concetto *in fieri*. Sul tema della solidarietà UE si veda anche la monografia dello stesso autore *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, Cacucci, 2018.

<sup>789</sup> In tal senso M. I. PAPA, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli stati membri dell'Unione Europea*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2016, pp. 287-324.

Dalla formulazione dell'art. 80 – che richiede la sua applicazione solo quando sia *necessario* secondo i principi di sussidiarietà e proporzionalità e di fronte a misure *appropriate* (non chiarendo peraltro in modo stringente che cosa s'intenda per necessità e appropriatezza) – si ricava<sup>790</sup> così la natura vaga dell'adesione al principio. Alle istituzioni è lasciato un margine di discrezionalità alto nella valutazione circa la sussistenza dei presupposti individuati. In ogni caso, il principio ha valore vincolante quando è richiamato e può pertanto essere oggetto di controllo giurisdizionale. Tra le ipotesi di profilature che hanno funzioni riequilibratrici, l'art. 80 richiama la solidarietà finanziaria come una delle possibili opzioni. Esso fu introdotto dal Trattato di Lisbona per temperare gli oneri gravanti su taluni Stati dell'Unione, derivanti dalla realizzazione del sistema comune di asilo e per l'armonizzazione delle legislazioni nazionali riguardanti tutti gli aspetti rilevanti del sistema di protezione: accoglienza, procedure, qualifiche e determinazione dello Stato competente.

La determinazione dello Stato competente è stata codificata prima che la materia dell'immigrazione e dell'asilo diventasse di attribuzione dell'Unione; precisamente era menzionata all'inizio nella *Convenzione di Schengen* e i criteri ivi individuati confluirono poi nella Convenzione internazionale sullo Stato membro competente, firmata a Dublino il 15 giugno 1990.

Anche successivamente alla comunitarizzazione della materia, dapprima con il Regolamento 343/2003 (c.d. Dublino II) e poi con le modifiche apportate dal Regolamento 604/2013 (c.d. Dublino III), il sistema della determinazione delle competenze, sul piano dei contenuti e della gerarchia, è rimasto sostanzialmente inalterato<sup>791</sup>. Criterio di applicazione prevalente rimane infatti quello del primo Stato

---

<sup>790</sup> G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri*, cit., p. 373.

<sup>791</sup> Il primo criterio riguarda i minori non accompagnati per essi è competente lo Stato membro nel quale si trova legalmente un familiare o un fratello del minore non accompagnato, purché ciò sia nell'interesse superiore del minore. Se familiari, fratelli o parenti soggiornano in più di uno Stato membro, lo Stato membro competente è determinato sulla base dell'interesse superiore del minore non accompagnato. In mancanza di un familiare, di un fratello o di un parente, è competente lo Stato membro in cui il minore non accompagnato ha presentato la domanda di protezione internazionale, purché ciò sia nell'interesse superiore del minore (art. 8). Il secondo criterio il familiare di un richiedente protezione, se ha presentato in uno Stato membro una domanda di protezione internazionale sulla quale non è ancora stata adottata una prima decisione di merito, l'esame della domanda di protezione internazionale compete a detto Stato membro, sempre che gli interessati abbiano espresso tale desiderio per iscritto (art. 10). Quando non ricorrano tali circostanziate ipotesi la competenza si radica presso lo Stato membro in cui il richiedente ha varcato illegalmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un paese terzo. Detta responsabilità cessa 12 mesi dopo la data di attraversamento clandestino della frontiera (art. 13). Tra le novità rilevanti introdotte nel Regolamento 604 vi è all'art. 33 quella del c.d. *early warning*, ossia il meccanismo di supporto e preparazione alla gestione dei problemi nel funzionamento del sistema di asilo di uno Stato membro, derivante da un rischio comprovato di speciale pressione sul suo sistema di asilo. Uno Stato membro può, nella redazione di un piano d'azione preventivo, chiedere l'assistenza della Commissione, di altri Stati membri, dell'EASO e di altre agenzie pertinenti dell'Unione. Il piano d'azione preventivo deve contenere l'indicazione delle misure volte a porre rimedio alle carenze

di arrivo, al fine di evitare la presentazione di domande multiple di protezione internazionale, i fenomeni del c.d. *asylum shopping*<sup>792</sup>, ossia l'abuso delle procedure d'asilo che si verifica quando una stessa persona presenta simultaneamente o successivamente, in diversi Stati membri, molteplici domande e dei "rifugiati vaganti", cioè le situazioni in cui tutti gli Stati membri dichiarano di non essere competenti per l'esame di una domanda d'asilo.

La conseguenza della regola indicata è che lo Stato di primo arrivo dovrà farsi carico non solo della procedura per il riconoscimento della protezione internazionale, ma anche dell'accoglienza e dell'eventuale rimpatrio del richiedente. In via strutturale è stato dunque predisposto un meccanismo di ripartizione degli oneri iniquo sulla materia, che grava maggiormente su alcuni Stati<sup>793</sup>.

La pressione degli ultimi anni ha finito per esacerbare tale difficoltà, che si è tradotta nell'incapacità di alcuni Paesi cc.dd. frontalieri di garantire ai richiedenti un trattamento compatibile con gli *standard* minimi in materia di diritti fondamentali<sup>794</sup>

---

riscontrate e ad evitare il deteriorarsi della situazione. Tuttavia anche quando questo fallisca non è previsto un intervento risolutivo o che sollevi lo Stato membro dalla crisi in corso, ma è introdotto un successivo meccanismo di revisione del piano d'azione. Tra le altre novità vi è stata quella dell'introduzione all'art. 3, par. 2 del Regolamento della sospensione del trasferimento verso lo Stato competente, qualora vi siano fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Sulle continuità e discontinuità tra il Regolamento 343/2003 e 604/2013 e sulle novità di Dublino III, si vedano O. FERACI, *Il nuovo regolamento "Dublino III" e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, in *Osservatorio sulle fonti*.it, 2/2013, pp. 1 ss. e A. DEL GUERCIO, *La seconda fase di realizzazione del sistema europeo comune d'asilo*, in *Osservatorio AIC*, n.3/ 2014, pp. 1 ss.

<sup>792</sup> M.A. GLIATTA, *Op. cit.*, p. 11, individua proprio nell'obiettivo di evitare il fenomeno dell'*asylum shopping* la spinta alle istituzioni europee a sostituire le norme minime con la disciplina comune in materia di asilo. Così per un vizio di origine «il passaggio da una integrazione minima alla regolazione comune a tutti gli Stati membri è avvenuto sotto la spinta dell'esigenza di rafforzare i confini nazionali all'interno dello stesso spazio europeo».

<sup>793</sup> G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri*, cit., p. 370.

<sup>794</sup> M.I. PAPA, *Op. cit.*, p. 301, l'A. riporta in proposito le numerose condanne della Corte Edu ai Paesi che in esecuzione del Regolamento Dublino, avevano proceduto al trasferimento dei richiedenti verso i Paesi di primo arrivo senza verificare le violazioni sistemiche riguardanti la procedura di asilo e il sistema di accoglienza. Tra i tanti: *M.S.S. v. Belgium and Greece*, sentenza del 21 gennaio 2011; *Shafiqi e altri c. Italia e Grecia*, sentenza del 21 ottobre 2014; *Tarakhel c. Svizzera*, sentenza del 4 novembre 2014. Sul punto si vedano anche C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, pp. 701 ss.; ID., *La politica dell'Unione in materia d'immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra Stati membri*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 2/2018, pp. 361 ss. (spec. p. 373), la quale ricorda anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul punto, che dopo qualche iniziale tentennamento si è allineata alla giurisprudenza della Corte Edu. La Corte di Lussemburgo ha chiarito che il Regolamento 604/13 e le norme che regolano la competenza degli Stati membri compresa la clausola discrezionale, debbono essere interpretate e applicate alla luce

e al tempo stesso nell'inosservanza di quelle regole relative agli obblighi di identificazione e rilevamento delle impronte digitali delle persone che arrivano in maniera irregolare alle frontiere, necessarie per la tenuta del sistema europeo comune di asilo complessivamente considerato.

Nonostante che il Regolamento contenga l'esplicita finalità di «instaurare un equilibrio tra i criteri di competenza in uno spirito di solidarietà», tale assetto non riesce ad emanciparsi dall'assetto intergovernativo<sup>795</sup> da cui si è originato.

Né soccorre a ottemere un riequilibrio delle responsabilità inter-statali la previsione dell'art. 80 TFUE, strumento finora utilizzato per introdurre rimedi palliativi e non davvero correttivi delle criticità rappresentate dal criterio dello Stato di primo arrivo. Prove ne sono state, durante la crisi migratoria del 2015, l'introduzione del sistema temporaneo di ricollocazione e l'offerta della “solidarietà in cambio di responsabilità”. Il risultato è che nelle politiche migratorie «si assiste alla tensione tra solidarietà *responsabilizzante* e *riequilibratoria*, dato che alcuni Stati invocano solidarietà (del primo tipo) per il rispetto integrale dei criteri di competenza del sistema Dublino e altri Stati chiedono solidarietà (del secondo tipo) per la modifica proprio di quei criteri in senso maggiormente redistributivo»<sup>796</sup>.

## 8.1 La ricollocazione nel prisma della solidarietà UE.

---

dell'art. 4 della Carta dei diritti UE, pertanto «anche in assenza di ragioni serie di ritenere che sussistano carenze sistemiche nello Stato membro competente per l'esame della domanda di asilo, il trasferimento di un richiedente asilo nel contesto del regolamento n. 604/2013 può essere effettuato solo in condizioni in cui sia escluso che detto trasferimento comporti un rischio reale e acclarato che l'interessato subisca trattamenti inumani o degradanti, ai sensi di tale articolo» (CG, 16 febbraio 2017, *C. K., H. F., A. S.*, C-578/16). Sui c.d. trasferimenti Dublino si vedano anche le sentenze 7 giugno 2016, C-63/15, *Ghezelbash*; 7 giugno 2016, C-155/15, *Karim*; 25 gennaio 2018, C-360/16, *Hasan*.

<sup>795</sup> In tal senso C. FAVILLI, *La politica dell'Unione in materia d'immigrazione e asilo*, cit. p. 361, che definisce questo *modus operandi*, sia nel controllo delle frontiere che nel diritto d'asilo, riproduttore di dinamiche analoghe a quelle in cui la materia non era stata ancora “comunitarizzata”, il che sembra più idoneo alla realizzazione di obiettivi e politiche nazionali che di quelli eurounitarie e sovranazionali.

<sup>796</sup> G. MORGESE, *Solidarietà di fatto ... e di diritto?*, cit., p. 93 (il corsivo è nostro).

Le prime misure di solidarietà di natura non solo “tecnico-finanziaria”<sup>797</sup> sono state adottate dall’Unione in epoca assai recente, ossia con le decisioni n. 2015/1523<sup>798</sup> e n. 2015/1601<sup>799</sup>, nel settembre 2015 dal Consiglio ex artt. 78, par. 3 e 80 TFUE. Esse si inseriscono tra le misure adottate nell’*Agenda europea sulla migrazione* del 2015<sup>800</sup>, documento di natura programmatica introdotto per far fronte all’emergenza umanitaria all’epoca in corso, che ha avuto tra gli episodi più drammatici il naufragio e la morte di ottocento migranti al largo delle coste libiche nella notte tra il 18 e il 18 aprile 2015<sup>801</sup>.

Le due decisioni richiamate hanno introdotto misure di deroga temporanea (della durata di ventiquattro mesi) all’art. 13, par. 1 del regolamento Dublino III a beneficio dell’Italia e della Grecia, con l’obiettivo di aiutare tali Stati membri ad affrontare meglio una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi nel loro territorio. Gli strumenti di solidarietà individuati dal Consiglio sono stati quelli del ricollocamento e dell’investimento di ingenti risorse nella cooperazione connessi, dietro l’impegno da parte di Italia e Grecia di rispettare con maggiore responsabilità e con l’ausilio delle agenzie europee gli obblighi di identificazione dei migranti, il rilevamento e la registrazione delle impronte digitali per la procedura di ricollocazione<sup>802</sup> e di introdurre una tabella di marcia<sup>803</sup> aggiornata per garantire l’adeguata attuazione della decisione.

Tra le critiche<sup>804</sup> mosse alle istituzioni dell’UE vi è stata quella di non aver adoperato gli strumenti di solidarietà già esistenti e che avrebbero potuto essere più idonei a

---

<sup>797</sup> G. MORGESE, *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, in *Diritto pubblico*, fasc. 1/2020, pp. 97-115. Tra le misure di solidarietà tecnica annoverano le istituzioni delle agenzie Frontex e dell’EASO, che forniscono sostegno operativo anche agli Stati in caso di pressione migratoria elevata; tra le misure di solidarietà finanziaria si annoverano l’istituzione del Fondo asilo migrazione e integrazione (FAMI), del Fondo per la sicurezza interna (ISF), e di strumenti emergenziali *ad hoc*. In tema si veda anche G. CAGGIANO, *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi sull’integrazione europea*, n. 3/2015, pp. 459 ss.

<sup>798</sup> Decisione (UE) 2015/1523 del Consiglio del 14 settembre 2015 che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell’Italia e della Grecia.

<sup>799</sup> Decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell’Italia e della Grecia.

<sup>800</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni *Agenda Europea sulla Migrazione*, 13.5.2015 COM(2015) 240 *final*. All’Agenda sono seguite le conclusioni del Consiglio europeo del 23 aprile 2015 e del 25 e 26 maggio 2015, nonché la risoluzione del Parlamento europeo del 29 aprile 2015 sulle recenti tragedie nel Mediterraneo e sulle politiche dell’UE in materia di migrazione e asilo (P8\_TA(2015)0176).

<sup>801</sup> Per la triste cronaca della vicenda si veda la rassegna stampa *Il naufragio nel canale di Sicilia è stato provocato da una collisione*, a cura della rivista *Internazionale*, reperibile online all’url: <https://www.internazionale.it/storia/naufragio-mediterraneo-700-morti>

<sup>802</sup> Art. 5, par. 9 della Decisione 1601.

<sup>803</sup> Art. 9 della Decisione 1601.

<sup>804</sup> Vedi C. FAVILLI, *Op. ult. cit.*, p. 375.

far fronte alla crisi, ossia l'attivazione della protezione temporanea<sup>805</sup>, che già prevede la distribuzione dei migranti tra Paesi membri, allorquando vi sia un afflusso massiccio di migranti che pregiudichi il funzionamento del sistema d'asilo del Paese di arrivo; oppure la promozione del mutuo riconoscimento e una gestione flessibile dei beneficiari di protezione internazionale<sup>806</sup>.

Le decisioni richiamate hanno invece costruito un'altra via, introducendo un meccanismo di trasferimento temporaneo di un numero totale di centosessantamila migranti in evidente bisogno di protezione internazionale, giunti sulle coste italiane e greche. Mentre nella decisione n. 1523 l'onere della redistribuzione è stato individuato sullo schema «tradizionale» di natura volontaria, quindi rimesso alla mera disponibilità degli altri Stati membri. L'altra ha presentato una novità di rilievo, ossia la definizione di quote obbligatorie calcolate in modo automatico in base ai parametri predeterminati nell'Agenda, che sono PIL, popolazione, tasso di disoccupazione e numero di richiedenti asilo e rifugiati reinsediati.

Com'era intuibile, tale ultima statuizione ha incontrato diverse resistenze tra i Paesi membri, tanto da non essere stata approvata all'unanimità, ma solamente a maggioranza qualificata con il voto contrario di Romania, Repubblica Ceca, Slovacchia e Ungheria.

A confermare un'azione ancorata a logiche nazionali anche di fronte ad eventi "eccezionali" sono state proprio le reazioni dei Paesi membri alle misure temporanee introdotte, sicché «l'esperimento della ricollocazione mostra luci e ombre dello stato di salute del principio di solidarietà tra Stati membri»<sup>807</sup>.

Da un lato, la Germania nel settembre del 2015 aprì le porte a un milione di profughi siriani, pochi mesi più tardi e all'opposto l'Ungheria promosse un referendum per ottenere il consenso popolare sulla decisione del proprio Governo di non accettare il sistema di quote obbligatorie, che non raggiunse il quorum necessario per la validità della consultazione. Nel frattempo, Ungheria e Slovacchia hanno presentato ricorso di annullamento *ex art.* 263 TFUE contro il Consiglio dell'Unione europea avverso la decisione del Consiglio n. 1523/2015, come modificata e integrata dalla decisione n. 1601/2015 sulla ricollocazione, conclusosi con il rigetto di tutti i motivi di impugnazione.

La Corte di giustizia<sup>808</sup> ha fatto al riguardo salva la misura adottata, poiché la pressione significativa e crescente sui regimi di asilo greco e italiano rischiava di perdurare, ragione per cui «il Consiglio aveva considerato che fosse essenziale dar

---

<sup>805</sup> Direttiva 2001/55/UE.

<sup>806</sup> COM (2000) 755 del 22 novembre 2000; Libro verde, COM (2007) 301 del 6 giugno 2007.

<sup>807</sup> L. RIZZA, *Obbligo di solidarietà e perdita di valori*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2018, p. 3.

<sup>808</sup> Corte di giustizia UE, Grande Sezione, sent. del 6 settembre 2017, cause riunite C-643/15 e C-647/15, *caso Repubblica slovacca e Ungheria, sostenute da Repubblica di Polonia, c. Consiglio dell'Unione europea*, par. 251-252. Per un commento alla decisione si rinvia a L. RIZZA, *Op. cit.*; S. PENASA, *La relocation delle persone richiedenti asilo. Un sistema legittimo, giustificato e...inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *DPCE on line*, 3, 2017, pp. 740 ss.

prova di solidarietà». Deve in ogni caso rilevarsi che mentre nelle conclusioni<sup>809</sup> l'Avvocato generale Bot aveva posto l'accento sull'importanza della solidarietà quale valore di base ed esistenziale dell'Unione<sup>810</sup>, la Corte non ha riaffermato tale valore con la stessa forza ed estensione quale fondamentale dell'Unione, ma solo limitatamente<sup>811</sup> all'art. 80 TFUE e alla politica comune d'asilo: una solidarietà, dunque, «apparentemente diluita nelle argomentazioni della Corte di giustizia, nelle quali la carica simbolica sembra prevalere sulla forza normativa di tale principio»<sup>812</sup>. La pronuncia della Corte ha invero compiuto un primo passo, ma solo accennato, verso la ripartizione degli oneri di cui all'art. 80, poiché non ha affrontato il vero nodo che appesantisce oltremodo i sistemi di accoglienza e le procedure di asilo in Italia e Grecia.

Oltretutto, l'effetto pratico della misura è stato decisamente deludente, onde allo scadere dei due anni prefissati il bilancio dei “ricollocati” è stato molto basso<sup>813</sup>, ben al di sotto delle unità prefissate, tant'è che la Commissione sembrava aver abbandonato la strada dei “trasferimenti”, preferendo ritornare a discutere la modifica del Regolamento Dublino III, salvo poi presentare una nuova proposta<sup>814</sup>, nella quale il meccanismo di ricollocazione resta operante.

Possono individuarsi certamente diverse cause del “fallimento” del meccanismo di ricollocazione. Una ha riguardato il criterio con cui sono stati individuati i richiedenti da ricollocare, all'art. 3, par. 2 di entrambe le decisioni, particolarmente restrittivo, consentendo l'accesso alla redistribuzione solamente ai richiedenti provenienti da una di quelle nazionalità per la quale la percentuale di decisioni di riconoscimento della protezione internazionale, in base ai dati medi trimestrali Eurostat aggiornati disponibili per tutta l'Unione, sia pari o superiore al 75 % delle decisioni sulle domande di protezione internazionale. Le nazionalità individuate sono state solo otto (Eritrea, Bahamas, Bahrain, Bhutan, Qatar, Siria, Emirati Arabi

---

<sup>809</sup> Conclusioni dell'avvocato Generale Yves Bot presentate il 26 luglio 2017, Cause C-643/15 e C-647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria contro Consiglio dell'Unione europea*.

<sup>810</sup> Si legge al p. 17 delle Conclusioni che: «I presenti ricorsi offrono l'occasione per ricordare che la solidarietà è uno dei valori principali dell'Unione e si trova anzi alle basi di quest'ultima. Si pone la questione di come sia possibile approfondire la solidarietà fra i popoli dell'Europa e concepire un'unione sempre più stretta fra tali popoli, come auspica il preambolo del Trattato UE, senza una solidarietà fra gli Stati membri quando uno di essi si trovi a fronteggiare una situazione di emergenza. In un caso del genere, viene toccata la quintessenza di quello che costituisce al contempo la ragion d'essere e la finalità del progetto europeo».

<sup>811</sup> In tal senso L. RIZZA, *Op. cit.*, p. 14.

<sup>812</sup> Così S. PENASA, *Op. cit.*, p. 737.

<sup>813</sup> Secondo i dati forniti dalla Commissione europea il numero dei ricollocati totale è di 31,718, di cui 21,288 dalla Grecia e 10,430 dall'Italia.

<sup>814</sup> Comunicazione COM (2016) 0197 del 6 aprile 2016, *Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa*. Sul tema si veda F. FERRARO, *Lo stretto legame tra la (mancata) riforma dell'asilo da parte dell'Unione e le più recenti politiche dello Stato italiano*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, fasc. 1/2018, pp. 103 ss. (spec. p. 112).

e Yemen), ma, almeno per l'Italia, «una sparuta minoranza del totale dei richiedenti asilo»<sup>815</sup> proveniva da tali Paesi.

Altro dato che è stato evidenziato è che in realtà per l'Italia il saldo tra solidarietà *responsabilizzante* e *riequilibratrice* europea è stato certamente negativo. La scarsa diligenza delle nostre autorità, negli anni pre-crisi, nell'adempimento dell'obbligo di identificazione dei migranti appena entrati alla frontiera ha fatto sì che prima del 2015 il numero di ricollocati “di fatto” sia stato certamente maggiore a quello raggiunto “di diritto” tra il 2015 e il 2017.

L'approccio *hotspot* implementato su impulso europeo ha assicurato l'efficace realizzazione delle procedure di identificazione (solidarietà responsabilizzante), tuttavia il numero dei richiedenti qualificabili come “ricollocati”, per la evidenziata questione delle nazionalità, è stato significativamente ridotto, quanto a redistribuzioni tra gli altri Stati membri, in applicazione del verso riequilibratore della solidarietà.

Un'altra difficoltà riscontrata è stata sicuramente la risposta degli Stati membri, definita di legittimo, esplicito e fattuale blocco del meccanismo<sup>816</sup>.

Su tutte, paradigmatica è stata l'aperta opposizione — da parte soprattutto dei Paesi del c.d. «gruppo di Visegrad» (Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca e Slovacchia) — alla legittimità dell'intera operazione. Oltre al ricorso già esaminato, su Repubblica

---

<sup>815</sup> C. FAVILLI, *Op. cit.*, p. 376.

<sup>816</sup> Così S. PENASA, *Op. cit.*, p. 736 che definisce legittimo il blocco di quei Paesi come Svezia e Austria che hanno richiesto l'attivazione delle cause di deroga previste dalle medesime decisioni; blocco esplicito quello del voto contrario in sede di approvazione della misura; blocco fattuale quello dell'inadempimento anche da parte degli Stati che avevano approvato la misura. Tra gli Stati inadempienti di fatto si è inserita anche la Spagna che ha ricollocato su un totale di 9.323 richiedenti solo 1.257 candidati, vale a dire una quota pari al 13,4% rispetto all'impegno assunto. Il caso spagnolo non è isolato, tra gli Stati membri solo Malta e Irlanda hanno accolto una quota di richiedenti superiore rispetto a quella di competenza, in misura quasi pari alla quota prevista si sono mosse Finlandia, Lussemburgo, Germania, al di sotto del 50% il resto dei Paesi di cui un primo gruppo ha soddisfatto una quota pari, tra il 30 e il 50% a quella prevista Belgio, Francia, Romania, e un altro, basso, al di sotto di tale soglia Bulgaria, Croazia, e appunto Spagna. Per gli Stati totalmente inadempienti vedi *infra*. La vicenda spagnola merita tuttavia di essere menzionata perché il parziale inadempimento descritto è stato oggetto di ricorso dinanzi ai giudici nazionali su iniziativa della ONG *Stop Mare Mortum*. Il *Tribunal Supremo* ha riconosciuto che la Spagna non è stata abbastanza diligente nel fornire posti sufficienti nel quadro del meccanismo di ricollocazione, pertanto ha condannato la Spagna alla prosecuzione della ricollocazione nei termini previsti dalle decisioni del Consiglio e degli accordi successivi che le istituzioni UE adotteranno. L'assunto giuridico da cui il *Tribunal* è partito è che se è vero che il sindacato UE spetta ai soli giudici di Lussemburgo, le Corti nazionali dinanzi a una norma che ha efficacia diretta e vincolante, sono chiamate a garantire l'applicazione del diritto UE, verificando l'adeguatezza della disciplina nazionale o delle azioni governative rispetto agli obblighi imposti. Per un commento alla sentenza del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Quinta Sentencia núm. 1.168/2018, 9 luglio 2018, si veda *ex multis*: D. MOYA, A. ROMANO, *La sentenza del Tribunal Supremo spagnolo sulla mancata attuazione della ricollocazione: lezioni dalla Spagna?*, in *Dir., Imm. e Città*, fasc. 1/2019.

Ceca, Ungheria e Polonia è gravata la procedura di infrazione aperta da parte della Corte di Giustizia<sup>817</sup>, per essere venuti meno agli obblighi scaturiti dalla due decisioni del 2015. Polonia e Ungheria hanno sostenuto in modo più specifico di aver tutelato la propria sicurezza e ordine pubblico in forza dell'art. 72 TFUE, che consente agli Stati membri di derogare agli obblighi UE, quando da essi potrebbe derivare una minaccia alla sicurezza interna e dell'art. 4, par. 2 TUE, per il quale l'Unione rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare quelle di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza interna. La Corte ha tuttavia ricordato che l'articolo 72 TFUE, in quanto disposizione derogatoria, dev'essere interpretato restrittivamente e, pertanto, gli Stati membri non possono operare un mero richiamo agli interessi connessi al mantenimento dell'ordine pubblico e alla salvaguardia della sicurezza interna. Essi sono tenuti a dimostrare la necessità di avvalersi della deroga prevista da tale articolo al fine di esercitare le loro responsabilità in tali materie (punto 152). Per di più, le due decisioni contenevano già al loro interno norme volte a tutelare le funzioni essenziali invocate dai due Paesi, attraverso la garanzia dell'esame individuale sull'esistenza di un pericolo attuale o potenziale per gli interessi richiamati (all'art. 5 par. 4 e 7).

Quanto poi alla Polonia e alla Repubblica Ceca, esse hanno giustificato il proprio inadempimento facendo leva su un assunto malfunzionamento e sull'inefficacia del meccanismo di ricollocazione, a causa della mancata collaborazione delle autorità italiane.

La Corte ha in proposito ricordato che l'obbligatorietà delle due decisioni non poteva comportare la sottrazione all'obbligo di ricollocazione da parte dello Stato membro, essendo la misura fondata sulla valutazione unilaterale dell'asserita mancanza di efficacia, o dell'asse rito malfunzionamento del meccanismo introdotto (p. 180). Se erano state riscontrate delle difficoltà, le medesime avrebbero dovuto esser risolte in uno spirito di cooperazione e di fiducia reciproca tra le autorità di tutti gli Stati membri (p. 164 e 181), appunto in conformità al principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità.

---

<sup>817</sup> Corte di giustizia UE, III sez., sent. del 2 aprile 2020, cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*. Per un commento alla sentenza cfr. *ex multis*: C. CORSI, *Commissione c. Polonia, Repubblica Ceca e Ungheria: il principio di solidarietà nelle politiche in materia di asilo*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 2/2020, pp. 439 ss.; A. LANG, *Gli obblighi si rispettano: note intorno alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 2 aprile 2020, cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 6/2020, pp. 1 ss.; A. DIRRI, *La Corte di Giustizia torna sul meccanismo di ricollocazione dei migranti tra rivendicazioni identitarie e tenuta dei valori fondanti dell'Unione europea*, *ivi*, fasc. 5/2020, pp. 230 ss.; S. PENASA, *Sovranità nazionali e rule of law europea: il bilanciamento sta nelle procedure? Riflessioni a margine della sentenza Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca*, in *Diritti Comparati*, 2 luglio 2020; G. COLAVECCHIO, *Meccanismo di ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale e limiti all'applicabilità dell'art. 72 TFUE quale clausola di esenzione dagli obblighi nello spazio di libertà sicurezza e giustizia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, pp. 419-425.

Ancora una volta, nelle conclusioni<sup>818</sup> dell'Avvocato generale Sharpston si intravedono considerazioni più profonde sul mancato rispetto degli obblighi da parte dei singoli Stati membri, basati su impulsi populistici e nazionalisti in essi rilevato, che vanno oltre il caso di specie e che interessano direttamente il rispetto della *rule of law* e del principio di solidarietà. Egli sottolinea in particolare come il rispetto dello Stato di diritto implichi, tra le altre cose, anche l'osservanza dei propri obblighi giuridici e che al contrario un loro mancato rispetto. Dovendosi adempiere obblighi sgraditi o impopolari, rappresenterebbe «un pericoloso primo passo verso l'annichilimento della società ordinata e strutturata governata dallo Stato di diritto della cui comodità e sicurezza beneficiamo in qualità di cittadini. Il cattivo esempio è particolarmente dannoso se proviene da uno Stato membro».

L'Avvocato Generale richiama ancora il dovere di solidarietà come linfa vitale del progetto europeo, dalla quale derivano benefici e oneri, responsabilità da parte di tutti i membri che sono chiamati a promuovere il bene comune. L'antitesi della solidarietà e del progetto europeo è il modello di adesione che si fonda su un'analisi di costi e benefici, scegliendo quali di essi siano tra i più vantaggiosi e farsene carico, rifiutando quelli rimanenti.

Le due sentenze della Corte e le conclusioni degli Avvocati generali mostrano i lodevoli sforzi di voler condurre l'azione scomposta degli Stati membri ad una visione dell'Europa ancora purtroppo lontana dall'essere stata raggiunta sia da parte di quelle istituzioni (principalmente il Consiglio) chiamate ad adottare soluzioni riequilibratrici, sia da parte degli Stati membri che poco sembrano avvezzi a farsi carico dei costi della solidarietà.

Il meccanismo delle ricollocazioni non è tuttavia del tutto scomparso dalle prospettive di riforma del sistema Dublino (c. d. Dublino IV), data la proposta<sup>819</sup> della Commissione europea di introdurre un meccanismo correttivo di assegnazione, che si attiverebbe automaticamente qualora alcuni Stati membri dovessero affrontare un numero sproporzionato di domande di asilo, che supera il 150% della cifra individuata nella chiave di riferimento, individuata su due criteri: la popolazione e il PIL totale di uno Stato membro.

Essa contemplava inoltre la possibilità da parte degli Stati membri di astenersi temporaneamente dal sistema per un periodo massimo di dodici mesi e con il versamento di un contributo di natura finanziaria, attivando così un meccanismo di solidarietà finanziaria.

Il meccanismo così pensato non è tuttavia idoneo a supportare i Paesi frontalieri verso i quali si reitera un sistema di ripartizione delle responsabilità sproporzionato,

---

<sup>818</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Eleanor Sharpston presentate il 31 ottobre 2019, *Causa C-715/17 Commissione europea contro Repubblica di Polonia*, *Causa C-718/17 Commissione europea contro Repubblica di Ungheria*, *Causa C-719/17 Commissione europea contro Repubblica ceca*.

<sup>819</sup> COM/2016/0270 final - 2016/0133. Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di paese terzo o da un apolide (rifusione). Per una più ampia analisi delle riforme si veda L. RIZZA, *La riforma del sistema Dublino: Laboratorio per esperimenti di solidarietà*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2018.

atteso che l'intervento correttivo agirebbe infatti quando i Paesi si sono già fatti carico di un numero sproporzionato di domande di protezione.

Più interessanti sono parsi gli emendamenti presentati dalla Commissione LIBE del Parlamento europeo, nell'ottobre del 2017, per superare definitivamente il criterio del Paese di primo accesso, pre-determinando a monte la distribuzione delle domande tra i Paesi, eliminando soglie di sofferenza o di crisi prima di procedere alla redistribuzione. Si era in quest'ottica proposto di introdurre come criterio generale quello del legame con lo Stato membro, di natura familiare o di altra natura (come un precedente periodo di studio o di residenza) e solo in assenza di tale collegamento di preferenza di far operare il criterio residuale del Paese di primo accesso (emendamenti 49 e 50). Si sarebbe trattato di una riforma sicuramente più equa, sia per gli Stati membri, sia per i richiedenti protezione internazionale, le cui aspirazioni nel sistema vigente e nella proposta originaria della Commissione non hanno nessun rilievo, mentre all'opposto avrebbero inciso significativamente sul percorso di integrazione nel Paese di arrivo, apparendo pertanto opportuna una maggiore valorizzazione, oltre che dei legami familiari, anche di quelli culturali o sociali, delle competenze linguistiche e così via.

Il tentativo di riforma si è tuttavia arenato, nello stallo negoziale di Dublino IV e gli Stati membri guidati dall'intervento della Commissione europea stanno percorrendo la strada di ricollocazioni *ad hoc*<sup>820</sup>, soprattutto per far fronte alle politiche dei porti chiusi inaugurate in Italia e Malta a partire dal 2018. Si è tentato invero anche di strutturare in maniera più organica lo strumento, per superare il rimbalzo di responsabilità nell'individuazione del posto sicuro più vicino, durante il *meeting* di Malta del 23 settembre 2019, ma l'Accordo proposto<sup>821</sup> non ha trovato concordi gli Stati membri.

I meccanismi di ricollocazione, in definitiva, hanno incontrato lo scarso favore dei Paesi membri e per come sono stati strutturati (ad eccezione degli emendamenti della Commissione LIBE) mortificano i progetti di vita dei richiedenti asilo, per tale motivo alcuni studiosi ne hanno proposto il definitivo abbandono e immaginato altre soluzioni nella prospettiva della solidarietà. Tra cui l'istituzione di visti di ingresso umanitari obbligatori<sup>822</sup> che possano esser rilasciati dalle autorità consolari del Paese membro prescelto; l'estensione del mutuo riconoscimento delle decisioni positive e negative inerenti la protezione internazionale; superare il sistema attualmente in vigore con la direttiva 2011/95/UE consente di soggiornare in uno Stato membro diverso da quello che ha riconosciuto lo *status* solo per periodi di tempo molto limitati e non continuativi.

---

<sup>820</sup> G. MORGESE, *La riforma del sistema Dublino*, cit., p. 107 e S. POULARAKIS, *The Case of the Administrative Arrangement on Asylum-Seekers between Greece and Germany: A tale of "paraDublin activity"?*, in *EU Law Analysis*, 8 novembre 2018.

<sup>821</sup> Joint Declaration of Intent on a Controlled Emergency Procedure - Voluntary Commitments by Member States for a Predictable Temporary Solidarity Mechanism.

<sup>822</sup> La Corte di giustizia con sentenza del 7 marzo 2017, causa C-638/16 PPU, nel caso *X. e X. c. Belgio* si è pronunciata sulla questione escludendo l'esistenza di un obbligo al rilascio di un visto per motivi umanitari ai richiedenti asilo in fuga da un contesto bellico ai sensi del regolamento (CE) 810/2009 che istituisce un codice comunitario dei visti.

Le parabola del Regolamento di Dublino e le vicende ad esso legate mostrano uno stato di salute sofferente della solidarietà europea nella materia dell'immigrazione e dell'asilo, ma forse la vicenda investe più ampi profili del processo di integrazione europea. In tal senso si veda la reazione poco unitaria dei Paesi membri allo scoppio dell'emergenza pandemica<sup>823</sup>, in cui l'UE ha fatto fatica a tenere le redini di un percorso unitario per affrontare la crisi in corso.

## 8.2. La solidarietà esterna nella cooperazione con i Paesi terzi.

Secondo l'art. 78, par. 2, lett. g), TFUE, il Parlamento e il Consiglio possono adottare con la procedura legislativa ordinaria misure relative alla realizzazione del sistema europeo comune di asilo, che includono il partenariato e la cooperazione con Paesi terzi per gestire i flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea. In quest'area s'inserisce la dimensione esterna della solidarietà europea per la materia qui trattata, che consiste nella creazione di partenariati con i Paesi di origine o di transito, affinché questi stessi si facciano promotori di attività tese al contrasto dell'immigrazione irregolare.

In Europa se ne è iniziato a parlare sin dal Consiglio europeo di Siviglia del 2003, occasione in cui il governo britannico formulò la proposta di costruire centri di accoglienza direttamente nei Paesi terzi e svolgere qui le procedure per l'accertamento della protezione, così da consentire l'ingresso solo di coloro il cui diritto fosse già stato accertato. Nel programma dell'Aja del 2004 si riconosceva per la prima volta l'obiettivo di garantire la protezione internazionale già nelle regioni di origine e di transito dei richiedenti. Ancora in quello di Stoccolma del 2009 si dava continuità alla linea della solidarietà esterna.

*Mutatis mutandis* tra i quattro obiettivi inseriti nell'Agenda europea per la migrazione del 2015 figurano i partenariati con i Paesi di origine e di transito, da incrementare accanto a quelli già in quel momento esistenti<sup>824</sup>. Tra gli accordi di cooperazione bilaterali più proficui per l'Unione, la Commissione menziona quello con la Turchia che «dall'inizio del 2014 (...) ha ricevuto 79 milioni di EUR a sostegno degli sforzi compiuti per alleviare la pressione sul proprio sistema di gestione dei rifugiati e prevenire viaggi perigliosi per il Mediterraneo orientale»<sup>825</sup>. L'asse con la Turchia negli anni dello scoppio della crisi siriana è stato ritenuto particolarmente strategico perché funzionale a garantire l'operatività del Regolamento Dublino III e dello spazio *Schengen*. La porosità delle frontiere esterne d'Europa, con particolare riferimento alla Grecia aveva infatti comportato l'alzata di scudi di alcuni Paesi europei che erano ricorsi allo strumento del ripristino dei controlli alle frontiere

---

<sup>823</sup> In proposito si veda ancora G. MORGESE, *Solidarietà di fatto ... e di diritto?*, cit. p. 86. Gli sforzi della dottrina, della giurisprudenza e dell'Avvocatura Generale di annoverare la solidarietà tra i valori del diritto UE, capace di ispirare l'intero ordinamento, non trovano riscontro nell'ordinamento, ove la solidarietà non ha ancora raggiunto un livello di maturità tale da qualificarsi come principio di carattere generale.

<sup>824</sup> Processo di Rabat, processo di Khartoum, processo di Budapest, processo di Praga, dialogo UE-Africa su migrazione e mobilità.

<sup>825</sup> *Agenda Europea sulla Migrazione*, cit.

interne<sup>826</sup>. A fare da apripista al nuovo quadro di partenariato con i Paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione è stata proprio la Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016. La strategia principalmente adottata è stata quella di ottenere una stretta collaborazione di tali Paesi, in cambio di un forte sostegno finanziario e allo stesso tempo anche l'Unione ha promosso azioni di contrasto all'immigrazione clandestina. La sintesi di questa nuova modalità di cooperazione è contenuta in un documento<sup>827</sup> della Commissione, nel quale la Dichiarazione con la Turchia è presentata come modello ispiratore per la cooperazione con gli altri Paesi terzi strategici.

È istruttivo guardare più da vicino gli elementi caratterizzanti. L'accordo è stato anzitutto adottato in via informale, non ne è reperibile una sua versione ufficiale ma solo quella diffusa nel Comunicato stampa n. 144/16 del Consiglio europeo, il che va sottolineato, perché ha dato modo al Tribunale dell'UE di sostenere che la Dichiarazione non può essere considerata un atto adottato in seno al Consiglio europeo o da altra istituzione europea.

In apertura alla Dichiarazione sono state introdotte una serie di misure consistenti in aiuti economici<sup>828</sup> e politici<sup>829</sup> alla Turchia per far fronte alla crisi siriana. Quanto alle misure che invece riguardano lo smantellamento delle attività dei trafficanti e l'offerta ai migranti di un'alternativa per mettere al riparo la propria vita, esse sono così articolate: il rimpatrio dei migranti giunti sulle coste elleniche verso la Turchia; l'introduzione del c.d. "sistema 1:1" per i cittadini siriani<sup>830</sup>, ossia «per ogni siriano rimpatriato in Turchia dalle isole greche un altro sarà reinsediato dalla Turchia all'UE tenendo conto dei criteri di vulnerabilità delle Nazioni Unite», rispettando altresì gli

---

<sup>826</sup> Belgio, Danimarca, Germania, Ungheria, Austria, Slovenia, Svezia e Norvegia avevano adottato la decisione relativa al ripristino unilaterale dei controlli alle frontiere interne, ai sensi dell'articolo 25 del codice frontiere Schengen.

<sup>827</sup> COM/2016/0385 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio e alla Banca europea per gli investimenti sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione.

<sup>828</sup> L'UE si è impegnata a mettere a disposizione della Turchia un importo iniziale di 3 miliardi di euro di risorse supplementari per aiutarla a far fronte all'elevato numero di rifugiati siriani presenti nel paese.

<sup>829</sup> *Ivi*: «L'UE e la Turchia hanno deciso di rilanciare il processo di adesione della Turchia all'Unione europea. Il dialogo ad alto livello tra le due parti sarà rafforzato attraverso incontri più frequenti e strutturati, compresa l'organizzazione di due vertici all'anno» (punto 8).

<sup>830</sup> E. ROMAN, *L'accordo UE-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in *SIDIBlog*, 21 marzo 2016. Fa notare come questa misura si pone in contrasto con l'art. 3 della Convenzione di Ginevra da cui risulta il divieto di discriminazione sulla base del Paese di origine. Non si tratta tra l'altro di una potenziale discriminazione, poiché riferisce la studiosa nel testo «una parte consistente dei migranti che sbarcano in Grecia sono afgani ed iracheni (dall'inizio dell'anno, rispettivamente il 26% e il 17% degli arrivi) a cui si aggiungono iraniani, pachistani, eritrei e somali in percentuali minori. Come noto, la maggior parte di loro ha fondati motivi per richiedere (e vedersi riconosciuto) lo *status* di rifugiato o un'altra forma di protezione. In Turchia, invece, (...) queste persone non hanno diritto né allo *status* di rifugiato, né alla protezione temporanea di cui beneficiano i siriani».

impegni assunti dagli Stati membri nel luglio 2015 (ossia il numero dei reinsediati è compreso nei 120.000 posti previsti per la ricollocazione). La Dichiarazione ha intrecciato e collegato conseguenzialmente il rimpatrio al reinsediamento, nell'ambito del programma volontario di ammissione per motivi umanitari<sup>831</sup> con la Turchia.

Per la prima volta «l'espressione 'migranti irregolari' include anche i 'richiedenti asilo', compresi i cittadini siriani, che invece hanno un diritto di ingresso limitatamente alla possibilità di presentazione della domanda di asilo»<sup>832</sup>. L'appiattimento nell'unica definizione di migrante irregolare anche dei richiedenti asilo e dei minori stranieri, che sono le categorie più vulnerabili per definizione, mostra ulteriori motivi di contrasto con la Convenzione di Ginevra e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che riconoscono specifici diritti di protezione e accoglienza.

Per far fronte a questi aspetti critici e garantire il rispetto del divieto di respingimento e il conseguente obbligo di procedere all'esame individuale di ogni domanda di asilo presentata, contestualmente alla Dichiarazione la Commissione europea ha elaborato anche un programma operativo<sup>833</sup> per guidare la collaborazione tra Turchia e Grecia. Con esso ha garantito che le nozioni contenute nella direttiva 2013/32/2013 di "Paese di primo asilo"<sup>834</sup> (art. 35) e di "Paese terzo sicuro"<sup>835</sup> (art.

---

<sup>831</sup> Ammissione prevista nell'ambito della Raccomandazione della Commissione dell'11.1.2016, per un programma volontario di ammissione umanitaria gestito con la Turchia, C(2015) 9490 final, per essa s'intende: «L'ammissione per motivi umanitari va intesa come un processo accelerato in cui gli Stati partecipanti, sulla base di una raccomandazione dell'UNHCR a seguito di una richiesta della Turchia, ammettono persone bisognose di protezione internazionale sfollate a causa del conflitto in Siria che sono state registrate dalle autorità turche prima del 29 novembre 2015, al fine di concedere loro la protezione sussidiaria ai sensi della direttiva 2011/95/UE o uno *status* temporaneo equivalente, la cui validità non deve essere inferiore a un anno».

<sup>832</sup> Così C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 2/2016, p. 410. Si rinvia al testo anche per un approfondimento sulla cooperazione di lungo corso con la Turchia, che per ragioni geografiche ha da sempre avuto un ruolo strategico nella gestione dei flussi migratori, sia in entrata, sia in uscita con riferimento alla riammissione.

<sup>833</sup> COM/2016/0166 final, Comunicazione della Commissione. Prossime fasi operative della cooperazione UE-Turchia in materia di migrazione.

<sup>834</sup> L'art. 35 in maniera piuttosto tautologica assume che Paese di primo asilo sia quello in cui il migrante sia già titolare di *status* di rifugiato o comunque di una «protezione sufficiente», tuttavia cosa debba intendersi con tale locuzione non è indicato. La formula non brilla in effetti per chiarezza, poiché essa non è ricomprendibile nella nozione di protezione internazionale, né in quella di protezione sussidiaria, né infine in quella di protezione temporanea, che altrimenti il legislatore europeo non avrebbe esitato ad utilizzare, anche tramite rinvio.

<sup>835</sup> Per Paese terzo sicuro s'intende quello in cui il richiedente protezione internazionale riceverà un trattamento conforme ai cinque criteri individuati: a) non sussistono minacce alla sua vita ed alla sua libertà per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale; b) non sussiste il rischio di danno grave

38) fossero valide anche per la Turchia, in modo che pertanto i rimpatri avrebbero potuto svolgersi assicurando il rispetto dei diritti dei rifugiati siriani.

La dottrina più attenta ha tuttavia avanzato diverse perplessità sulla possibilità astratta di poter qualificare la Turchia come Paese sicuro, avendo essa ratificato la Convenzione di Ginevra e il Protocollo del 1967 con la clausola geografica, cioè limitatamente a chi proviene da un Paese membro del Consiglio d'Europa. A chi proviene da altri Paesi, come la Siria, è riconosciuta invece una forma di protezione diversa e temporanea<sup>836</sup>. Sul piano applicativo pesa poi la risoluzione<sup>837</sup> del Consiglio d'Europa, la quale esclude che la Turchia integri i presupposti individuati dall'art. 35<sup>838</sup> e dall'art. 38<sup>839</sup>.

L'altro aspetto critico dell'accordo, come si è accennato in apertura, riguarda l'informalità dell'atto e la sua natura giuridica<sup>840</sup>: «la Dichiarazione è priva della forma

---

definito nella direttiva 2011/95/UE; c) è rispettato il principio di non-refoulement conformemente alla convenzione di Ginevra; d) è osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale; e) esiste la possibilità di chiedere lo *status* di rifugiato e, per chi è riconosciuto come rifugiato, ottenere protezione in conformità della convenzione di Ginevra.

<sup>836</sup> E. ROMAN, *Op. cit.*, a tal proposito scrive che «sebbene la legge sugli stranieri e sulla protezione internazionale adottata nel 2013 preveda la possibilità di riconoscere lo *status* di 'rifugiato condizionato' a chi proviene da un Paese non europeo, questo *status* permette di risiedere solo temporaneamente in Turchia e garantisce un set limitato di diritti». Diversa è invece la posizione di C. FAVILLI, *Op. cit.*, p. 415 sul punto, che ritiene astrattamente idoneo il Paese a essere considerato sicuro, alla luce delle modifiche legislative nazionali introdotte. Grazie alle quali la Turchia «ha accettato di rendere il trattamento dei beneficiari della protezione temporanea più simile a quello dei rifugiati, consentendo ad essi di accedere al mercato del lavoro turco, oltre ovviamente al soddisfacimento degli altri standard minimi di accoglienza cui concorre anche l'UE con il suo supporto finanziario». Le due Autrici convergono sul piano applicativo, il Paese non può integrare i requisiti di sicurezza indicati, a causa delle molteplici violazioni denunciate e rapporti delle organizzazione non governative, che rappresentano un quadro tutt'altro che rispettoso dei diritti umani nel Paese.

<sup>837</sup> Resolution 2109 (2016). The situation of refugees and migrants under the EU–Turkey Agreement of 18 March 2016.

<sup>838</sup> *Ivi*, p. 2.4. «I rimpatri dei rifugiati siriani in Turchia come "primo paese di asilo" potrebbero essere contrari al diritto dell'Unione europea e / o internazionale, poiché la Turchia potrebbe non garantire una protezione "sufficiente", secondo la posizione dell'Alto Ufficio delle Nazioni Unite Commissario per i rifugiati (UNHCR) e sono stati segnalati ulteriori *respingimenti* dei siriani».

<sup>839</sup> *Ivi*, p. 2.5. «I rimpatri dei richiedenti asilo, siriani o meno, in Turchia come "paese terzo sicuro" sono contrari al diritto dell'Unione europea e / o internazionale; poiché la Turchia non fornisce loro protezione in conformità con la Convenzione del 1951 relativa allo status dei rifugiati, i non siriani non hanno accesso effettivo alla procedura di asilo e sono stati segnalati ulteriori *respingimenti* sia di siriani che di non siriani».

<sup>840</sup> Su tale questione si vedano E. CANNIZZARO, *Disintegration through Law?*, in *European Papers*, 2016, p. 3 ss., F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione*

tipica degli accordi internazionali e non è stata conclusa secondo le procedure all'uopo previste nei Trattati (...) ed è stata contrassegnata da un indiscusso protagonismo dei capi di Stato e di Governo che si sono incontrati in via informale e hanno assunto impegni talvolta in proprio, talvolta per conto dell'UE»<sup>841</sup>.

Tramite tale approccio *soft*<sup>842</sup> sembra voler aggirare l'ostacolo della responsabilità internazionale dell'Unione derivante dalla collaborazione con Paesi terzi, in cui gli *standard* dei diritti fondamentali sono ben al di sotto delle medie europee. Proprio a causa della incerta veste giuridica diventa fumosa la possibilità di un'azione di controllo sia da parte del Parlamento europeo (*ex art.* 218 TFUE) sia del sindacato della Corte di Giustizia (*ex art.* 263 TFUE).

I rilievi critici sono confermati dalla giurisprudenza dal Tribunale UE<sup>843</sup>, che ha disconosciuto<sup>844</sup> la paternità del Consiglio europeo, o di altra istituzione, organo o organismo dell'Unione rispetto alla Dichiarazione in commento. Il percorso argomentativo del Tribunale in proposito sostiene che è intervenuto «lo sdoppiamento di ruolo dei vertici degli esecutivi, che passano senza soluzione di continuità dall'ambito comunitario a quello di negoziatori internazionali»<sup>845</sup>. Tutti i negoziati che hanno portato alla Dichiarazione – sostiene il Tribunale – sono stati svolti tra i rappresentanti degli Stati membri nella loro qualità di capi di Stato o di governo e non in quanto membri del Consiglio europeo. Il Tribunale fa notare che in tutti i comunicati si è parlato dell'incontro tra i capi di Stato (dell'Unione) e del

---

*e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione, in Diritti umani e diritto internazionale, n. 1/2018, p. 5 ss.*

<sup>841</sup> C. FAVILLI, *Op. cit.*, p. 418.

<sup>842</sup> Ossia di *soft law*, intesa come l'insieme di «rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects». Definizione tratta da F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques, in The Modern Law Review*, 1993, vol. 56, n. 1, p. 32. Con riferimento specifico al tema della gestione delle frontiere si rinvia a due lavori di A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, pp. 255 ss. e *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, *ivi*, fasc. 1/2017, pp. 139 ss.

<sup>843</sup> Ordinanza del Tribunale (Prima Sezione ampliata) del 28 febbraio 2017, Causa T-192/16, *NF contro Consiglio europeo*.

<sup>844</sup> Sul punto si vedano i rilievi di A. LIGUORI, *Violazioni conseguenti all'attuazione della Dichiarazione UE-Turchia e giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sugli hotspots greci: la sentenza Kaak*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2020, p. 248, che rinviene un atteggiamento iper formalistico e poco convincente nella sentenza del Tribunale UE. La Corte in passato si è espressa in maniera diversa, cercando di superare gli ostacoli di natura formale ha riconosciuto che la mancanza della forma e della procedura tipica dell'accordo non è l'elemento decisivo ai fini della qualificazione di esso come tale. Nel diritto internazionale e dell'Unione Europea vige infatti il principio della libertà delle forme e il *favor* verso la qualificazione sostanziale di accordo internazionale ogniqualvolta siano rinvenibili obblighi in capo alle parti, assunti anche in modo irrituale. In tal senso C. FAVILLI, *Op. cit.*, p. 419.

<sup>845</sup> A. ALGOSTINO, *Brevi riflessioni sul vertice di Parigi del 28 agosto 2017: gestione dei flussi migratori ed "effetti collaterali"*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2017, p. 2.

Capo di Stato della Turchia e mai si fa menzione del Consiglio europeo. Anche quando nel comunicato stampa n. 144/2016 del 18 Marzo è fatta espressa menzione dei «membri del Consiglio europeo» l'errore è di natura giornalistica<sup>846</sup>, con la sua esigenza di semplificazione del linguaggio. Il documento presente negli archivi del Consiglio, in formato *pdf*, espressamente parla di «vertice internazionale tra capi di Stato».

Nel dubbio su chi abbia adottato la Dichiarazione, deve comunque notarsi che essa è risultata operativa sin da subito, sicché Grecia e Turchia si sono dotate della legislazione interna necessaria per procedere alla riammissione dei migranti. Nel frattempo, nelle conclusioni<sup>847</sup> presentate il 22 e 23 giugno 2017 il Consiglio europeo continua a dare acquiescenza alla Dichiarazione. Sulla vicenda è poi intervenuta l'ordinanza<sup>848</sup> con cui la Corte ha dichiarato la irricevibilità del ricorso alla sentenza del Tribunale, per questioni procedurali.

La nuova via che deve ispirare le relazioni con i Paesi terzi è dunque quella dell'utilizzazione di atti atipici di partenariato al posto dei classici accordi di riammissione. Il deficit di *accountability* nell'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo<sup>849</sup> ha peraltro causato una flessione al ribasso dei diritti fondamentali dei cittadini stranieri e in particolare del diritto d'asilo: la gestione *soft* delle frontiere consente agli attori istituzionali di deresponsabilizzarsi, in nome dell'efficiente e ordinata gestione delle frontiere. Il risultato non è l'adozione di una misura straordinaria di carattere umanitario, bensì di una misura straordinaria di rimpatrio, ove ad essere messi a rischio sono, contemporaneamente al diritto d'asilo, il divieto di *non refoulement*, il diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti, il diritto alla vita, il diritto alla libertà personale, il diritto a un ricorso effettivo. Di

---

<sup>846</sup> Si legge nella sentenza «Questa volgarizzazione terminologica non potrebbe però essere usata per effettuare valutazioni giuridiche e normative e, in particolare, non potrebbe alterare il contenuto o la natura giuridica del procedimento cui essa si riferisce, ossia un vertice internazionale come indicato nella versione PDF del comunicato stampa relativo alla dichiarazione UE-Turchia».

<sup>847</sup> Conclusioni – 22 e 23 giugno 2017, EUCO 8/17, nel capitolo sulle migrazioni: «Il Consiglio europeo mantiene il suo impegno a favore dell'approccio globale dell'UE alla migrazione, del controllo efficace delle frontiere esterne al fine di contenere e prevenire i flussi illegali e della riforma del sistema europeo comune di asilo, nonché di un'attuazione piena e non discriminatoria della dichiarazione UE-Turchia in tutti i suoi aspetti e nei confronti di tutti gli Stati membri. Sarà portata avanti la vigilanza su tutte le rotte migratorie, tra cui quella dei Balcani occidentali. Continueremo a rafforzare e a sfruttare appieno le capacità operative della guardia di frontiera e costiera europea e delle altre agenzie. Un controllo efficace delle frontiere esterne dovrebbe consentire di eliminare i controlli temporanei alle frontiere interne».

<sup>848</sup> Ordinanza della Corte (Prima Sezione) del 12 settembre 2018, Cause riunite da C-208/17 P a C-210/17 P, *NF e a. contro Consiglio europeo*.

<sup>849</sup> In tal senso cfr. D. VITIELLO, *Il contributo dell'Unione europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti: spunti critici per una rilettura critica dei global compacts*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. n. 3/2018, p. 24 che mette in guardia sull'utilizzo di tali strumenti nella gestione dei flussi di massa di migranti e di rifugiati negli accordi tra Stati e tra Stati e Unione Europea.

fronte al numero dei diritti violati e ai numeri delle persone che subiscono tali violazioni (ormai non singoli, ma masse), i rimedi davanti alle singole Corti sono sì indispensabili, ma essi intervengono nella fase patologica, ossia quando la violazione si è già consumata, mentre necessario e impellente è il ripensamento della politica comune di asilo e dei suoi strumenti di attuazione, abbandonando definitivamente la “zona grigia” o “morbida” del diritto.

E l’Unione Europea si muove invece nella direzione opposta a quella auspicata e per lessa la dimensione esterna delle politiche di immigrazione e di asilo dal 2016<sup>850</sup> pare essere diventata un elemento stabile, nonché l’unico su cui tutti gli Stati membri convergono: «Gli Stati dell’Unione hanno ritrovato coesione nel persuadere i Paesi terzi a trattenere e/o rimpatriare i propri cittadini e i migranti in transito nel loro territorio, inclusi i richiedenti asilo»<sup>851</sup>.

L’accordo con la Turchia, in questo scenario, è diventato il modello di cooperazione informale e semplificata anche e soprattutto nel campo negli accordi di riammissione<sup>852</sup>, tesi a garantire la collaborazione dei Paesi di provenienza per rendere effettiva l’esecuzione delle misure di rimpatrio<sup>853</sup>. Analoga influenza del

---

<sup>850</sup> COM(2016) 385 final, Comunicazione della Commissione sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell’ambito dell’agenda europea sulla migrazione. Emblematico è il p. 8 ove si legge che è necessario sviluppare un «approccio coordinato e coerente dell’UE e degli Stati membri in materia di riammissione, dando la priorità assoluta alla realizzazione di rimpatri rapidi e operativi e non, necessariamente, alla conclusione di accordi di riammissione formali».

<sup>851</sup> C. FAVILLI, *Nel mondo dei “non-accordi”. Protetti sì, purché altrove*, in *Questione Giustizia*, fasc. 1/2020, p. 144.

<sup>852</sup> Icastiche sono in tema la Comunicazione della Commissione, COM(2017) 200 final, 2 marzo 2017, *Per una politica dei rimpatri più efficace nell’Unione europea – Un piano d’azione rinnovato* e la Raccomandazione della Commissione, C(2017) 1600 final, 7 marzo 2017, *Per rendere i rimpatri più efficaci nell’attuazione della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio*. Per un’analisi più approfondita sugli accordi di riammissione si rinvia *ex multis* a: A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico*, cit.; Id., *L’esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, cit.; ID., *Delocalizzazione della tortura e ‘tortura di Stato’ Tra accordi di riammissione, esternalizzazione delle frontiere e chiusura dei porti*, in F. Perocco (a cura di), *Tortura e migrazioni*, Venezia, Editore Ca’ Foscari, 2019, pp. 94 ss.; F. CASOLARI, *L’interazione tra accordi internazionali nell’Unione europea e accordi conclusi dagli Stati membri con Stati terzi per il contrasto all’immigrazione irregolare*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2018, pp. 1 ss.; M. BORRACCETTI, *La politica europea della migrazione. Nel periodo 2017-2019. Sviluppi e perplessità*, ivi, fasc. 3/2020, pp. 1 ss., e infine i due volumi monografici della Rivista *Dir., Imm. e Citt.: Accordi di riammissione*, fasc. 1-2/ 2016 e *Cooperazione UE-Africa*, fasc. 3-4/2016.

<sup>853</sup> La materia del rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare si colloca nella politica comune dell’immigrazione (art. 79 TFUE), pur avendo un legame funzionale con quella dell’asilo rimane distinta dalla politica comune di asilo, protezione sussidiaria e protezione temporanea (l’art. 78 TFUE).

modello UE-Turchia si è registrata anche nella cooperazione internazionale e nella stipulazione di accordi in forma semplificata<sup>854</sup> dell'Italia.

«In sintesi: una cooperazione informale, dematerializzata quanto alla forma e di dubbia paternità ma nutrita di molta sostanza quanto alle azioni finanziate e realizzate, tutte in larga parte volte al contenimento dei flussi verso l'Unione»<sup>855</sup>.

Il *Memorandum of Understanding* 2017<sup>856</sup> tra Italia e Libia è paradigmatico di questo tipo di approccio: mentre l'impegno della Libia è quello di contenere i flussi migratori, da parte dell'Italia vi è l'impegno di finanziare le iniziative intraprese<sup>857</sup> in virtù dell'intesa e di fornire supporto tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta contro l'immigrazione clandestina.

Nell'accordo è sottolineata l'importanza del controllo e della sicurezza dei confini libici, terrestri e marittimi, per garantire la riduzione dei flussi migratori illegali, la lotta contro il traffico di esseri umani e il contrabbando di carburante, nonché l'importanza di usufruire dell'esperienza delle istituzioni coinvolte nella lotta contro l'immigrazione clandestina e il controllo dei confini.

Il *Memorandum* avrebbe sicuramente necessitato della preventiva autorizzazione della Camera alla ratifica ai sensi dell'art. 80 Cost., poiché sono stati assunti da parte dell'Italia impegni di natura politica e finanziaria. Quanto a quelli politici, questi possono individuarsi nell'impatto che l'intesa ha nei confronti delle comunità

---

<sup>854</sup> Si pensi al *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*, del 26 settembre 2017 tra la Repubblica del Niger e l'Italia; al *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*, del 2 febbraio 2017 tra Governo di Riconciliazione Nazionale dello Stato di Libia e l'Italia; infine al *Memorandum of understanding between the public security department of the italian interior ministry and the national police of the sudanese interior ministry for the fight against criminality, management of frontiers and migration flows and about repatriation*, agosto 2016 tra il Sudan e l'Italia.

<sup>855</sup> C. FAVILLI, *La politica dell'Unione in materia di immigrazione e asilo*, cit., p. 382.

<sup>856</sup> Il *Memorandum* è stato sottoscritto il 2 febbraio 2017 dal Presidente del Consiglio dei Ministri italiano Paolo Gentiloni e il Capo Governo di Riconciliazione nazionale dello Stato della Libia, riconosciuto dall'Unione europea e dall'Italia, Faye Mustapa Serraj per fronteggiare l'emergenza rappresentata dagli sbarchi sulle coste italiane di cittadini provenienti dalla Libia. L'accordo si inserisce nel quadro della preesistente cooperazione tra le Parti in merito, con il Trattato di Amicizia, Partenariato e Cooperazione firmato a Bengasi il 30 agosto 2008 e con la Dichiarazione di Tripoli del 21 gennaio 2012, ratificata con legge 6 febbraio 2012, n. 7.

<sup>857</sup> Oltre al già menzionato impegno verso la guardia costiera libica (art. 1 lett. c), l'Italia si è impegnata a sostenere i programmi di crescita nelle regioni colpite dal fenomeno dell'immigrazione illegale (art. 1 lett. b); finanziamento dei centri di accoglienza libici (art. 2, n. 2); sostegno alle organizzazioni internazionali presenti e che operano in Libia nel campo delle migrazioni a proseguire gli sforzi mirati anche al rientro dei migranti nei propri paesi d'origine (art. 2, n. 5); avvio di programmi di sviluppo, attraverso iniziative di *job creation* nelle regioni libiche (art. 2, n. 6).

statali<sup>858</sup>, «in quanto avente ad oggetto materie di rilevanza costituzionale, quali il controllo delle frontiere, l'ingresso nel territorio nazionale, il diritto di asilo, la politica estera della Repubblica: le previsioni ivi contenute incidono, pertanto, su questioni che coinvolgono interessi fondamentali dello Stato, comportando impegni duraturi per la sua politica estera ed esponendolo a responsabilità internazionali, in relazione al necessario rispetto dei diritti fondamentali della persona»<sup>859</sup>. Quanto infine all'impatto economico, esso è riconducibile ai finanziamenti da parte dell'Italia per le iniziative menzionate nell'intesa da prelevarsi «direttamente dal bilancio dello Stato ancorché rispetto ai finanziamenti già stanziati»<sup>860</sup>.

Al contrario, la conclusione dell'accordo è avvenuta in forma semplificata, escludendo il Parlamento italiano sia nella fase preventiva di autorizzazione sia in quella successiva di firma e di esecuzione<sup>861</sup>. Dal momento che il *Memorandum* ha natura meramente esecutiva, degli impegni già assunti con il *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista*, stipulato a Bengasi il 30 agosto 2008, di cui all'art. 19 del medesimo. La dottrina si è allora interrogata se di fronte a trattati stipulati in forma semplificata, il Parlamento possa comunque disporre di strumenti "di controllo", in aderenza alla previsione dell'art. 80 Cost. A tal proposito chi scrive concorda con l'opinione di chi<sup>862</sup> non ritiene possa configurarsi una consuetudine costituzionale secondo la quale le Camere potrebbero adottare una legge di "approvazione" successiva all'entrata in vigore dell'accordo con efficacia sanante della violazione dell'art. 80. Siffatta legge provocherebbe infatti il mutamento dell'assetto costituzionale delle competenze in materia di stipulazione degli accordi internazionali, con l'effetto di attenuare il controllo parlamentare, che nel disegno costituzionale si interpone tra la stipula e la ratifica. La *ratio* sottesa al potere di autorizzazione delle Camere è quella di esercitare un controllo preventivo e un indirizzo sull'operato del Governo, un intervento successivo viceversa non potrebbe che essere che di mero assenso. Con

---

<sup>858</sup> In tal senso cfr. L. DI MAJO, I. PATRONI GRIFFI, *Migrazioni e relazioni bilaterali tra Italia e Libia dal Trattato di Bengasi 2008*, cit., p. 229.

<sup>859</sup> Corte Costituzionale, ordinanza 19 luglio 2018, n. 163

<sup>860</sup> L. DI MAJO, I. PATRONI GRIFFI, *Ibidem*.

<sup>861</sup> Sulla necessità dell'intervento delle Camere ex ante e non ex post la stipulazione dell'accordo si veda E. OLIVITO, *The Constitutional Fallouts of Border Management through Informal and Deformalised External Action: The Case of Italy and the EU*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2020, pp. 114 ss. (spec. p. 121). L'A. sostiene che un intervento solamente successivo alla stipulazione dell'accordo sarebbe comunque insufficiente, poiché l'art. 80 Cost. richiede espressamente che il coinvolgimento delle Camere avvenga nella fase precedente all'assunzione di impegni di natura politica o che importino variazioni del territorio, oneri finanziari o modificazioni di legge per mezzo di un trattato internazionale. Ma vi è di più, l'intervento successivo del Parlamento non solo non riuscirebbe a garantire il suo ruolo partecipativo, ma lo stesso si troverebbe a svolgere un mero ruolo di ratifica «of the otherwise unconstitutional behaviour of the Government and, at the international level, the removal of any doubts about the conclusion of the agreement by the Italian State».

<sup>862</sup> E. OLIVITO, *Il cul-de-sac costituzionale degli accordi in forma semplificata: iniziativa legislativa parlamentare ed esternalizzazione delle politiche migratorie*, in *Diritto pubblico*, fasc. 2/2018, pp. 470 ss.

un accordo già in vigore, infatti, si condizionerebbe in maniera incisiva la libertà del Parlamento di “disapprovare” un trattato che sta in effetti già dispiegando i suoi effetti sul piano internazionale.

Sull'esclusione delle Camere dal procedimento, un gruppo di parlamentari<sup>863</sup> ha sollevato il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti del Governo, in relazione all'omessa presentazione del progetto di legge di autorizzazione alla ratifica del *Memorandum*, ritenendo che lo stesso non costituisse un mero atto di esecuzione del Trattato di Bengasi, ma un nuovo trattato internazionale, dal punto di vista sia oggettivo, sia soggettivo: oggettivo, perché idoneo a vincolare le parti contraenti a nuovi impegni<sup>864</sup>, che non sono stati sottoposti allo specifico sistema di controllo e monitoraggio previsto dalla Costituzione; soggettivo, perché stipulato tra parti differenti.

La Corte<sup>865</sup> non è tuttavia intervenuta sul merito delle questioni sollevate, dichiarando inammissibile il ricorso, giacché ha escluso la legittimazione del singolo parlamentare a fare valere le violazioni lamentate (artt. 80 e 72, co. 4 Cost.), «in quanto riconducibili a prerogative delle quali – per espressa previsione costituzionale – è titolare l'assemblea, e non il suo singolo componente, solo ad essa è rimessa la valutazione circa l'opportunità di insorgere avverso possibili violazioni».

L'ordinanza della Corte Costituzionale sembra ricalcare quella della Corte di Giustizia sulla Dichiarazione UE-Turchia. L'argomento formalista conferma i timori della dottrina sulla difficile penetrabilità di questi accordi dalle e nelle sedi di controllo democratiche e della giustizia. Si registrano dunque diversi punti di contatto tra i due atti di *soft law*, sia nei prologo politico, in ordine alla sua incidenza nell'epilogo giurisdizionale. In entrambi i casi non è solo l'assetto democratico dell'ordinamento ad essere stato toccato dall'estromissione, ma è l'idea stessa dell'Europa come culla dei diritti che, invece, agisce attraverso una vera e propria «delega al respingimento»<sup>866</sup> verso quei Paesi in cui la violazione dei diritti umani, nelle forme più atroci, è prassi tristemente nota.

---

<sup>863</sup> Giulio Marcon, Giuseppe Civati, Beatrice Brignone e Andrea Maestri, nella qualità di membri della Camera dei deputati nella XVII legislatura.

<sup>864</sup> Il *Memorandum* sarebbe un nuovo trattato internazionale poiché stabilisce priorità e azioni diverse da quelle del precedente trattato di Bengasi, legate alla condizione dei migranti in Libia e al controllo del loro passaggio sul territorio nazionale. Inoltre esso non fa riferimento alle risorse stanziare dalla l. 7/2009, la quale aveva previsto l'introduzione di un'addizionale all'imposta sul reddito delle società (IRES) per la realizzazione delle attività previste dal Trattato di Bengasi. Il *Memorandum* ha individuato le sue risorse nel c.d. “Fondo per l'Africa” (art. 1, co. 621, l. 132/2016).

<sup>865</sup> Per un commento all'ordinanza 163/2018 della Consulta si veda R. BIN, *Riserva di legge e conflitto di attribuzione: dov'è finita la caccia alle “zone franche”?* Breve nota a Corte costituzionale, ord. 163/2018, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 20 luglio 2018. L'autorevole studioso critica il *self restraint* della Corte ad intervenire nelle vicende interne delle Camere, idoneo a creare “zone franche” della giustizia costituzionale.

<sup>866</sup> L. DI MAJO, I. PATRONI GRIFFI, *Op. cit.*, p. 230. Gli A. si interrogano sull'ambito di applicazione della Cedu ai fini della valutazione di una eventuale responsabilità italiana per i respingimenti indiretti o e la complicità degli atti illeciti che si compiono sul territorio libico. A tal proposito giungono alla conclusione che se la Corte Edu dovesse sostenere il

Per quanto riguarda la Libia la violazione dei diritti è ancor più drammatica ed evidente, giacché gli annegamenti in mare, la detenzione nei campi detentivi, le agonie delle torture commesse al loro interno sono fatti testimoniati già da lungo tempo dai *report* internazionali. Accanto a questi un'attenzione specifica sta maturando intorno al tema anche nei tribunali penali italiani<sup>867</sup>, che hanno cristallizzato «in sede giudiziaria il contenuto drammatico e talora disumano di quei viaggi», attraverso sentenze che portano un «contributo di grande rilevanza a qualsiasi ragionamento giuridico o politico sul fenomeno delle migrazioni verso l'Europa così come oggi concretamente si configura»<sup>868</sup>.

Diverso invece è l'orientamento per ora maturato nella giustizia amministrativa. Il Consiglio di Stato, con sent. 4569/2020<sup>869</sup>, ritenendo indimostrate le doglianze svolte sui cc.dd. respingimenti delegati, si è attestato su un ragionamento astratto: «L'intervento italiano, di per sé, è infatti esclusivamente un'iniziativa di supporto finalizzata ad un maggiore controllo delle rotte migratorie del Mediterraneo, da realizzarsi attraverso la cooperazione con “l'unico interlocutore possibile ovvero l'entità sovrana, cioè lo stato libico, che ha, in virtù dei principi di diritto internazionale, il controllo diretto ed esclusivo sulle proprie acque territoriali e sulle coste africane da cui partono l'illecito traffico di migranti e attività criminose di vario genere”».

Nello scontro tra le vicende umanitarie e gli interessi politici, il *Memorandum* si è nel frattempo rinnovato tacitamente per altri tre anni il 2 febbraio 2020.

## 9. La strategia dei punti di crisi nel segno della condizionalità U.E.

Le *hotspot operations*<sup>870</sup> hanno fatto la loro prima comparsa nello studio<sup>871</sup> commissionato all'impresa *Unisys* dalla Direzione generale per la migrazione e gli

---

suo orientamento sulla responsabilità extraterritoriale secondo il criterio del controllo effettivo sulla persona a mezzo di coloro che agiscono per lo Stato aderente, l'Italia rischierebbe di essere nuovamente condannata per violazione del principio di *non refoulement*.  
<sup>867</sup> Ci si riferisce alla sentenza della Corte d'Assise di Milano, n. 10/2017; alla sentenza della Corte d'Assise di appello di Milano, n. 9/2019; alla sentenza della Corte d'Assise di Agrigento, n. 1/2018.

<sup>868</sup> *Campi libici, l'inferno nel deserto. La sentenza della Corte di assise di Milano*, in *Questione giustizia*, 3 aprile 2018, la nota è a cura della redazione. Si veda pure G. MENTASTI, *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud. Nota a sentenza Corte ass. app. Milano, Sezione I, n. 9/2019, ud. 20.03.2019*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2020, pp. 215 ss.

<sup>869</sup> Pronunciatosi sul decreto del Ministero degli Affari Esteri n. 4110/47 del 28 agosto 2017, di autorizzazione all'impiego delle risorse del c.d. Fondo Africa (l. n. 232/2016) per finanziare un intervento di supporto tecnico alla Libia. Per un commento puntuale alla sentenza si rinvia a A. MARCHESI, *Finanziare i rimpatri forzati in Libia è legittimo? Sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 4569 del 15 luglio 2020*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2020, pp. 796-802

<sup>870</sup> Nel proseguo della trattazione si utilizzeranno indifferentemente i termini *hotspot* e *punti di crisi*.

<sup>871</sup> DG Home, *Study on the feasibility of the creation of a European System of Border Guards to control the external borders of the Union*, 16 giugno 2014, p. 7. Il rapporto precisa che nel Regolamento

affari interni della Commissione europea, al fine di verificare la fattibilità della creazione di una guardia costiera europea per il controllo delle frontiere esterne dell'Unione.

I punti di crisi sono stati poi riesumati successivamente a distanza di anni, tra gli strumenti di gestione dei flussi migratori e di aiuto agli Stati membri in prima linea, il 13 maggio 2015 nell'Agenda europea sulla migrazione. L'approccio *hotspot* mira, utilizzando le parole della Comunicazione, a «dare sostegno agli Stati membri in prima linea nell'affrontare le fortissime pressioni migratorie alle frontiere esterne dell'UE. L'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (Easo), l'Agenzia dell'UE per la gestione delle frontiere (Frontex), l'Agenzia di cooperazione di polizia dell'UE (Europol) e l'Agenzia per la cooperazione giudiziaria dell'UE (Eurojust) lavoreranno sul terreno con le autorità dello Stato membro per aiutarlo ad adempiere agli obblighi derivanti del diritto dell'U.E. e a condurre con rapidità le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo».

Gli *hotspot* sono stati definiti via via e talora contemporaneamente come “operazioni”<sup>872</sup>, “situazioni”<sup>873</sup>, “metodo”<sup>874</sup> e infine “strutture”<sup>875</sup>. Il compito loro assegnato è quello di identificare i migranti che attraversano irregolarmente la frontiera esterna dell'Unione e suddividerli in migranti in *near clear to protection*, richiedenti protezione internazionali e stranieri irregolari. L'insieme delle attività compiute (che si completa con la registrazione e la raccolta delle impronte digitali) costituisce un vero e proprio «*humanitarian triage*»<sup>876</sup>, che condensa infatti alle operazioni di controllo e monitoraggio, quelle di filtraggio e smistamento tra coloro che andranno ricollocati, coloro che andranno rimpatriati e infine coloro la cui domanda di protezione internazionale andrà esaminata dallo Stato di primo arrivo. Attraverso la correttezza delle operazioni di identificazione, registrazione e accoglienza dei cittadini di Paesi terzi che hanno attraversato irregolarmente le frontiere esterne, è perseguito infatti anche l'obiettivo che sta a cuore delle Istituzioni UE: il rimpatrio di coloro che non necessitano di protezione (con il supporto di Frontex). L'agenda europea sulla migrazione ha sottolineato infatti che

---

n. 2004/2007 all'art. 8 *bis*, poteva rinvenirsi la base legislativa delle squadre di intervento rapido alle frontiere. Cfr. *amplius* M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2018, pp. 2-4.

<sup>872</sup> M. BENVENUTI, *Op. cit.*, p. 5 operazione che si caratterizza per la collaborazione tra agenti statali e istituzioni sovranazionali tramite le agenzie Easo, Frontex ed Europol.

<sup>873</sup> *Ibidem*, situazione perché è richiesta una situazione eccezionale ed urgente derivante dall'afflusso massiccio di cittadini stranieri alle frontiere esterne.

<sup>874</sup> *Ibidem*, metodo perché le operazioni di identificazione, registrazione e raccolta delle impronte digitali si realizza seguendo le indicazioni fornite dall'UE.

<sup>875</sup> *Ibidem*, struttura in quanto tali attività si svolgono all'interno di luoghi predeterminati identificati come *hotspot*.

<sup>876</sup> Così definite da P. PALLISTER WILKINS, *Hotspots And The Politics Of Humanitarian Control And Care*, in *Society & Space*, 6 dicembre 2016.

tra i *pull factors* della migrazione irregolare rientra la consapevolezza che il sistema di rimpatrio dell'UE dei migranti espellenti funziona in modo imperfetto.

Pertanto, attraverso la corretta implementazione da parte di Italia e Grecia dell'*hotspot approach* si attendeva di raggiungere più obiettivi<sup>877</sup>: salvaguardare lo spazio *Schengen* dai movimenti secondari, continuare a garantire il rispetto del Regolamento Dublino e consentire il funzionamento del meccanismo di ricollocazione. Da ultimo realizzare un meccanismo efficace ed efficiente di rimpatri.

Un aspetto che pure vale la pena di essere sottolineato è quello relativo all'assenza della "copertura giuridica"<sup>878</sup> dei punti di crisi, giacché l'istituzione di *Migration Management Support Teams*<sup>879</sup>, è avvenuta in assenza di fonti vincolanti che disciplinassero in maniera unitaria e completa il quadro legislativo di riferimento. Sia per quanto riguarda la regolamentazione della pluralità e della complessità delle operazioni svolte nei punti di crisi, così da garantire anche un'attuazione uniforme tra ordinamenti, sia per quel che concerne la previsione di garanzie idonee a salvaguardare l'efficacia delle norme su di asilo, accoglienza e rimpatrio.

La questione della subalternità dei diritti dei migranti nella *governance* UE della crisi migratoria del 2015 non è di poco conto, dal momento che l'*hotspot approach* inteso come luogo altro non è che una nuova ipotesi di detenzione dello straniero.

Solamente ad un anno di distanza dalla loro implementazione, precisamente con il *Regolamento 2016/1624*<sup>880</sup> relativo alla guardia di frontiera e costiera europea del 14 settembre 2016, è intervenuta una parziale copertura giuridica. Anzitutto è stata data una definizione di punto di crisi: «una zona in cui lo Stato membro ospitante, la Commissione, le agenzie dell'Unione competenti e gli Stati membri partecipanti cooperano allo scopo di gestire una sfida migratoria sproporzionata, reale o

---

<sup>877</sup> Nella Comunicazione della Commissione COM(2016) 120 final, *Ritorno a Schengen - Tabella di marcia*, si legge «La politica del "lasciar passare" va abbandonata in quanto è incompatibile con le norme di Schengen e di Dublino e incoraggia movimenti secondari; in più, compromette il funzionamento del meccanismo di ricollocazione e costituisce pertanto uno dei motivi della scarsa attuazione delle decisioni di ricollocazione fino ad oggi. Quindi, porre fine in modo coordinato a questa politica è indispensabile per il funzionamento dei sistemi Schengen e Dublino, nonché del meccanismo di ricollocazione».

<sup>878</sup> Cfr. G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2015, p. 19 e S. PENASA, *L'approccio "hotspot" nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie)*, in *Il diritto in migrazione*, cit., pp. 395 ss. (spec. p. 402); D. THYM, *The "refugee crisis" as a challenge of legal design and institutional legitimacy*, in *Common Market Law Review*, vol. 53, fasc. 6/2016, pp. 1545 -1573.

<sup>879</sup> Comunicazione della Commissione COM(2015) 490 final/2, *Managing the refugee crisis: immediate operational, budgetary and legal measures under the European Agenda on Migration*, 29 settembre 2015, ove sono descritte le funzioni che andranno a svolgere le singole Agenzie.

<sup>880</sup> Regolamento ora non più in vigore, per effetto dell'introduzione del *Regolamento 2019/1896 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 novembre 2019 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea* e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624. Per una prima lettura delle novità introdotte dal Regolamento del 2019 e le criticità del vecchio Regolamento del 2016 si rinvia a E. DE CAPITANI, D. VITIELLO, *Il regolamento (UE) 2019/1896 relativo alla riforma di Frontex e della guardia di frontiera e costiera europea: da "fire brigade" ad amministrazione europea integrata?* in *SIDIBlog*, 6 dicembre 2019.

potenziale, caratterizzata da un aumento significativo del numero di migranti in arrivo alla frontiera esterna»<sup>881</sup>. L'attivazione di esso (inteso sia come metodo di unità logistico-operativa, sia come luogo) può essere richiesta dagli Stati membri che si trovino a fronteggiare sfide migratorie sproporzionate, per le quali viene richiesto un rinforzo tecnico e operativo da parte delle squadre di sostegno per la gestione della migrazione. La disciplina del Regolamento<sup>882</sup> ha dunque assolto al compito di regolamentare le attività e le modalità con cui queste sono compiute dalle agenzie europee.

Quanto infine all'aspetto più squisitamente solidaristico, esso riproduce la logica della "solidarietà in cambio di responsabilità", dove all'onere di istituire punti di crisi era previsto come contraltare un duplice ordine di vantaggi per l'Italia e la Grecia: la deroga temporanea all'automatismo dei criteri per la determinazione dello Stato membro competente all'esame della domanda d'asilo con il meccanismo di ricollocazione e il supporto nello svolgimento delle attività su indicate delle agenzie europee Easo, Frontex, Europol ed Eurojust.

C'è chi<sup>883</sup> ha fatto invero notare che non si sia trattato peraltro di una contrattazione così conveniente per i due Paesi, perché alla temporaneità dei vantaggi ripromessi (entrambe le Decisioni del 2015 parlavano di «misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia») è corrisposta la definitività della strategia dei punti di crisi. Se si considera poi che anche i vantaggi attesi sono stati delusi, si comprende come nella tenuta di *Schengen* e *Dublino* la solidarietà intra-statale abbia nuovamente e iniquamente gravato sui medesimi Paesi membri sotto stress e più di tutti sui diritti di chi attraversa la frontiera.

La dottrina più attenta ha infine evidenziato che nella *governance* della crisi del 2015 attraverso la commistione tra atti non vincolanti e vincolanti, l'introduzione di un meccanismo di incentivi e sanzioni per Italia e Grecia, nonché nell'invio delle Agenzie europee a monitorare il corretto svolgimento delle operazioni richieste ai due Stati, ha trovato spazio «una novella Troika nel ruolo di *watchdog*, formata – questa volta – dall'Easo, da Frontex e da Europol»<sup>884</sup>, piuttosto che un'attività di solidarietà riequilibratoria. Niente di nuovo insomma sul fronte sud europeo.

---

<sup>881</sup> Art. 2 del Regolamento 1624, definizione parzialmente modificata dall'art. 2, p. 23 del Regolamento 1896.

<sup>882</sup> Ora contenute nel Regolamento 2019/1896, per un commento cfr. C. JONES, *Monitoring 'secondary movements' and 'hotspots': Frontex is now an internal surveillance agency*, in *Statewatch Analyses*, dicembre 2019.

<sup>883</sup> M. BENVENUTI, *Op. cit.*, p. 8.

<sup>884</sup> M. BENVENUTI, *Op. cit.*, p. 12. Sul parallelismo tra il modus operandi nella politica migratorie UE (2015) e le politiche economiche e monetarie (2010-11), entrambe rivolte a Italia e Grecia si vedano D. VITIELLO, *L'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo: linee di tendenza e proposte per il futuro*, cit., p. 23; A. CIERVO, *Ai confini di Schengen*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2016, nota 18; C. HELLER, L. PEZZANI, *Ebbing and Flowing: The EU's Shifting Practices of (Non-) Assistance and Bordering in a Time of Crisis*, 2016, reperibile all'url: [http://nearfutureonline.org/wp-content/uploads/2016/03/Heller\\_Pezzani\\_Ebbing\\_2016.pdf](http://nearfutureonline.org/wp-content/uploads/2016/03/Heller_Pezzani_Ebbing_2016.pdf), anch'essi sostengono che il

## 10. Il gattopardismo del diritto dell'immigrazione, emergenza e assenza delle fonti nella gestione italiana dei punti di crisi.

In Italia l'implementazione dell'*hotspot approach* ha seguito l'andamento UE, realizzandosi con un susseguirsi di circolari<sup>885</sup> e di atti amministrativi atipici<sup>886</sup>, privi di normatività, ossia di atti precettivi secondari, ma non regolamentari, «che si caratterizzano da un lato per il carattere interno all'amministrazione ma che, d'altro lato, non sono certamente carenti di idoneità ad influire in modo determinante sull'estensione dei diritti fondamentali dipendenti dall'azione pubblica di quelle stesse amministrazioni»<sup>887</sup>. In effetti la vicenda è particolarmente indicativa della trasformazione del ruolo dell'Amministrazione, da mera esecutrice a “creatrice”<sup>888</sup> di diritto.

La fenomenologia dei punti di crisi si è snodata tra *soft* e *hard law*, senza giungere ancor'oggi ad una chiara definizione giuridica della tipologia dei nuovi centri, questione di non poco momento giuridico costituzionale, se si pensa che le operazioni compiute al loro interno incidono almeno su due diritti fondamentali: asilo e libertà personale.

La *Roadmap* è stato il primo documento di recepimento della nuova gestione delle migrazioni su indicazione degli atti europei prima esaminati. La tabella di marcia ha previsto un piano volto a canalizzare gli arrivi in una serie di porti di sbarco dalla stessa individuati (Pozzallo, Porto Empedocle, Trapani, Lampedusa, Augusta e Taranto) dove svolgere tutte le procedure previste<sup>889</sup>: lo *screening* sanitario, la pre-

---

ridisegno dei confini economici e politici a livello dell'UE all'indomani della "crisi del debito" è stato replicato a livello di gestione della migrazione.

<sup>885</sup> Circolare del Ministero dell'Interno del 6 ottobre 2015, n. 14106, *Decisioni del Consiglio Europeo n. 1523 del 14 settembre 2015 e n. 1601 del 22 settembre del 2015 per istituire misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia – Avvio della procedura relocation*.

<sup>886</sup> *Roadmap italiana* del 28 settembre 2015 e *Standard Operating Procedures applicabili agli hotspots italiani* (SOP), entrambi adottati dal Ministero dell'interno.

<sup>887</sup> F. GUELLA, *Circolari amministrative e diritto dell'immigrazione. Il caso italiano della regolazione dell'accesso da parte di estranei ai centri di prima accoglienza*, in *Il diritto in migrazione*, cit. pp. 429 ss. (spec. p. 431).

<sup>888</sup> In tal senso M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, p. 100.

<sup>889</sup> Nel dettaglio: 1) *Screening* medico per accertare eventuali problematiche sanitarie; 2) compilazione del cosiddetto foglio-notizie da parte dei funzionari dell'ufficio immigrazione tramite intervista del singolo individuo. Il foglio-notizie contiene foto, generalità, informazioni di base della persona e infine indicazione della volontà o meno di richiedere la protezione internazionale. Per le persone che vogliono aderire alla procedura di ricollocamento qui sono fornite le informazioni necessarie con il supporto degli agenti dell'EASO. Questo può dirsi il primo passaggio cruciale per il cittadino straniero, poiché qui si differenzia la sua posizione tra richiedente protezione internazionale o migrante economico, e quindi in posizione irregolare; 3) sulla base degli esiti delle menzionate attività/interviste di pre-identificazione le persone potrebbero essere ulteriormente

identificazione, la registrazione, il foto-segnalamento e i rilievi dattiloscopici degli stranieri.

La confusione sulla natura dei centri non deriva solamente dalla fonte prescelta, ma dal dettato in esso contenuto, poiché dapprima si riferisce che la *Roadmap* è stata concepita secondo i testi dei regolamenti che recepiscono le direttive europee (d. lgs. 142/2015) in materia di procedure di asilo e accoglienza<sup>890</sup> e successivamente gli *hotspot* vengono definiti come centri chiusi<sup>891</sup>. Dunque, essi si qualificerebbero come centro di prima accoglienza (CPSA) o come centro di espulsione (CPR)? Potrebbe invocarsi una copertura giuridica in via analogica? Una confusione<sup>892</sup> problematica dal momento che riguarda due tipi centri che svolgono funzioni tra di loro agli antipodi del percorso migratorio.

Tra i primi soggetti che hanno richiamato l'attenzione sul vuoto normativo vi è stata la Commissione Europea<sup>893</sup>, che ha richiesto di «accelerare gli sforzi, anche sul piano legislativo, per fornire un quadro giuridico più solido ai fini dello svolgimento delle attività presso i punti di crisi, in particolare per consentire l'uso della forza e prevedere disposizioni in materia di trattenimento a più lungo termine nei confronti dei migranti che rifiutano di fornire le impronte digitali»<sup>894</sup>.

La risposta italiana, tuttavia, si è rivelata inadeguata alla precisa richiesta di trovare una base giuridica, poiché nel giugno 2016 è stato ancora una volta il Ministero dell'Interno a intervenire con una “guida operativa” e uno strumento di raccordo tra

---

intervistate da funzionari di polizia investigativa con il supporto di funzionari Frontex ed Europol al fine di acquisire informazioni utili per scopi investigativi e/o di intelligence. L'individuazione delle persone da sottoporre ad interviste di approfondimento in quanto suscettibili di fornire preziose informazioni può aver luogo anche prima del loro arrivo nelle aree *hotspots* (ad es. quando essi si trovino ancora sui mezzi di salvataggio oppure non appena giungano nel porto di sbarco); 4) sulla base della procedura di pre-identificazione le persone saranno foto-segnalate come CAT1 o CAT2, rispettivamente nella prima categoria i richiedenti protezione internazionale e coloro che intendano essere ricollocati. Nella seconda categoria rientrano gli stranieri irregolari; 5) concluse le precedenti operazioni si avvia la fase dello “smistamento” tra richiedenti asilo verso i *regional hubs* presenti sul territorio nazionale, e gli stranieri in posizione irregolare verso i Centri di identificazione ed espulsione, oggi Centri Per il Rimpatrio.

<sup>890</sup> *Roadmap italiana*, cit. p. 3.

<sup>891</sup> *Ivi*, p. 6.

<sup>892</sup> In tema si veda S. PENASA, *Op. ult. cit.*, p. 416, che non ritiene identificabili gli *hotspot* in nessuno dei centri previsti dalla normativa vigente e li definisce «“ibridi” normativi, nei quali elementi tipici del trattenimento in vista del rimpatrio si innestano sulle procedure finalizzate al primo soccorso e alla determinazione dello *status* dei migranti». L'A. motiva tale definizione cogliendo elementi di incolmabile scarto sia con i CIE (oggi CPR) sia con i CPSA. Con i primi si dissociano per la ratio del sistema *hotspot*, il cui effetto utile è la rapida ed efficiente valutazione della condizione personale di ciascun migrante. Con i secondi si dissocia da un punto di vista strettamente legislativo, poiché le ipotesi del trattenimento dei richiedenti asilo sono tassativamente previste all'art. 6 del d.lgs. 142/2015.

<sup>893</sup> COM(2015) 679 final, 17 dicembre 2015, *Relazione sull'attuazione dei punti di crisi (hotspot) in Italia*.

<sup>894</sup> *Ivi*, p. 5.

le diverse prassi instauratesi nei diversi punti di crisi: il SOP (acronimo di *Procedure operating standard*, come si è detto in nota). Si tratta nuovamente di un documento atipico che non si è limitato a descrivere lo stato dell'arte, in cui è infatti tracciata la prima definizione di *hotspot*, inteso sia come luogo che come metodo.

L'*hotspot* è anzitutto il punto di sbarco, dove si avviano le identificazioni dei cittadini stranieri, sia un metodo di lavoro in *team* tra autorità italiane, ovvero il personale delle Forze di Polizia, il personale sanitario, le organizzazioni internazionali e non governative che lavoro a stretto contatto e in cooperazione con i team europei di supporto.

L'approccio *hotspot* inteso come metodo consentirebbe lo svolgimento delle attività di identificazione descritte anche al di fuori dei luoghi già individuati: l'istituto, inteso nel suo senso organizzativo, è potenzialmente adattabile a qualsiasi punto di approdo dei migranti in entrata ed infatti è proposto come «possibile modello per la gestione di qualsiasi flusso misto in ingresso». I cosiddetti *hotspot mobili* rientrano così nel ventaglio delle opzioni configurabili come strumento di razionalizzazione della prima accoglienza.

Altra indicazione importante fornita dal documento ministeriale è quella sul tempo entro le quali le procedure indicate dovranno concludersi, che non è prestabilito, salvo il fatto che dovrà essere il «più breve possibile, compatibilmente al quadro legislativo vigente».

L'attenzione sul tema della copertura giuridica è stata invero sollevata non solo dagli studiosi e dalla Commissione europea, ma anche dal nostro Parlamento, tramite una commissione di inchiesta<sup>895</sup> e una commissione straordinaria per la tutela e promozione dei diritti umani del Senato<sup>896</sup>, e dalla società civile<sup>897</sup>. È stato dunque sollecitato un intervento legislativo chiarificatore da più soggetti e organi, che hanno espresso dubbi e perplessità sulle carenze giuridiche e in particolare su come il *vulnus* normativo più volte denunciato non fosse un esercizio di mera retorica dottrinale, poiché tante erano state le violazioni commesse nei punti di crisi: detenzione di fatto, uso della forza per il rilevamento delle impronte digitali, scarsa o inidonea informazione sul diritto a presentare la domanda di asilo, distinzione superficiale tra migranti economici e rifugiati (aspetti sui quali si tornerà a breve). A questo clima si aggiungano le due condanne all'Italia da parte della Corte Edu per la violazione degli artt. 4, prot. 4, 3 e 13 della Carta nella sentenza *Sbarifi e altri c. Italia e Grecia* e degli artt. 5 e 13 della Carta nella sentenza *Kblajfia e altri c. Italia*.

---

<sup>895</sup> Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, XVII Legislatura.

<sup>896</sup> Commissione straordinaria per la tutela e promozione dei diritti umani del Senato, *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, gennaio 2017.

<sup>897</sup> Amnesty International, *Hotspot Italia. Come le politiche dell'Unione Europea portano a violazioni dei diritti di rifugiati e migranti*, 2016; Oxfam, *Hotspot, il diritto negato. Un sistema privo di cornice giuridica sta minacciando i diritti dei migranti che arrivano sulle coste italiane. Le richieste di Oxfam*, 2016; si segnala poi l'impegno dell'Asgi e si rinvia alla sua pagina contenete tutte le azioni intraprese dall'associazione giuridica, all'url: <https://www.asgi.it/tag/hotspot/>

In questo quadro si è inserito l'atteso intervento del legislatore con il d.l. 13/2017 convertito nella l. 46/2017 (cfr. Cap. terzo, par. cinque) che all'art. 17 ha introdotto nel TUI l'art. 10 *ter* - *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.*

La lunga attesa non ha tuttavia ripagato le aspettative, visto che la disposizione si è presentata in effetti poco pregnante: da un lato non è riuscita a dare la copertura giuridica da più parti invocata e dall'altro lato ha inasprito il lato securitario dell'*hotspot approach* con l'introduzione di una nuova ipotesi di detenzione amministrativa.

Senza voler qui anticipare l'esito dell'analisi che si andrà a svolgere fra poco, si procederà ora a indicare le novità rilevanti ai fini del presente studio.

In questa parte del lavoro mi concentrerò sulla prima parte dell'art. 10 *ter*, co. 1<sup>898</sup> ove si legge che lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi allestiti nell'ambito delle strutture di cui al d.l. 451/1995 e delle strutture di cui all'articolo 9 del d.lgs. 142/2015.

La cornice giuridica pregressa cui sono stati ricondotti i punti di crisi è stata individuata nella legge sulle *Disposizioni urgenti per l'ulteriore impiego del personale delle Forze armate in attività di controllo della frontiera marittima nella regione Puglia*, una norma adottata quando la riserva di legge rinforzata di cui all'art. 10, co. 2 Cost. non era ancora stata soddisfatta e durante la prima crisi migratoria che l'Italia ha vissuto nella sua storia, quella dell'esodo lungo le coste pugliesi dei cittadini stranieri all'epoca della fine del regime comunista albanese. La legge richiamata<sup>899</sup> aiuta tuttavia poco a sciogliere i dubbi sulla natura "aperta" o "chiusa" dei punti di crisi, poiché a sua volta si limitava all'autorizzazione dell'allestimento di centri di prima assistenza ma senza chiarirne la natura o le modalità secondo le quali avrebbero dovuto essere compiute le operazioni all'interno. La sua denominazione riflette poi la limitazione geografica dichiarata della sua applicazione, appunto la regione Puglia<sup>900</sup>. Si tratta di una normativa *ad hoc*, adottata sull'onta di una crisi migratoria specifica e lontana non solo nel tempo da un punto di vista cronologico-quantitativo, ma anche dalla consapevolezza, dalla maturità e dalla raffinatezza giuridica che a partire da quegli

---

<sup>898</sup> «Lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi allestiti nell'ambito delle strutture di cui al decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e delle strutture di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142».

<sup>899</sup> La c.d. legge Puglia è composta da soli quattro articoli, molto scarni nella loro formulazione. Il primo si preoccupa di fornire la marina militare delle funzioni ed indennità necessaria al pattugliamento della costa pugliese; il secondo dell'allestimento dei centri per soccorrere ed identificare i migranti, ma solo in relazione alle esigenze di spesa pubblica; il terzo è ulteriormente dedicato alla copertura delle spese di bilancio; il quarto all'entrata in vigore del decreto. Si tratta prevalentemente di una legge di spesa.

<sup>900</sup> La disposizione è infatti indirizzata ai Prefetti delle province della regione Puglia, autorizzati ad avvalersi di contingenti di personale militare.

anni si andò sviluppando intorno al diritto degli stranieri, un articolato insomma pensato in un momento ancora metaforicamente acerbo della riflessione dommatica e assiologica dei diritti del non cittadino.

La “legge Puglia” non individuava inoltre la durata massima entro le quali le operazioni avrebbero dovuto svolgersi nei centri così allestiti, né se per il tempo necessario allo svolgimento delle operazioni di soccorso e identificazioni ai migranti fosse limitato il godimento della libertà personale.

Né fornisce un supporto chiarificatore il richiamo all’art. 9 del d.lgs. 142/2015, poiché anch’esso a sua volta rinvia al d.l. 451/95, limitandosi ad individuare la denominazione Centri di prima accoglienza, ma ancora una volta senza ulteriori chiarimenti sui tempi e le modalità del trattenimento/accoglienza.

Non vi è chi non abbia messo in rilievo la “malafede” del legislatore nel 2015, che adottò il d.lgs. 142 del 18 agosto 2015 quando si era già nel mezzo della crisi migratoria cui si sono inseriti gli odierni punti di crisi, dunque quando UE e Italia avevano già iniziato a discutere – beninteso tramite i ricordati atti atipici e circolari amministrative – di *hotspot approach*<sup>901</sup>. Si deve ricordare (come si è visto al Cap. terzo, par. 5.3) che l’obiettivo principale del d.lgs. 142 è stato quello di realizzare una gestione ordinaria e tipica dell’organizzazione delle diverse misure di accoglienza delineate dal decreto, in cui quelle di gestione straordinarie sono state concepite come eccezione alla regola.

A margine di questo inizio di analisi della prima parte dell’art. 10 *ter* non può non condividersi l’opinione di chi ha parlato di una normazione solo apparente: «la decisione di regolamentare con fonti primarie i cd. *hotspot* si risolve in un rinvio a disposizioni che non dicono nulla, e lasciano ancora una volta alla totale discrezionalità dell’autorità di polizia la concreta gestione di fasi procedurali dense di diritti fondamentali, come la prima identificazione e l’informazione sulle procedure di protezione internazionale»<sup>902</sup>.

Vi è un altro *topos* tipico del diritto dell’immigrazione che merita di esser richiamato a questo punto della trattazione e che pure ha inciso sulla formulazione finale del testo legislativo. Il tema dell’emergenza declinato nell’(ab)uso della decretazione d’urgenza e della problematica prassi dell’abbinamento tra maxi emendamento e

---

<sup>901</sup> Questo dato è messo in rilievo da I. GJERGJI, *Migranti: ‘hotspot’, questi sconosciuti che da oggi sono operativi. Forse*, in *Il fatto quotidiano blog*, 30 settembre 2015, la quale ha individuato nella formulazione dell’art. 8 del d. lgs. 142/15, che ha introdotto definitivamente la divisione tra prima e seconda accoglienza nell’ordinamento italiano (per prima accoglienza deve intendersi l’insieme delle attività volte a soccorrere e garantire la prima assistenza ai migranti), l’intenzione di dare una copertura giuridica *silente*, cioè non a chiare lettere dei nascenti punti di crisi, da allestire e gestire nel solco delle vecchie regole della cosiddetta “legge Puglia”.

<sup>902</sup> L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2020, pp. 278 ss. (spec. p. 282). Dello stesso avviso C. LEONE, *La disciplina degli hotspot del nuovo art. 10 ter del d.lgs. 286/98: un’occasione mancata*, in *Dir., Imm. e Citt.*, p. 4, la quale sottolinea come l’ambizione della norma di presentarsi innovativa è poi tradita dal contenuto fatto di rinvii e di mancata tutela del migrante all’interno dei punti di crisi.

questione di fiducia in sede di conversione del decreto in legge, già toccato in precedenza nel presente lavoro. Per verificarne le storture, è interessante guardare più da vicino le vicende della conversione in legge del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13 e i tentativi di apportare delle modifiche migliorative, o comunque nella direzione richiesta da studiosi e operatori del diritto, alla normativa *in itinere*.

Nel corso dei lavori in Commissione (I e II riunite) alla Camera del 5 aprile 2017<sup>903</sup> sono state presentate diverse proposte emendative dell'art. 17; tra quelle più interessanti vi era quella di sostituire il testo con una diversa formulazione che così si componesse (i primi tre commi sono indicati sinteticamente): al comma 1 si trattava del miglioramento da un punto di vista qualitativo e quantitativo dell'informazione da fornire ai cittadini stranieri, dopo esser stati soccorsi ed esser messi nelle condizioni di ricevere le stesse in maniera consapevole, tenendo in debita considerazione la distanza linguistica e culturale, con il ricorso alla figura del mediatore culturale; al comma 2 era indicato tra i motivi di nullità della decisione di espulsione o respingimento la carenza di informazioni adeguatamente rese al migrante; del comma 3 era oggetto lo svolgimento delle operazioni di identificazione nei modi, limiti ed ipotesi stabilite dalla legge, nonché dal Regolamento n. 603/2013. Le proposte di maggior pregio erano comunque quelle indicate al comma 4, nel quale si teneva conto di due esigenze diverse, ma complementari: quella dell'accesso dei richiedenti asilo ai punti di transito e valichi di frontiera, in tal modo garantendo il rispetto del principio di *non refoulement*, del divieto di respingimenti collettivi alla frontiera e dell'accesso al diritto d'asilo e alla protezione internazionale e quella della tutela dei diritti tramite l'ingresso nei medesimi centri anche alle organizzazioni e alle persone che monitorano all'interno delle strutture di accoglienza - chiarendo in definitiva che gli *hotspots* dovrebbero assumere la veste di centri *aperti* - il rispetto del diritto all'informazione e uno *standard* adeguato dei diritti fondamentali, a presidio quindi della democraticità interna. Infine vi erano misure indicate al comma 5, ove testualmente si era avuto cura di evitare la riproduzione all'interno dei *punti di crisi* delle criticità dei centri di accoglienza introdotti dal d.l. 451/1995.

Diverse furono le proposte che miravano a evitare la duplicazione dei centri per le prime operazioni di identificazione e soccorso dei migranti, da continuare a svolgersi nei CPSA, utilizzando la parola *accoglienza* in luogo di quella *trattenimento*. Si chiedeva di definire il limite massimo di durata delle operazioni di identificazione e raccolta delle impronte digitali in ventiquattro ore, attività da svolgersi sulla terraferma, in appositi centri o nei locali della Questura, a seguito di un'adeguata informativa ai cittadini stranieri sulle misure previste nel TUI a tutela delle vittime di reato, di violenze e di sfruttamento, anche lavorativo e sessuale; si aveva attenzione alla facoltà di presentare domanda di protezione internazionale e della relativa procedura; si disciplinavano gli effetti della mancata presentazione della domanda di protezione internazionale e la facoltà dell'interessato di presentare la domanda in

---

<sup>903</sup> Per una visione degli emendamenti presentati al testo del decreto all'art. 17 (pp. 80 ss. del documento), si rinvia all'url:

<https://www.camera.it/leg17/824?tipo=A&anno=2017&mese=04&giorno=05&view=&commissione=0102#data.20170405.com0102.allegati.all00010>

qualsiasi momento successivo; si illustravano le successive procedure concernenti i rilievi fotodattiloscopici e l'identificazione.

Il finale, già annunciato, non ha tenuto conto delle proposte migliorative e dei nodi problematici che erano stati individuati nei lavori delle Commissioni. La disposizione definitiva di conseguenza non ha subito variazioni significative rispetto all'atto governativo avente forza di legge, nonostante una dialettica Governo/Parlamento fosse stata avviata, con spunti interessanti e significativi.

Tra laconicità e rinvii a incastro nel testo attualmente vigente tante sono le disposizioni costituzionali vulnerate<sup>904</sup>: la riserva di legge di cui all'art. 10, co. 2; quella di cui all'art. 10, co. 3 e l'effettività del diritto di asilo; la riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13; quella sul buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97, co. 2; infine l'art. 117, co. 1, con riferimento alla violazione dell'art. 5 della Cedu.

Nei successivi due paragrafi la trattazione si concentrerà sulla violazione del diritto di asilo, in ordine all'attività di pre-identificazione e di compilazione del foglio notizie e appunto alla violazione degli artt. 13 Cost. e 5 della Cedu, con riferimento alle modalità di identificazione e raccolta delle impronte digitali.

### **10.1 La pre-identificazione e il diritto a essere informati.**

Il pericolo latente nell'operazione di “*triage* umanitario” tra richiedenti asilo e migranti economici è quello che il *favor* dell'efficienza sacrifichi l'efficacia dell'operazione medesima. L'assenza di una normativa di riferimento non si è riverberata solamente sulla natura giuridica dei nuovi centri, ma anche sulle attività compiute al loro interno. La pre-identificazione segna un momento cruciale per il migrante, poiché dalla compilazione del foglio notizie si determina la sua qualificazione giuridica e l'immediato futuro trasferimento in un centro di accoglienza o in un centro per il rimpatrio. La prassi invertevasi nei primi mesi del 2015 si è caratterizzata per una procedura sommaria, al punto che si è reso necessario il richiamo ministeriale con la circolare del 29 dicembre 2015, nr. 41807, in seguito alle numerose denunce giunte dalle organizzazioni internazionali e associazioni nazionali sulle concrete modalità operative dello svolgimento delle interviste per la compilazione del foglio-notizie, che hanno determinato il mancato accesso alla procedura di asilo. Da esse emergeva che le interviste avvenivano contestualmente allo sbarco e senza idonei strumenti di divulgazione delle informazioni necessarie sulla normativa vigente e il diritto a poter richiedere la protezione internazionale. Appare istruttivo riportare pochi stralci dei due rapporti che hanno scoperchiato il vaso di pandora:

«Lo *screening* ha luogo subito dopo l'arrivo delle persone nell'*hotspot*, di giorno come di notte, oppure nel porto stesso se gli sbarchi non avvengono in prossimità di un *hotspot*, anche a solo pochi minuti dallo sbarco»<sup>905</sup>.

---

<sup>904</sup> Così M. BENVENUTI, *Op. cit.*, p. 23.

<sup>905</sup> Amnesty International, *Hotspot Italia*, cit. p. 35.

«Viene poi chiesto il motivo dell'arrivo in Italia e vi sono una serie di risposte da selezionare: venuto in Italia per lavoro; per raggiungere i familiari; per fuggire alla povertà; per asilo; e infine l'opzione "altro". (...) Questo passaggio fondamentale (...) si svolge dunque quando i profughi, soccorsi in mare e appena sbarcati, sono spesso evidentemente ancora sotto *shock* a causa di un viaggio lungo e rischioso. Non si tratta poi di un colloquio vero e proprio, ma della semplice compilazione di un questionario che risulta formulato in maniera estremamente stringata e poco comprensibile. Non tutti gli stranieri, infatti, sono in grado di comprendere quanto viene richiesto, poiché le zone di provenienza sono diverse e l'accesso alle quattro lingue tradotte dai mediatori non è scontato. Inoltre, la presenza di persone analfabete o poco alfabetizzate è evidentemente molto alta»<sup>906</sup>.

Sono due gli aspetti che apparivano marginali agli agenti nei punti di crisi: la vulnerabilità dei soggetti e il mancato assolvimento del dovere di informazione, contestualmente alla mancata comprensione linguistica. Ne è risultato un numero consistente di provvedimenti di respingimento differito alla frontiera<sup>907</sup> ai sensi dell'art. 10, co. 2 TUI, emessi senza l'adeguata valutazione delle posizioni individuali<sup>908</sup> e spesso con una valutazione aprioristica, in considerazione della sola nazionalità del migrante.

Di questi aspetti ci si sarebbe dunque aspettato che si sarebbe fatto carico il legislatore. Nella novella legislativa non si rinvencono tuttavia utili riferimenti, ad eccezione della debole affermazione che nei punti di crisi «è assicurata l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito». La mancata previsione nell'art. 10 *ter* di una normativa specifica sulle garanzie che devono accompagnare l'attività di pre-identificazione lascia insoluta la modalità con cui deve essere assicurata l'effettività del diritto di asilo al cittadino straniero che ha appena fatto ingresso nel territorio italiano.

Quest'esigenza può esser meglio compresa riepilogando il quadro normativo in cui si inserisce il diritto dei migranti a ricevere idonea informazione sui loro diritti. Il dato di partenza non può che essere l'art. 2, co. 1 TUI che vale per il piano più generale, ossia per tutti i migranti presenti alla frontiera, per il richiedente protezione internazionale poi la tutela diventa più specifica per mezzo della direttiva 2013/32/UE e del d.lgs. 142/2015.

---

<sup>906</sup> Commissione straordinaria Senato, *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, cit. p. 18.

<sup>907</sup> Sul punto F. VASSALLO PALEOLOGO, *Respingimenti differiti e trattenimento illegittimo di tunisini a Lampedusa*, in *A-dif*, 29 ottobre 2017.

<sup>908</sup> Sul punto C. LEONE, *Op. cit.*, p. 14. L'A. ricorda in proposito il doveroso intervento del Capo del dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione presso il Ministero dell'interno, che con circolare 168 dell'8 gennaio 2016 ha ricordato agli operatori che la contrarietà della prassi denunciata con la ratio dell'art. 10, co. 3 Cost., che impone la valutazione individuale della condizione dello straniero che richiede asilo.

Anzitutto l'art. 2, co. 1, lett. b della direttiva 32 chiarisce che cosa debba intendersi per «domanda di protezione internazionale»: una specificazione che potrebbe dirsi superflua, ma tale non è che, poiché è utile definire anche in che modo la domanda possa esprimersi. A tal proposito, viene chiarito che è sufficiente l'intenzione<sup>909</sup> di ottenere lo *status* di rifugiato, che dunque non deve manifestarsi in una forma particolare, l'elemento determinante essendo l'espressione del timore di quanto potrebbe accadere in caso di rimpatrio.

La medesima direttiva sancisce un vero e proprio obbligo di informazione ai valichi di frontiera in capo agli Stati membri all'art. 8, p. 1. Nell'ordinamento italiano tale obbligo, inizialmente previsto dall'art. 10, co. 1<sup>910</sup> del d.lgs. 25/2008, poi via via arricchito con l'art. 10 *bis*, co. 1<sup>911</sup> del medesimo decreto e con l'art. 6, co. 4<sup>912</sup> del d.lgs. 142/2015, grava sulla P.A.

Una nutrita giurisprudenza ha enunciato al riguardo il seguente principio di diritto: «Qualora vi siano indicazioni che cittadini stranieri o apolidi, presenti ai valichi di frontiera in ingresso nel territorio nazionale, desiderino presentare una domanda di protezione internazionale, le autorità competenti hanno il dovere di fornire loro informazioni sulla possibilità di farlo, garantendo altresì servizi di interpretariato nella misura necessaria per agevolare l'accesso alla procedura di asilo, a pena di nullità dei conseguenti decreti di respingimento e trattenimento»<sup>913</sup>. Va precisato che la pronuncia da cui è tratto questo periodo è anteriore al d.lgs. 142/2015, di

---

<sup>909</sup> In tal senso si veda il *Manuale pratico per le guardie di frontiera (Manuale Schengen) comune, ad uso delle autorità competenti degli Stati membri per lo svolgimento del controllo di frontiera sulle persone*. Quest'ultimo espressamente prevede al par. 10.1: «Un cittadino di un paese terzo deve essere considerato un richiedente asilo/protezione internazionale se esprime in un qualsiasi modo il timore di subire un grave danno facendo ritorno al proprio paese di origine o nel paese in cui aveva precedentemente la dimora abituale. L'intenzione di chiedere protezione non deve essere manifestata in una forma particolare. Non occorre che la parola 'asilo' sia pronunciata espressamente; l'elemento determinante è l'espressione del timore di quanto potrebbe accadere in caso di ritorno. In caso di incertezza sul fatto che una determinata dichiarazione possa essere intesa come l'intenzione di chiedere asilo o un'altra forma di protezione internazionale, le guardie di frontiera devono consultare le autorità nazionali a cui spetta esaminare le domande di protezione internazionale».

<sup>910</sup> 1. All'atto della presentazione della domanda l'ufficio di polizia competente a riceverla informa il richiedente della procedura da seguire, dei suoi diritti e doveri durante il procedimento e dei tempi e mezzi a sua disposizione per corredare la domanda degli elementi utili all'esame; a tale fine consegna al richiedente l'opuscolo informativo.

<sup>911</sup> 1. Le informazioni di cui all'articolo 10, comma 1, sono fornite allo straniero che manifesta la volontà di chiedere protezione internazionale ai valichi di frontiera e nelle relative zone di transito nell'ambito dei servizi di accoglienza.

<sup>912</sup> Lo straniero trattenuto nei centri di cui all'articolo 14 TUI, riceve, a cura del gestore, le informazioni sulla possibilità di richiedere protezione internazionale. Al richiedente trattenuto nei medesimi centri sono fornite le informazioni di cui all'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, con la consegna dell'opuscolo informativo previsto dal medesimo articolo 10.

<sup>913</sup> Corte di Cass., Sezione IV Civile, Ordinanza del 25 marzo 2015, n. 5926.

attuazione della direttiva 2013/32/UE, pertanto il dovere di informazione veniva all'epoca ricavato dall'interpretazione conforme alla normativa dell'UE.

L'ordinanza ha ribadito anche un altro aspetto che merita di esser sottolineato e cioè che l'attività di pre-identificazione non è idonea a determinare l'attribuzione in capo all'individuo di uno *status* giuridico definitivo e che comunque non si può precludere l'esercizio di richiedere asilo anche dopo che sia terminata tale attività. Scrivono infatti i giudici della Cassazione: «Non esiste alcuna norma che permette la “classificazione” e la “selezione” dei cittadini stranieri da parte delle autorità di polizia e senza alcuna garanzia, al momento dell'arrivo».

Successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. 142, la giurisprudenza<sup>914</sup> ha continuato a sottolineare la cogenza dell'obbligo *de quo*. Facendo derivare dal suo corretto adempimento non solo il diritto a presentare la domanda di protezione internazionale, ma anche quello all'accoglienza<sup>915</sup>, come previsto dall'art. 1, co. 2 del d.lgs. 142: «Le misure di accoglienza di cui al presente decreto si applicano dal momento della manifestazione della volontà di chiedere la protezione internazionale».

Entro questa lettura e ricostruzione ermeneutica è valorizzata altresì l'idea che l'accoglienza non costituisca solo un luogo fisico di ricovero, ma un insieme di diritti in cui è compreso quello all'informazione<sup>916</sup>.

*Ca va sans dire* che il diritto all'informazione potrà considerarsi effettivamente propedeutico al diritto alla protezione internazionale e all'accoglienza solo ove si tenga ferma l'esigenza che il contenuto delle informazioni sia comprensibile al migrante giunto alla frontiera, riservando pari cura e tutela anche alla componente linguistica e culturale<sup>917</sup>.

## 10.2 Rilevamento delle impronte digitali: coazione e libertà personale.

---

<sup>914</sup> Corte di Cass., Sezione IV Civile, Ordinanza del 3 maggio 2017, n. 10743 e Ordinanza del 10 maggio 2017, n. 11468.

<sup>915</sup> Si legge al punto n. 4 di entrambe le sentenze che: «Il dovere delle autorità nazionali di fornire informazioni ai cittadini stranieri ed agli apolidi in ingresso nel territorio nazionale che desiderino presentare domanda per il riconoscimento della protezione internazionale (già riconosciuto da questa Corte, anteriormente al recepimento della Direttiva CE 26 giugno 2013 n. 32, in via interpretativa: Cass., ord. nn. 5926/015, 25767/016) è infatti attualmente sancito dagli artt. 1, 2°co., e 3 d. lgs. n. 145/015, di attuazione della predetta direttiva, (...). Ne consegue che il ricorrente, che aveva immediatamente manifestato la sua volontà di presentare la domanda, avrebbe dovuto ricevere le predette informazioni già al momento del suo sbarco ed avrebbe dovuto essere indirizzato presso un centro di accoglienza».

<sup>916</sup> In tal senso cfr. D. BELLUCCIO, *Richiedente asilo o persona straniera irregolare: se il confine è nel silenzio*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2017, p. 9 e G. SAVIO, *Il trattamento riservato ai migranti sbarcati sulle coste italiane: obbligo di identificazione e di informazione nell'approccio hotspot*, in *Asgi*, giugno 2018, p. 11

<sup>917</sup> P. BONETTI, *L'uso della lingua negli atti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri e nell'accesso al diritto di asilo*, in Id. (a cura di), *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 571-623.

*Casus belli* dell'introduzione dei punti di crisi è da rinvenire – come detto – nella schietta sfiducia verso i Paesi frontalieri circa le attività di identificazione, per contrastare l'accondiscendente atteggiamento di *laissez passer*<sup>918</sup> nei confronti dei migranti desiderosi di spostarsi verso altri Paesi membri.

All'uopo gli *hotspot* simboleggiano gli avamposti nei quali Italia e Grecia, assistiti dalle agenzie europee, sono diventati ligi al dovere di rilevamento delle impronte digitali dei migranti, così da consentirne la raccolta nel sistema Eurodac<sup>919</sup> e il pieno rispetto della regola individuata dall'art. 13 del Regolamento Dublino III, ossia che il migrante presenti la domanda di protezione internazionale e sia accolto nel Paese di primo ingresso. Eurodac è infatti «il primo *database* biometrico introdotto in Europa nel 2000 con lo scopo di determinare lo Stato competente all'esame della domanda di asilo»<sup>920</sup>, mediante il confronto delle impronte digitali. Questo strumento non a caso è stato richiamato espressamente dall'Agenda europea sulla migrazione del 2015, suggerendo altresì agli Stati membri l'opzione della detenzione per quei migranti che rifiutassero di farsi identificare<sup>921</sup>.

Il meccanismo di rilevamento forzoso delle impronte digitali si rivela tuttavia pernicioso, poiché la strada suggerita per l'identificazione della totalità dei migranti in ingresso è quella della detenzione e della coazione<sup>922</sup>. La prima si riferisce all'impossibilità di lasciare le strutture fintantoché non siano state svolte tutte le operazioni di identificazione, la seconda all'utilizzazione della forza fisica o psichica per superare la resistenza del migrante al rilevamento delle impronte. Entrambe le situazioni evidentemente incidono sulla libertà personale di individui che versano in un particolare ed estremo stato di vulnerabilità.

---

<sup>918</sup> M. BENVENUTI, *Op. cit.*, p. 27. L'A. spiega che da parte dei richiedenti protezione internazionale non è tanto la prospettiva di una maggiore o minore facilità nell'ottenimento del riconoscimento della protezione medesima a determinare la volontà di non fermarsi in Italia o in Grecia. Quanto il divieto movimenti secondari tra Paesi membri, che di fatto costringe gli stessi a risiedere per tutta la durata della procedura nel Paese di primo arrivo (in media cinque anni in Italia). E, come si è visto nel par. 8.1., anche dopo aver ottenuto la protezione la possibilità di trasferirsi in altri Paesi è molto limitata. Vi è dunque un vero e proprio desiderio di non rimanere intrappolati nel Paese di primo ingresso.

<sup>919</sup> Regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013. Il quale stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac e che modifica il regolamento (UE) n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

<sup>920</sup> V. FERRARIS, *Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2017, p. 1.

<sup>921</sup> Commission, SWD(2015) 150 final, 27 maggio 2015 *on Implementation of the Eurodac Regulation as regards the obligation to take fingerprints*, p. 3.

<sup>922</sup> *Ibidem*.

Verso questa direzione tuttavia non depongono né la normativa UE né quella interna, salvo che non vi si ricomprendano atti atipici privi di normatività<sup>923</sup>.

Quanto alla normativa UE. l'art. 9, p. 1 del regolamento Eurodac indica l'effetto utile che ogni Stato membro deve perseguire, ossia quello di procedere tempestivamente al rilevamento delle impronte digitali di ogni richiedente protezione internazionale di età non inferiore a quattordici anni, non appena possibile e in ogni caso entro settantadue ore dalla presentazione della domanda di protezione internazionale. Tuttavia non vi sono riferimenti all'uso della forza, né tantomeno al regime di privazione della libertà nelle settantadue ore entro cui le impronte dovrebbero essere rilevate.

Né tali riferimenti paiono rinvenirsi nella legislazione interna. Tra i riferimenti più prossimi si inserirebbe quello dell'art. 4, co. 1 del *Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza*, secondo il quale l'autorità di pubblica sicurezza ha facoltà di ordinare alle persone pericolose o sospette e a coloro che non sono in grado o si rifiutano di provare la loro identità di sottoporsi ai rilievi segnaletici. La dottrina ha tuttavia evidenziato che da tale ordine non discende anche il ricorso alla forza, secondo il noto principio «il diritto, quando comanda non costringe, quando costringe non comanda»<sup>924</sup>.

Su tale disposizione si segnala l'importante intervento della Corte Costituzionale<sup>925</sup>, che ha dichiarato illegittima quella parte dell'articolo che consentiva il ricorso alle ispezioni personali per la raccolta dei rilievi segnaletici. La Consulta non ha nascosto la sua difficoltà di fronte alle disposizioni del TULPS che come noto sono antecedenti alla Carta Costituzionale ma si è fatta salva la restante parte della disposizione, chiarendo che non sempre la raccolta dei rilievi coinvolge la sfera della libertà personale: «la garanzia dell'*habeas corpus* non deve essere intesa soltanto in rapporto alla coercizione fisica della persona, ma anche alla menomazione della libertà morale quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere». Nella sua ricostruzione ermeneutica, la Corte chiarisce di non potere offrire una risposta assoluta e definitiva, a causa dell'esistenza di diversi tipi di raccolta di rilievi segnaletici e della loro possibile evoluzione con gli avanzamenti della tecnica. Quanto ai rilievi dattiloscopici che si classificano come

---

<sup>923</sup> *Ibidem*. In riferimento al piano domestico con circolare n. 27978, 23 settembre 2014 il Ministero dell'Interno si fa riferimento alla distribuzione di un volantino plurilingue che svolge sia il ruolo di "informativa" sulla finalità della raccolta delle impronte e sull'utilizzo della forza in caso di rifiuto opposto all'identificazione. Nelle *Standard Operating Procedures* al punto B.7.2.c. alla voce rifiuto fotosegnalamento si legge: «Fino all'adozione di nuova normativa da parte del Governo italiano, si applicano la Circolare del Ministero dell'Interno N. 400/A//2014/1.308 del 25.09.2014 e del 25.09.2014 e le relative disposizioni sulle attività di foto segnalamento tenendo conto che a tal fine, ove si renda necessario, è doveroso un uso della forza proporzionato a vincere l'azione di contrasto, nel pieno rispetto dell'integrità fisica e della dignità della persona».

<sup>924</sup> M. BENVENUTI, *Op. cit.*, p. 31, che ricorda come ordinare non vuol dire ottenere. La citazione richiamata dall'A. è a C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Padova, Cedam, 1932, p. 61.

<sup>925</sup> Sentenza 27 marzo 1962, n. 30.

esteriori, «non importano menomazione della libertà personale, anche se essi possano talvolta richiedere una momentanea immobilizzazione della persona per descriverne o fotografarne o misurarne gli aspetti nelle parti normalmente esposte all'altrui vista o richiedere una momentanea costrizione tendente alla fissazione delle impronte digitali». Questo tipo di rilievi, pur avendo per oggetto la persona, riguardano in sostanza il suo aspetto esteriore, pertanto ogni altro aspetto della sua sfera di libertà resta integro durante lo svolgimento dell'operazione. La Corte infine ribadisce che la soluzione adottata non è da considerarsi definitiva, poiché tale assetto spetta unicamente al legislatore «il quale, avendo di mira, nel rispetto della Costituzione, la tutela della libertà dei singoli e la tutela della sicurezza dei singoli e della collettività, potrà formulare un precetto chiaro e completo che indichi, da una parte, i poteri che, in materia di rilievi segnaletici, gli organi della polizia di sicurezza possano esercitare perché al di fuori dell'applicazione dell'art. 13 della Costituzione e, dall'altra, i casi ed i modi nei quali i rilievi segnaletici, che importino ispezione personale, ai sensi dello stesso articolo, possano essere compiuti a norma del secondo e del terzo comma del medesimo art. 13».

Più controversa<sup>926</sup> è l'applicabilità dell'art. 349, co. 2 *bis* c.p.p., per il quale non è utile in questo spazio ricostruirne l'analisi sul piano processuale penale, non risolutiva ai fini del nostro quesito. Qui si vuole solo evidenziare che, pur ammettendo l'equiparazione tra l'operazione di identificazione compiuta dagli agenti degli *hotspot* con l'attività svolta dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari (co. 1) e che tra i prelievi cui si può procedere coattivamente rientri la raccolta delle impronte digitali e il fotosegnalamento (co. 2 *bis*). La disposizione codicistica non consente *sic et simpliciter* il prelievo coattivo, ma è necessaria altresì la previa autorizzazione scritta oppure orale, confermata per iscritto, del pubblico ministero. «In sostanza, in conformità al *dictum* costituzionale, vi è una duplice riserva: di legge e di giurisdizione»<sup>927</sup> che evidentemente non si verifica nei punti di crisi.

È inoltre significativo che non siano stati solo gli operatori sostenitori della protezione dei diritti umani e gli studiosi a richiedere maggiore chiarezza sulle modalità con cui svolgere il rilevamento delle impronte digitali, ma perfino il sindacato di polizia<sup>928</sup>, poiché il vuoto legislativo depone a sfavore anche degli agenti medesimi, esposti a pregiudizievoli conseguenze giurisdizionali.

L'art. 10 *ter* non prende posizioni chiarificatrici in merito, limitandosi a registrare nel comma 2 la normativa sovranazionale già pienamente operativa, ossia che «Le

---

<sup>926</sup> Non ne ammette l'applicabilità per i migranti negli *hotspot* A. MANGIARACINA, *Hotspot e diritti umani: un binomio possibile*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2016, p. 7. Dello stesso avviso anche M. BENVENUTI, *Op. cit.*, p. 32. Un tentativo di ricondurre il trattenimento ai fini indettificativi alla legislazione vigente in materia penalistica e processual penalistica è compiuto dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impiegate presso la Camera dei deputati, *Relazione sul sistema di identificazione e di prima accoglienza nell'ambito dei centri «hotspot»*, 26 ottobre 2016, pp. 37 ss.

<sup>927</sup> A. MANGIARACINA, *Op. cit.*, p. 7.

<sup>928</sup> UGL, *Uso della forza nelle operazioni di foto-segnalamento e nella rilevazione delle impronte digitali di stranieri e cittadini italiani*, *Lettera aperta al capo della polizia*, 10 febbraio 2016.

operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico sono eseguite, in adempimento degli obblighi di cui agli articoli 9 e 14 del regolamento UE n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, anche nei confronti degli stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale».

Non vi è infine alcuna menzione su quali garanzie dovranno esser rispettate nel corso del prelievo coattivo (si pensi *in primis* allo svolgimento di un adeguato onere informativo, nonché sulle valutazioni di necessità e proporzionalità sull'utilizzo della forza), non è chiarito se nelle more della procedura di identificazione il migrante sarà o meno libero di uscire dalla struttura, di conseguenza non vi è riferimento alcuno al termine massimo entro il quale egli potrebbe esser trattenuto per consentire lo svolgimento delle operazioni di identificazione.

L'incertezza normativa coinvolge vari aspetti, che in definitiva incidono sul diritto di asilo, sull'accoglienza e sulla libertà personale.

«Senza una loro chiara definizione normativa e considerate l'estrema varietà di attività che si svolgono al loro interno e l'eterogeneità di vocazioni e compiti dei vari attori, gli *hotspot* rischiano di generare zone d'ombra divenendo di volta in volta strutture aperte o chiuse a seconda delle esigenze dell'Autorità di pubblica sicurezza e delle procedure messe in atto»<sup>929</sup>.

A margine delle riflessioni fin qui svolte sui punti di crisi le previsioni introdotte con l'art. 10 *ter* TUI denotano un'invariata criticabilità, non tanto per le opzioni prescelte, che appartengono alla discrezionalità irrinunciabile del legislatore, quanto per l'assenza di innovazioni tangibili. L'intervento del legislatore pare così ricalcare l'eterna lezione pronunciata da Tancredi nel famoso romanzo di Giuseppe Tomasi di Lampedusa: «Se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi».

## **11. Le nuove ipotesi di detenzione amministrativa del richiedente asilo dentro e fuori gli *hotspot*.**

L'unico intervento innovativo dell'art. 10 *ter* TUI è quello contenuto nel suo comma 3<sup>930</sup>, relativo ad una nuova ipotesi di detenzione amministrativa nei Centri per il

---

<sup>929</sup> Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento*, 2018, p. 232.

<sup>930</sup> «Il rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi di cui ai commi 1 e 2 configura rischio di fuga ai fini del trattenimento nei centri di cui all'articolo 14. Il trattenimento è disposto caso per caso, con provvedimento del questore, e conserva la sua efficacia per una durata massima di trenta giorni dalla sua adozione, salvo che non cessino prima le esigenze per le quali è stato disposto. Si applicano le disposizioni di cui al medesimo articolo 14, commi 2, 3 e 4. Se il trattenimento è disposto nei confronti di un richiedente protezione internazionale, come definita dall'articolo 2, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, è competente alla convalida il Tribunale sede della sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea».

rimpatrio, dello straniero che rifiuti reiteratamente di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici di cui abbiamo parlato nei due paragrafi precedenti.

Il trattenimento amministrativo dei richiedenti asilo – come visto nel capitolo terzo – non è una novità per l'ordinamento italiano. Gli studiosi<sup>931</sup> più attenti ne hanno rintracciato i prodromi nella l. 39/1990 (c.d. Martelli), che ha sussunto la disciplina sul riconoscimento dello *status* di rifugiato nelle scelte politiche dell'immigrazione extracomunitaria e nella sua logica repressiva. Così, già molto prima che tale opzione fosse sublimata nella l. 189/2002, la figura dell'asilante è stata appiattita su quella dello straniero irregolare, senza riconoscerne le specificità sostanziali e procedurali che «la potenza deflagrante dell'invocazione “*asilo!*”»<sup>932</sup> postulerebbe.

In quell'*humus* di scetticismo politico-legislativo fu introdotto il controverso istituto del trattenimento amministrativo del richiedente asilo con l'art. 32<sup>933</sup> della l. n. 189/2002, che introduceva l'art. 1 *bis*<sup>934</sup> alla l. 39/1990.

---

<sup>931</sup> C.F. FERRAJOLI, *Un rifugio senza libertà. Il trattenimento del richiedente asilo nei centri di identificazione* in *Politica del diritto*, fasc. 2/2007, pp. 175-206 (spec. p. 175).

<sup>932</sup> M. VEGLIO, *La restrizione amministrativa della libertà personale del richiedente asilo, prima, durante e dopo il processo di protezione*, in *Questione giustizia*, fasc. 2/2018, p. 169.

<sup>933</sup> Si rinvia per commenti più esaustivi a B. NASCIBENE, *Nuove norme in materia di immigrazione. La legge Bossi - Fini: perplessità e critiche*, cit., che sottolinea come la nuova forma di trattenimento all'interno di una nuova tipologia di struttura del trattenimento, i “CID”, è tutta incentrata sul richiedente asilo espellendo (per il quale il trattenimento era ed è comunque già previsto all'art. 14 del d.lgs. 286/98) a discapito dell'intera materia, la norma introduce una procedura semplificata, con la presunzione di strumentalità della domanda per lo straniero in via di espulsione. L'imputazione principale mossa alla legge è di aver duplicato un'ipotesi di trattenimento già prevista ma con meno diritti, tra i quali, la mancata previsione di un termine massimo del trattenimento. Sullo stesso tema I, GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una “terra di nessuno” tra ordine giuridico e fatto politico*, cit., che aggiunge ai dubbi profili di legittimità costituzionale la perplessità su una normativa che si inserisce appieno nel diritto di polizia tipicamente applicato agli stranieri: «Le modifiche apportate dalla legge n. 189/2002 al testo unico sull'immigrazione dimostrano, in via generale, che la disciplina giuridica dello straniero continua a soffrire del suo “peccato originale”, e cioè del suo inquadramento nell'ambito del *diritto di polizia* e, di conseguenza, della sua totale sottomissione alla discrezionalità dell'amministrazione» (*ivi*, p. 25). Infine, si rinvia a C.F. FERRAJOLI, *Op. cit.*, *passim*.

<sup>934</sup> La norma introdusse due ipotesi di trattenimento per i richiedenti asilo, quello facoltativo: 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. Il trattenimento è poi obbligatorio per il richiedente asilo che sia stato fermato per avere eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera o subito dopo, o, comunque, in condizioni di soggiorno irregolare; a seguito della presentazione di una domanda di asilo da parte di uno straniero già destinatario di un provvedimento di espulsione o respingimento. In quest'ultimo caso il trattenimento si realizza nei CPT. Nei casi in cui è previsto il trattenimento obbligatorio all'art. 1 ter è introdotta una procedura semplificata

La matrice ideologica era chiaramente ispirata all'idea che dietro ogni richiedente asilo si nascondesse un migrante irregolare, che pretestuosamente presentava domanda d'asilo. La presunta infondatezza della domanda era dunque motivo legittimante dell'introduzione di procedure accelerate<sup>935</sup>, per verificare quanto prima la "presunzione", mentre il trattenimento fu introdotto con la finalità di rendere agevole e immediato il rimpatrio qualora la "presunzione" fosse stata verificata corrispondente al vero. «Il legame strutturale posto dalla Bossi-Fini tra il trattenimento obbligatorio e la procedura semplificata mostra come la legge in questione faccia prevalere le ragioni di "ordine pubblico" sulla libertà personale garantita dall'art. 13 della Costituzione»<sup>936</sup>.

Tra le critiche<sup>937</sup> che sembra utile qui riportare alla memoria verso la risalente normativa, per l'analisi delle due novelle legislative che presto si analizzeranno, rientrano quella relativa ad una eccessiva ampiezza e generalità dei presupposti che consentivano o imponevano il trattenimento; la mancata previsione di un termine massimo del trattenimento, che nel caso di facoltatività era il «tempo strettamente necessario agli accertamenti», per quello obbligatorio tutta la durata della procedura; infine la mancata previsione della convalida giurisdizionale per i richiedenti asilo trattenuti nei *centri di identificazione*, realizzando così un trattamento peggiore rispetto alle altre ipotesi di trattenimento dei richiedenti asilo, e più in generale dei migranti, nei centri pre-espulsivi.

Oltre allo scenario nazionale è d'obbligo guardare a quello sovranazionale, poiché anche nelle direttive europee alla generale previsione<sup>938</sup> che riconosce ai richiedenti protezione internazionale di poter liberamente circolare nel territorio dello Stato ospitante e di non poter essere trattenuti per il solo fatto di essere richiedenti<sup>939</sup>, vi sono significative eccezioni alla regola generale.

Sono state introdotte ipotesi tassative<sup>940</sup> che possono legittimare il trattenimento del richiedente asilo, salvo poi rimettere agli Stati la possibilità di specificare i motivi del

---

per la valutazione della richiesta, da definirsi entro venti giorni dalla presentazione della domanda d'asilo.

<sup>935</sup> In tema si veda D. CONSOLI, G. SCHIAVONE, *Analisi della procedura semplificata, della procedura ordinaria e delle collegate misure di trattenimento dei richiedenti asilo*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2005, pp. 13 ss.

<sup>936</sup> C.F. FERRAJOLI, *Op. cit.*, p. 183.

<sup>937</sup> *Ibidem*.

<sup>938</sup> Art. 7, par. 1 Direttiva 2013/33/UE, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale. Per una lettura della direttiva e di come questa ha "impattato" sul diritto italiano si rinvia a A. DEL GUERCIO, *La detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nel diritto dell'UE e in quello italiano*, in G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa*, Napoli, University Press, 2014, pp. 59 ss.

<sup>939</sup> *Ivi*, art. 8, par. 1.

<sup>940</sup> Art. 8, par. 3: «Un richiedente può essere trattenuto soltanto: a) per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza; b) per determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento, in particolare se sussiste il rischio di fuga del richiedente; c) per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio; d) quando la persona è trattenuta nell'ambito di una procedura di rimpatrio ai sensi della direttiva 2008/115/CE

trattenimento. È confermata così la volontà di una legislazione minima dell'istituto. In ogni caso i criteri guida<sup>941</sup> che devono essere tenuti presenti sono quelli della necessità della misura, di una valutazione caso per caso e la sua natura residuale. Pertanto, gli Stati membri devono privilegiare laddove siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive.

Gli artt. 9 e 10 della medesima direttiva hanno poi introdotto specifiche garanzie per i richiedenti trattenuti, che – almeno per l'Italia – hanno contribuito a una «riversitazione della normativa vigente per razionalizzarla e raddrizzarne alcune storture»<sup>942</sup>.

In Italia la direttiva in commento è stata recepita dal d.lgs. 142/2015, che negli interstizi della normativa UE introduce non pochi dettagli rilevanti. Più precisamente, l'art. 6<sup>943</sup>, che individua i casi nei quali si potrà ricorrere all'istituto del trattenimento, lo fa introducendo enunciazioni generiche che si prestano a interpretazioni e applicazioni ampie, idonee a sovvertire il rapporto regola/eccezione, sì da vulnerare la portata del precetto per cui nessun richiedente può essere trattenuto per il solo fatto di aver presentato la domanda di protezione. «L'art. 6, d.lgs. 142/15 (...) è un groviglio inestricabile di specchi, rimandi, sovrapposizioni e sincopi, i cui mille strati di lettura suggeriscono altrettanti profili di potenziale illegittimità»<sup>944</sup>.

Per capire questa affermazione è necessario dare contezza dell'enunciato che all'art. 6, co. 2 individua quattro ipotesi: lett. a) il richiedente che rientri tra le ipotesi previste

---

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, al fine di preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento e lo Stato membro interessato può comprovare, in base a criteri obiettivi, tra cui il fatto che la persona in questione abbia già avuto l'opportunità di accedere alla procedura di asilo, che vi sono fondati motivi per ritenere che la persona abbia manifestato la volontà di presentare la domanda di protezione internazionale al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione della decisione di rimpatrio; e) quando lo impongono motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico; f) conformemente all'articolo 28 del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide. I motivi di trattenimento sono specificati nel diritto nazionale».

<sup>941</sup> Art. 8, par. 2.

<sup>942</sup> D. LOPRIENO, *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. n. 132 del 2018*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2019, p. 23. L'A. non si riferisce solo a quelle introdotte dalla l. 189/2002 ma anche quelle del d.lgs. 25/2008 (di attuazione della direttiva 2005/85/CE) e del d.lgs. 159/2008.

<sup>943</sup> Per un commento G. SAVIO, *La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3-4/2015, pp. 142 ss.

<sup>944</sup> M. VEGLIO, *Op. cit.*, p. 171. Concorda con questa lettura D. LOPRIENO, *Op. ult. cit.*, p. 25, l'A. è fortemente critica verso la formulazione dell'art. 6, che ha svuotato la portata tassativa del corrispettivo art. 8 della direttiva 33/2013 e ha reso quasi una clausola di stile la regola per cui nessun migrante può essere trattenuto per il solo fatto di aver presentato domanda di protezione internazionale.

dall'art. 1, par. f della Convenzione di Ginevra del 1951<sup>945</sup>; lett. b) il richiedente che si trovi nelle condizioni di cui all'art. 13, commi 1 e 2, lett. c, TUI e nei casi di cui all'art. 3, co. 1, del d.l. 144/2005; lett. c) il richiedente che costituisca un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, potendosi tener conto nella valutazione di eventuali condanne, anche con sentenza non definitiva, per i delitti di cui all'art. 380, commi 1 e 2, c.p.p.; lett. d) qualora sussista il pericolo di fuga, da valutarsi caso per caso. Sono stati altresì individuati i sintomi rilevatori del pericolo. Infine all'art. 6, co. 3, si prevede che il richiedente già trattenuto nel CPR e destinatario di un provvedimento di espulsione, rimarrà trattenuto quando vi siano fondati motivi per ritenere che la domanda sia stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire il rimpatrio. È utile aggiungere che la c.d. continuazione del trattenimento è stata estesa dal d.l. 13/2017 anche ai destinatari del provvedimento di respingimento<sup>946</sup> di cui all'art. 10 TUI.

La normativa non introduce la possibilità che la detenzione si realizzi in apposite e distinte strutture rispetto a quelle destinate alla pre-espulsione, ma si limita ad accennare che «ove possibile» il trattenimento si realizzerà in appositi spazi dei centri di cui all'art. 14 TUI<sup>947</sup>.

L'aspetto tuttavia più controverso è quello che prevede una durata massima del trattenimento (dodici mesi)<sup>948</sup> del richiedente asilo maggiore rispetto a quello previsto per il migrante in attesa di rimpatrio (novanta giorni prorogabili per ulteriori trenta giorni)<sup>949</sup>. Inoltre, non si tratta di considerare solamente una durata più lunga, ma che quest'ultima non è accompagnata dalla previsione di criteri tassativi di proroga. Questa "leggerezza" potrebbe essere irrilevante, laddove sia rispettata la previsione della durata della procedura accelerata (di cui all'art. 28 *bis*, co. 2 d.lgs. 25/2008) di sette giorni. Tuttavia, in considerazione della variabilità di detti termini (determinata dai tempi lunghi dell'amministrazione e dall'assenza di perentorietà dei

---

<sup>945</sup> Ossia colui verso il quale vi sia fondato motivo di sospettare che abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità; un crimine grave di diritto comune fuori del paese ospitante prima di essere ammesso come rifugiato; atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite.

<sup>946</sup> È utile sottolineare l'inciso normativo perché come detto *supra* con i punti di crisi il numero dei provvedimenti di respingimento differito si è notevolmente ampliato.

<sup>947</sup> Più tutelanti per i richiedenti asilo sono le previsioni contenute nell'art. 10 della direttiva 2013/33/UE. La norma infatti richiede agli Stati membri di predisporre appositi centri per trattenimento dei richiedenti. Per lo Stato membro che non possa ospitare il richiedente in un apposito centro di trattenimento e sia obbligato a sistemarlo in un istituto penitenziario, deve provvedere affinché il richiedente trattenuto sia tenuto separato dai detenuti ordinari e siano applicate le condizioni di trattenimento previste dalla direttiva medesima. Si raccomanda agli Stati per quanto possibile, di sperare i richiedenti dai cittadini di paesi terzi che non hanno presentato domanda di protezione internazionale. Infine, quando i richiedenti non possono essere tenuti separati da altri cittadini di paesi terzi, lo Stato membro interessato dovrebbe provvedere affinché siano applicate le condizioni di trattenimento previste dalla direttiva.

<sup>948</sup> Art. 6, co. 8 d.lgs. 142/2015.

<sup>949</sup> Art. 14, co. 5 TUI.

medesimi), assieme alla durata della procedura d'asilo si dilatano considerevolmente anche i giorni e i mesi della privazione della libertà personale del richiedente.

Incide poi sulla durata del trattenimento anche il diverso recepimento dell'art. 9, par. 1, direttiva 33/2013, secondo il quale i ritardi nelle procedure amministrative non imputabili al richiedente non giustificano un prolungamento del trattenimento. All'art. 6, co. 6 del d.lgs. 142 è stata introdotta un'incidentale: «Eventuali ritardi nell'espletamento delle procedure amministrative preordinate all'esame della domanda, non imputabili al richiedente, non giustificano la proroga del trattenimento», del che l'amministrazione abusa, ricorrendo a espedienti come il ritardo nella valutazione dell'istanza o nella notifica della decisione<sup>950</sup>, che consentono le incriminate proroghe.

In questa «architettura complessa, complicata e problematica»<sup>951</sup> si sono inserite le nuove ipotesi del trattenimento amministrativo dei richiedenti asilo con il d.l. 13/2017 e il d.l. 113/2018.

L'art. 10 *ter*, co. 3 TUI non ha riscritto o razionalizzato l'intera disciplina, ma aggiunto un nuovo caso: quello dello straniero che, rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna, ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare, è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi e qui si rifiuti reiteratamente di farsi identificare.

È bene precisare che il trattenimento *de quo* non va confuso con quello che si realizza *de facto* nei punti di crisi ai fini identificativi, ma su questo punto torneremo subito.

Per l'ipotesi del rifiuto reiterato, il questore può disporre il trattenimento all'interno di un CPR per un periodo massimo di trenta giorni, previa convalida del giudice di pace ovvero della Sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini UE, per i richiedenti protezione internazionale, senza ritardo ed entro le successive quarantotto ore dal provvedimento.

Da una prima lettura della norma potrebbe ricavarsi un sufficiente appagamento della riserva di giurisdizione e di legge di cui all'art. 13, commi 2 e 3 Cost.<sup>952</sup>, così come si rinvergono maggiori garanzie rispetto alle altre ipotesi di trattenimento dei richiedenti asilo, sia in riferimento alla durata massima di trenta giorni del trattenimento (che potrebbe terminare anche prima se è raggiunto il risultato dell'identificazione), sia per l'intervento in sede di convalida giurisdizionale della magistratura togata e non onoraria.

Da una lettura più approfondita emergono peraltro titubanze meritevoli di approfondimento, anzitutto rispetto al presupposto del trattenimento: il rifiuto *reiterato*, con il quale il legislatore ha introdotto una sorta di presunzione<sup>953</sup> relativa al pericolo di fuga. La mancata precisazione di cosa debba intendersi per reiterato (il

---

<sup>950</sup> Così M. VEGLIO, *Op. cit.*, p. 173.

<sup>951</sup> D. LOPRIENO, *Op. cit.*, p. 25

<sup>952</sup> Si veda sul punto A. MANGIARACINA, *Una «nuova» forma di detenzione per l'identificazione dei migranti. Nota a margine del d.l. 13/2017*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 2/2017, p. 594.

<sup>953</sup> *Ibidem*.

migrante che opponga resistenza fisica, o anche quello che si rifiuti per non aver compreso quello che gli viene richiesto?) lascia un'ampia discrezionalità al questore che applica la misura restrittiva.

Vi è un altro aspetto della disposizione che desta poi criticità, ossia il mancato rinvio all'art. 14, co. 1 *bis* TUI, che avrebbe consentito al questore di applicare misure alternative e meno afflittive della detenzione.

Tale assenza si pone potenzialmente in contrasto sia con l'art. 8 della direttiva 2013/33/UE, sia con l'art. 15 della direttiva 2008/115/CE, e di conseguenza con gli artt. 3 (sotto il profilo della ragionevolezza) e 117, co. 1 della Costituzione. Entrambe le direttive UE descrivono il trattenimento come misura di *extrema ratio* cui ricorrere solo quando altre misure meno coercitive disattenderebbero l'effetto utile perseguito, in tal caso l'identificazione dello straniero.

Quest'aspetto avrebbe sicuramente meritato una maggiore attenzione da parte del legislatore, anche se è bene chiarire che nell'applicazione del principio di proporzionalità in chiave funzionale, come espressamente definito nell'art. 15 par. 1 della direttiva 115/2008, non sono rivolte particolari attenzioni anche alla tutela dei diritti (vd. *infra* cap. terzo, par. 4.1).

Sulla questione specifica qui in commento, ossia l'art. 8 della direttiva c.d. accoglienza, può leggersi un utile *vademecum* della Corte di Lussemburgo quale garante dei principi di necessità e proporzionalità.

Nella sentenza *J.N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*<sup>954</sup> la Corte ha ricondotto la misura del trattenimento dei richiedenti asilo nell'alveo della piena legittimità con gli artt. 6 e 53, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali UE e all'art. 5 Cedu, conformemente all'interpretazione resa dalla Corte di Strasburgo. I giudici di Lussemburgo chiariscono che conformemente all'art. 52, par. 1 della Carta, eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà devono essere previste dalla legge e rispettare il loro contenuto essenziale. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni a tali diritti e libertà solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. La direttiva 33/2013 attribuisce agli Stati membri il potere di trattenere un richiedente soltanto a causa del suo comportamento individuale e nelle circostanze eccezionali di cui a detta medesima disposizione. Relativamente alla proporzionalità, poi, la Corte di Giustizia chiarisce che il rispetto di suddetto principio, secondo una costante giurisprudenza della Corte medesima, richiede «che gli atti delle istituzioni dell'Unione non superino i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che gli inconvenienti causati dalla stessa non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti»<sup>955</sup>.

Infine, tornando ora all'analisi dell'art. 10 *ter*, l'ultimo elemento di forte perplessità attiene alla convalida del trattenimento. Se è stata salutata con favore la giurisdizione del Tribunale ordinario, non può non essere stigmatizzata la previsione che ha introdotto la possibilità di ricorrere alla giustizia a distanza o da remoto, attraverso

---

<sup>954</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU.

<sup>955</sup> *Ivi*, p. 54

la videoconferenza dell'udienza di convalida. Un incolmabile distanza fisica e giuridica, tra l'aula giudiziaria e il CPR, «innesca problematiche a cascata, dalla concreta qualità del contraddittorio al posizionamento dell'interprete, che culminano nel dilemma del difensore, costretto ad assentarsi agli occhi dell'assistito o a quelli di giudice e pubblica amministrazione»<sup>956</sup>.

Anche il decreto sicurezza Salvini non manca di aggiungere una disposizione sul trattenimento dei richiedenti asilo, con l'art. 3 il d.l. 113/2018 ha aggiunto all'art. 6 d.lgs. 142/2015 il comma 3 *bis* una nuova ipotesi: il trattenimento nei punti di crisi dei richiedenti protezione internazionale per la determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza. Trascorsi trenta giorni senza che l'operazione abbia avuto successo, il richiedente potrà essere trasferito in un CPR secondo le modalità dell'art. 14 TUI.

La disposizione sembra ricalcare la previsione contenuta all'art. 3, par. 3, lett. *a* della direttiva 2013/33/UE, tuttavia non si limita a prevedere che la verifica dell'identità o della cittadinanza legittimi la misura del trattenimento. Essa infatti richiede un *quid pluris*: il diritto nazionale dovrà disciplinare e specificare i motivi del trattenimento. La norma così formulata si porrebbe in contrasto anche con l'art. 13 co. 3 Cost., che ammette l'adozione di provvedimenti restrittivi provvisori da parte dell'autorità non giurisdizionale, previa determinazione dei casi di necessità e urgenza. Non sono richiamati inoltre i principi di necessità e proporzionalità, presidi ineliminabili e irrinunciabili nella Costituzione per ogni misura limitativa della libertà personale.

Si potrebbe in tal caso proporre un'interpretazione costituzionalmente orientata, ossia che nelle prassi applicative della regola si rivelerà il ruolo del questore, chiamato a motivare in maniera rigorosa il provvedimento del trattenimento e successivamente quello del tribunale, chiamato a sua volta a convalidare con severità «la reale *necessità del trattamento* nel caso specifico, e *l'inadeguatezza di misure meno coercitive*»<sup>957</sup>.

C'è un altro aspetto critico da rilevare del trattenimento nei punti di crisi, invero un vecchio nodo<sup>958</sup> (in)costituzionale, che accomuna tutte le ipotesi di restrizione nei

---

<sup>956</sup> M. VEGLIO, *Op. cit.*, p. 173. In tema si veda anche E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, cit., p. 219.

<sup>957</sup> L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, cit., p. 23 (i corsivi sono dell'Autore). Solo il riconoscimento da parte della giurisprudenza dei due principi richiamati consentirebbe che la formulazione ampia e monca della novella legislativa non risulti «latrice di un ricorso indiscriminato al trattenimento dei richiedenti asilo». Della medesima opinione è anche A. AIMI, *Il "Decreto Sicurezza" 2018: i profili penalistici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1/2019, pp. 137 ss. (spec. p. 167), secondo cui tale lettura sarebbe avvalorata anche dalla giurisprudenza costituzionale con le sentt. 5 luglio 1971, n. 173, p. 2; 8 luglio 1975, n. 211, p. 5; 13 aprile 1977, n. 64, p. 2. Secondo la quale il requisito della tassatività di cui all'art. 13, co. 3 Cost. è soddisfatto quando la norma attributiva del potere di limitare la libertà personale per via amministrativa consente di comprendere anche indirettamente i presupposti per la sua applicazione.

<sup>958</sup> Esso è stato affrontato compiutamente da A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione*, cit. pp. 33 ss. per il trattenimento nei centri per il rimpatrio. Si veda anche D. LOPRIENO, *"Trattenere e punire"*, cit., pp. 187 ss., l'A. si sofferma anche sulla novità introdotta dall'art. 19,

centri per i migranti e che mai è stato affrontato dalla Consulta: quello dei modi della restrizione della libertà personale, che insieme alla specificazione dei casi legittimi dovrebbe, nel disegno costituzionale dell'art. 13, esser destinatario di un intervento del legislatore. Tanto nei CPR, quanto per il trattenimento dei richiedenti asilo, sia il TUI sia il d.lgs. 142/2015 rinviano tuttavia al d.P.R. 394/1999.

Tale rinvio è insoddisfacente sotto due profili, giacché si tratta in primo luogo di un provvedimento regolamentare, non assolvendosicòsì alla riserva di legge assoluta che copre la materia, come invece previsto per il trattenimento penitenziario con la l. 354/1975. Come se ciò non bastasse, le disposizioni del d.P.R. (artt. 20-23) sono a loro volta generiche, «si atteggiano a direttive teleologiche e non imperativi modalis»<sup>959</sup> e per di più regolano solo taluni aspetti esterni (come il ripristino della libertà o i colloqui col difensore) della vita nei centri.

Nel silenzio delle norme suppliscono le convenzioni degli enti gestori stipulate sulla base di un atto regolamentare ministeriale<sup>960</sup>. Il vuoto legislativo di fronte alla moltiplicazione degli altri modi di restrizione della libertà personale si rivela in ogni caso costituzionalmente insostenibile<sup>961</sup>.

Tra i profili di dubbia legittimità rientra anche quella parte della norma che dispone che il trattenimento dei richiedenti dovrà realizzarsi «in appositi spazi»<sup>962</sup> all'interno degli *hotspot*. Questa disposizione viola l'art. 10 della direttiva 33/2013 e di conseguenza l'art. 117, co. 1 Cost., poiché nella previsione dell'UE la restrizione dei richiedenti asilo dovrebbe realizzarsi in appositi spazi, o al più in quelli ricavabili all'interno dei centri di permanenza temporanea o, per i detenuti, in un istituto penitenziario. Rilevare tale difetto non può definirsi una minuzia dottrinale, poiché l'art. 10 della direttiva espressamente regola le condizioni del trattenimento che lo Stato membro deve applicare quando i richiedenti non possono essere tenuti separati da altri cittadini di Paesi terzi. La normativa nazionale “ha dimenticato”, in

---

co. 3 dalla l. 46/2017, che accogliendo la previsione dell'art. 67 della l. 354/1975 anche nei CPR, amplia il novero dei soggetti cui è consentito l'ingresso in tali luoghi senza autorizzazione. Infine il tema dei modi del trattenimento è stato poi ripreso da L. MASERA, *Op. ult. cit.*, pp. 23-24, per discuterne dell'immutata attualità oltre che nei CPR anche nei punti di crisi.

<sup>959</sup> A. DI MARTINO, *Op. ult. cit.*, p. 36.

<sup>960</sup> Il Regolamento del Ministero dell'interno recante i criteri per l'organizzazione e la gestione dei Centri per l'identificazione e l'espulsione previsti dall'art. 14 TUI, del 20 ottobre 2014.

<sup>961</sup> Sul punto si veda ancora A. DI MARTINO, *I “C.I.E.”, le fonti e l'articolo 1 della Costituzione*, in Aa.Vv., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 109 ss. (spec. p. 110). Secondo l'A. la sottrazione alla pubblica conoscenza dei modi della restrizione della libertà nei centri per i migranti oltre che ledere l'art. 13 Cost. è idoneo a ledere anche l'art. 1 Cost., cioè lo stesso principio democratico alla base della forma di Stato. L'omissione legislativa ha «come precipitato immediato l'inserimento dei centri in un cono d'ombra ordinamentale» chiosa l'Autore.

<sup>962</sup> Su tale profilo si veda la nota di ASGI, *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113*, 15 ottobre 2018, p. 17.

sostanza, di recepire per la detenzione nei punti di crisi anche quest'altra parte della direttiva.

Passando ora alla seconda parte dell'art. 6, co. 3 *bis* d.lgs. 142, segnatamente al trasferimento del richiedente asilo dall'*hotspot* al CPR a causa della mancata identificazione durante i trenta giorni di trattenimento, anche qui può rinvenirsi uno scollamento con la tassatività dei casi di cui all'art. 13 Cost., poiché è descritto solamente l'effetto della mancata identificazione, ma non ci si sofferma a predeterminare le cause. In altri termini può ricorrersi al trattenimento solamente per un comportamento attivo del richiedente che ostacoli la sua identificazione o anche a causa di un comportamento-adempimento omissivo della p.a.? Dalla formulazione del testo, preso atto dell'inadempienza (per un'imprescisa causa), si dà per pacifico che dovrà essere il richiedente a subirne gli effetti pregiudizievoli. Questa previsione<sup>963</sup> più delle altre contrasterebbe con la disposizione della direttiva più volte richiamata, che individua in maniera tassativa i casi in cui può procedersi al trattenimento del richiedente asilo.

Esaurita l'ipotesi dell'art. 8, p. 3 della direttiva nei primi trenta giorni del trattenimento ai fini identificativi, il "fallimento dell'identificazione" non è più coperto. La continuazione del trattenimento «di chi...non possa più essere in alcun modo identificato!»<sup>964</sup> oltre che in contrasto con il diritto UE, sarebbe anche priva di razionalità intrinseca, tra il mezzo (punitivo) prescelto e lo scopo dichiarato, finendo così per determinare una possibile violazione degli artt. 3 e 117 Cost.

Quest'ulteriore previsione s'inserisce poi in un affastellamento di norme sulla moltiplicazione della detenzione amministrativa, che difficilmente si raccorda con queste altre. Se ne ricava un'incertezza sulla c.d. continuità del trattenimento<sup>965</sup>, ossia non si comprende come si computi (o sconti) il tempo già trascorso in regime di privazione della libertà, rispetto alle eventuali altre previsioni detentive della stessa natura (quelle collocate tra gli artt. 5 e 6 del d.lgs. 142/2015) o se nel corso degli accertamenti lo *status* del richiedente dovesse mutare con la detenzione finalizzata al rimpatrio (art. 14 TUI).

Altro aspetto problematico è quello che riguarda sovrapposizione tra l'art. 10 *ter* TUI e l'art. 6, co. 3 *bis* d.lgs. 142/2015, «da sottile e insidiosa distinzione tra la oggettiva difficoltà di appurare l'identità dell'interessato e una sua condotta "oppositiva" resterebbe così nel raggio di azione del questore, la cui decisione però porta a due situazioni ben diverse: nel primo caso, un trattenimento del richiedente in un *hotspot* (eventualmente da proseguire in un CPR per complessivi sette mesi); un trattamento in un CPT per un massimo di trenta giorni»<sup>966</sup>.

---

<sup>963</sup> In tema si veda il contributo di M. DANIELE, *La detenzione come deterrente dell'immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 11/2018, pp. 95 ss. (spec. p. 103), il quale rileva la differenza con la disciplina del fermo di polizia "di identificazione" dei cittadini italiani previsto dall'art. 11 del d.l. 59/1978. Tale norma prevede un termine certamente inferiore – ventiquattro ore – ed è ricollegata alla volontà dell'interessato, che ad es. rifiuti di fornire le generalità o esibisca documenti falsi.

<sup>964</sup> A. AIMI, *Op. cit.*, p. 170.

<sup>965</sup> D. LOPRIENO, *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. n. 132 del 2018*, cit., p. 34.

<sup>966</sup> *Ivi*, p. 36.

Infine, o meglio a monte, c'è una questione che non convince sotto il profilo della ragionevolezza di questa nuova ipotesi detentiva, prima secondo logica che secondo diritto, ossia il «fondare il trattenimento sull'assenza di documenti di identità, la quale è “normale”, per non dire logica, per persone in cerca di rifugio»<sup>967</sup>.

La previsione dell'art. 6, co. 3 *bis* del d.lgs. 142 citato, in definitiva non appare sarebbe idonea a dare l'agognata copertura giuridica dei punti di crisi.

Non convince la tesi, pur sostenuta da studiosi certamente autorevoli<sup>968</sup>, secondo cui il d.l. 113/2018 sia intervenuto a sancire in maniera definitiva la natura chiusa dei punti di crisi. Questo per tre ragioni: la prima è di tecnica legislativa, giacché un intervento chiarificatore e razionalizzatore avrebbe dovuto inserirsi nella disposizione che disciplina i punti di crisi, ossia l'art. 10 *ter* TUI, piuttosto che nel d.lgs. 142/2015 ma questo potrebbe essere un argomento poco incisivo.

Un'altra ragione è che l'art. 6 del d.lgs. 142/2015 regola il trattenimento amministrativo di una categoria specifica, ossia i richiedenti asilo all'interno delle strutture di cui all'art. 14 TUI e ugualmente l'*incipit* del comma 3 *bis* fa salve le ipotesi di trattenimento già previste dalle disposizioni precedenti e si rivolge sempre alla figura del richiedente asilo.

Rimane dunque ancora priva di copertura giuridica la fase precedente, tra lo sbarco e il compimento di tutte le attività necessarie alla pre-identificazione del migrante rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare. La qualificazione giuridica del migrante come richiedente protezione asilo interviene solo all'esito delle operazioni individuate dall'art. 10 *ter*. Nell'arco temporale tra la pre-identificazione e la qualificazione giuridica, il migrante privo di *status* continua ad esser trattenuto *di fatto* e non *di diritto* nei punti di crisi. Infine il terzo argomento che fa propendere verso una diversa lettura è quello per cui nel comma 3 *bis* dell'art. 6 il legislatore statuisce che il trattenimento dovrà realizzarsi «in appositi locali» presso le strutture di cui all'articolo 10 *ter*, in uno spazio dunque diverso rispetto a quello in cui si compiono le attività *per l'identificazione dei cittadini*

---

<sup>967</sup> A. ALGOSTINO, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*, cit., p. 186.

<sup>968</sup> L. MASERA, *Op. ult. cit.*, pp. 20-21; F. CORVAJA, *Lo straniero e i suoi giudici*, cit. p. 160. Più titubante è la posizione di D. LOPRIENO, *Op. ult. cit.*, p. 31, che definisce l'art. 3 della l. 132/2018 un tentativo per nulla sufficiente a “salvare” i nuovi luoghi di trattenimento dalla indeterminatezza. Ancor più dubbiosi verso l'innovazione apportata dal d.l. 113 sono E. VALENTINI, L. GENNARI, *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 *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, cit., pp. 68 ss. (spec. pp. 74-77), per le quali la riforma si rivela insufficiente allo scopo e foriera di notevoli complicazioni. Le A. sottolineano poi le relevantissime ricadute sulla procedura della protezione internazionale. In particolare la nuova ipotesi di trattenimento inciderebbe sull'effetto sospensivo di un eventuale diniego della domanda, un impatto tutt'altro che casuale ma ponderato e perseguito, poiché il legislatore interpolando l'art. 35 *bis*, co. 3, lett. a d.lgs. 25/2008 ha specificato che il trattenimento in un *hotspot* non consente che si verifichi l'effetto sospensivo del diniego della protezione internazionale.

*stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare.*

Comunque, anche se si ritenesse intervenuta la copertura giuridica quest'ultima lascia comunque aperte due forti criticità: da un lato l'irragionevole disparità di trattamento tra richiedenti asilo e migranti non richiedenti, poiché solo per i primi gli *hotspot* si configurerebbero come centri chiusi; dall'altro lato il vuoto giuridico rispetto ai migranti c.d. irregolari, poiché per essi non è chiaro se possano o meno uscire dai punti di crisi.

I mille dubbi che ancora accompagnano l'*hotspot approach* italiano non fanno che confermare la natura opaca di questa parte del (non)diritto.

In definitiva, la «misura della detenzione amministrativa, pur nella ondivaga variabilità della sua durata, ha dunque assunto carattere sistemico»<sup>969</sup>, ma ai vecchi nodi della disciplina se ne aggiungono di nuovi, faticosi da sciogliere.

## **12. Il sacrificio della libertà personale dello straniero quale invariante metodologica della *governance* dell'immigrazione fuori e dentro la frontiera.**

Quest'ultima parte del lavoro è dedicata al *fil rouge* (o al *fil noir*) della detenzione amministrativa degli stranieri quasi giunti alla frontiera e di chi l'ha appena varcata. Il controverso istituto coinvolge, come visto, non più solamente gli stranieri irregolari, ma anche i richiedenti asilo, chi sia appena sbarcato in Italia in attesa di esser identificato e chi alla ricerca di un *place of safety* si trovi a bordo di una nave, dopo un'operazione di soccorso in alto mare.

C'è un tratto peculiare che accomuna le due ipotesi studiate in quest'ultimo capitolo ed è quello della detenzione *di fatto*, nella logica di una politica preventiva che guarda non alla sicurezza dei diritti o di chi riceve accoglienza, ma a chi da quella accoglienza vuol difendersi<sup>970</sup>.

Di privazione della libertà<sup>971</sup> si può certamente parlare per i migranti soccorsi nel Mediterraneo e che sono trattenuti a bordo delle navi soccorritrici<sup>972</sup> come conseguenza delle politiche di non ingresso<sup>973</sup>. Depongono in tal senso le pronunce che si sono susseguite sui casi *Diciotti*, *Gregoretti* e *Open Arms*.

Sul primo caso, come ampiamente ricostruito *supra*, la Sezione reati ministeriali del Tribunale di Catania non ha dubbi sulla richiesta di autorizzazione a procedere verso il Ministro dell'interno *pro tempore*, sen. Matteo Salvini, per il reato di sequestro di persona pluriaggravato (*ex art. 605, commi 1, 2 n. 2 e 3 c.p.*). Il Tribunale ha chiarito che riteneva integrata tale fattispecie di reato a causa della costrizione a bordo non

---

<sup>969</sup> D. LOPRIENO, *Op. cit.*, p. 6.

<sup>970</sup> Sulle diverse accezioni della sicurezza tra il d.l. 13/2017 e il d.l. 113/2018 si rinvia all'analisi già svolta nel capitolo terzo, paragrafo cinque.

<sup>971</sup> Di privazione della libertà personale all'interno degli *hotspot* e a bordo delle navi militare italiane e delle ONG parla F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?*, cit.

<sup>972</sup> Sia le navi militari italiane, sia quelle appartenenti alle ONG.

<sup>973</sup> Sia le direttive adottate prima dell'introduzione dell'art. 11, co. 1 *ter* TUI, sia le interdittive adottate successivamente.

voluta e subita, giudicando altresì apprezzabile l'arco temporale di privazione della libertà personale sofferto. L' "istruzione" ministeriale avrebbe quindi determinato la forzosa permanenza dei migranti sulla nave al di fuori dei casi consentiti dalla legge. Alla medesima conclusione è giunto lo stesso Tribunale<sup>974</sup> nella richiesta di autorizzazione a procedere per il caso dei migranti soccorsi dalla nave "B. Gregoretti" della guardia costiera italiana il 27 luglio 2019 e fatti sbarcare solamente il 31 luglio a causa della mancata indicazione del PoS, dietro precise direttive del Ministro dell'Interno.

Tale comportamento è stato ritenuto arbitrario<sup>975</sup> e integrativo della medesima fattispecie delittuosa del caso *Diciotti*. L'ex Ministro, avendo abusato delle funzioni amministrative attribuitegli nell'ambito dell'iter procedimentale per la determinazione del luogo sicuro, avrebbe conseguentemente privato illegittimamente della loro libertà personale i migranti a bordo della nave per un arco temporale giuridicamente apprezzabile e al di fuori dei casi consentiti dalla legge. Alle valutazioni già compiute per il caso *Diciotti* si aggiunge che nel caso di specie la privazione della libertà personale è stata segnata da una maggiore sofferenza a causa delle caratteristiche della stessa nave Gregoretti, inadatta ad ospitare un numero così grande di persone. Su questa vicenda è, nel momento in cui si licenzia il lavoro, in corso il processo dinanzi al GUP del medesimo Tribunale, dal momento che il 12 febbraio 2020 il Senato ha dato via libera alla richiesta del Tribunale dei Ministri con 152 voti favorevoli e 76 contrari.

Fa da *pendant* alle due richieste di autorizzazione a procedere quella del Tribunale di Palermo<sup>976</sup> sul caso *Open Arms*<sup>977</sup>. Ancora una volta, l'indebito rifiuto di indicare il

---

<sup>974</sup> Tribunale di Catania, Sez. Reati Ministeriali, Relazione deliberata il 28 novembre 2019 e depositata il 12 dicembre 2019. Domanda di autorizzazione a procedere in giudizio ai sensi dell'articolo 96 della Costituzione nei confronti del senatore Matteo Salvini nella sua qualità di Ministro dell'interno *pro tempore*, per il reato di cui all'articolo 605, commi primo, secondo, numero 2, e terzo, del codice penale (sequestro di persona aggravato).

<sup>975</sup> Nella vicenda odierna, a differenza che nel caso *Diciotti*, non vi erano dubbi che spettava alle autorità italiane rilasciare il *safety place*. Il coordinamento dell'operazione di salvataggio era stato infatti assunto dal MRCC di Roma, dunque secondo le norme del diritto del mare l'evento SAR avrebbe dovuto concludersi nel posto sicuro più vicino, in questo caso individuato nel porto di Catania già in data 27 luglio. L'omissione del Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione, su pressione dell'allora Ministro Salvini, ha determinato un'illegittima privazione della libertà personale dei migranti per i tre giorni in cui gli stessi avrebbero avuto diritto di esser soccorsi sulla terraferma.

<sup>976</sup> Tribunale di Palermo Collegio Reati Ministeriali, Relazione deliberata e depositata il 30 gennaio 2020. Richiesta di autorizzazione a procedere in giudizio ai sensi dell'articolo 96 della Costituzione, formulata nella relazione del Collegio per i reati ministeriali presso il Tribunale di Palermo, nei confronti del senatore Matteo Salvini, nella qualità di Ministro dell'interno *pro tempore* all'epoca dei fatti. Per i reati di cui agli articoli: 81, comma 1, e 605, commi primo, secondo, numero 2, e terzo, del codice penale (sequestro di persona aggravato); 81, comma 2, e 328, comma primo, del codice penale (rifiuto di atti d'ufficio. Omissione)

<sup>977</sup> Cfr. F. VASSALLO PALEOLOGO, *La richiesta di autorizzazione a procedere sul caso Open Arms (1-20 agosto 2019)*, cit.

PoS e il correlativo illecito diniego dell'autorizzazione allo sbarco, da parte del Ministro, ha determinato che i migranti trasportati sul natante spagnolo siano stati costretti forzatamente a rimanere a bordo per sei giorni, dal 14 agosto al 20 agosto 2019. Del resto, scrive il Tribunale palermitano, i migranti soccorsi non avevano certo la possibilità di recuperare la propria libertà, a patto «di non di abbandonare il natante lanciandosi nello specchio di mare antistante Lampedusa». Anche su tale vicenda è giunta l'approvazione sulla richiesta di autorizzazione a procedere ai sensi dell'art. 96, Cost. da parte Senatomb in data 30 luglio 2020.

Di privazione della libertà può parlarsi anche rispetto ai punti di crisi, per i quali non è possibile rinvenire immediati riferimenti giurisprudenziali come nei casi appena analizzati. Tuttavia sin da subito la dottrina ha evidenziato la trasversalità<sup>978</sup> con il noto caso *Khlaifia e altri c. Italia*<sup>979</sup>, il caso del trattenimento dei tre cittadini tunisini (vedi *infra* par. 3.3.).

Per ragioni di coerenza sistematica del discorso fin qui svolto, ci si riferirà solamente a quella parte della sentenza che affronta la *vexata quaestio* della copertura legale del trattenimento, quindi alla violazione dell'art. 5, par. 1 lett. f, par. 2 e par. 4 Cedu, disposizione che impone agli Stati aderenti che vogliono far ricorso alla detenzione amministrativa dei cittadini stranieri in entrata nel territorio italiano in condizione di irregolarità, il pieno rispetto del principio di legalità e di non arbitrarietà della misura restrittiva della libertà personale; il diritto ad essere informati sui motivi della detenzione; il diritto a ricorrere dinanzi un tribunale.

La Grande Camera ha in proposito sottolineato la necessità della predeterminazione dei casi e condizioni della privazione della libertà personale. Istruttivo riportare di seguito pochi stralci della sentenza che si ritengono significativi ai fini del discorso qui intrapreso: «In materia di “regolarità” di una detenzione, ivi compresa l'osservazione delle “vie legali”, la Convenzione rinvia essenzialmente alla legislazione nazionale e sancisce l'obbligo di osservarne sia le norme di merito che di procedura, ma in più esige la conformità di qualsiasi privazione della libertà allo scopo dell'articolo 5: proteggere l'individuo dall'arbitrarietà» (p. 91).

Dallo sguardo all'ordinamento italiano, per quei giudici emergeva che unicamente nell'art. 14 TUI potesse rinvenirsi l'adeguata copertura giuridica del trattenimento del cittadino straniero, disposizione tuttavia rivolta solamente a stranieri in attesa di esser rimpatriati. Né poteva soddisfare la predeterminazione legislativa l'Accordo

---

<sup>978</sup> Sulla tema la letteratura giuridica è vasta; cfr. *ex multis*, A. MASSIMI, F. FERRI, *L'attualità del caso Khlaifia. Gli hotspot alla luce della legge 132/2018: la politica della detenzione extralegale continua*, in *Questione Giustizia*, 12.6.2019; D. LOPRIENO, “Trattenere e punire”, cit., p. 136; M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, cit., p. 24.; G. SAVIO, *Il trattenimento riservato ai migranti sbarcati sulle coste italiane. Obbligo di identificazione e di informazione nell'approccio hotspot*, cit.; S. PENASA, *L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diventa sostanza (delle garanzie)*, cit., p. 419; M. SAVINO, *L'“amministrativizzazione” della libertà personale e del “due process” dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2015, pp. 50 ss., che si riferisce alla prima sentenza sul caso, quella della Camera, Sez. II, 1° settembre 2015.

<sup>979</sup> Corte EDU, sent. 15 dicembre 2016, ricorso n. 16483/12, cit. Per i riferimenti bibliografici si rinvia alla nota 670.

bilaterale Italia Tunisia dell'aprile 2011, il quale oltre a non esser stato interamente reso pubblico, non prevedeva e regolava alcuna forma di trattenimento.

La Grande Camera non ha esitato a definire *ambiguo* il contesto normativo in cui si collocava quella che a tutti gli effetti costituiva una limitazione della libertà personale *de facto*, «in quanto il trattenimento in un CSPA sfugge al controllo dell'autorità giudiziaria, il che, anche nell'ambito di una crisi migratoria, non può conciliarsi con lo scopo dell'articolo 5 della Convenzione: assicurare che nessuno sia privato della sua libertà in maniera arbitraria» (p. 106).

Le considerazioni della Corte EDU riepilogano gran parte dei problemi sorti intorno all'*hotspot approach*, sia con riferimento alla natura appunto *ambigua* dei nuovi centri, dove di fatto — nell'attesa dell'espletamento delle operazioni di identificazione — il migrante è trattenuto, sia perché, come precisato nelle SOP, la parola *hotspot* non individua solamente i luoghi, ma anche un *metodo di lavoro in team*, che può quindi realizzarsi anche in altri contesti come porti, aeroporti, luoghi di frontiera, non predeterminati; l'assenza infine dell'intervento dell'autorità giudiziaria. Un altro argomento che pure ritorna attuale è quello per cui gli Stati non possono invocare contingenti afflussi massicci di migranti per depotenziare le garanzie convenzionali e di conseguenza determinare situazioni di detenzione arbitraria, svincolate dalla predeterminazione tassativa delle legge e dal controllo giurisdizionale.

Ad accorgersi che le doglianze mosse all'Italia nel 2011 non sono state superate, ma anzi si ripropongono immutate nei punti di crisi, non è stata solo la dottrina, ma anche l'organo deputato a supervisionare l'esecuzione della pronuncia della Corte Edu: il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa<sup>980</sup>. Quest'ultimo, nel marzo 2018, ha riscontrato la perdurante assenza nel diritto italiano (e precisamente nei punti di crisi) di una chiara cornice giuridica legittimante la detenzione dei migranti durante le operazioni di identificazione nonché l'assenza del controllo dell'autorità giudiziaria. Anche alla luce delle modifiche intervenute con il d.l. 113/2018, il Comitato non ha ritenuto ancora adeguate le garanzie introdotte: non sono chiari i motivi che giustificano il trattenimento dei richiedenti asilo; manca la copertura giuridica del trattenimento dei migranti che non richiedono asilo; è assente altresì un rimedio efficace per lamentarsi delle condizioni di detenzione nei punti di crisi.

«Alla luce di quanto evidenziato, lo scenario che abbiamo davanti appare tutt'altro che “normalizzato” e l'intervento del legislatore niente affatto risolutivo»<sup>981</sup>. Si rivela allora urgente verificare se l'ipotizzata lettura di una detenzione di fatto nei punti di crisi e sulle navi all'interno sia compatibile col più complesso quadro delle disposizioni costituzionali, convenzionali e sovranazionali relative alla libertà personale (art. 13 Cost., art. 5 CEDU, art. 6 Carta dei diritti fondamentali UE) e della relativa giurisprudenza.

Più precise indicazioni intorno alle specifiche garanzie che devono accompagnare l'*habeas corpus* provengono dalle Carte dei diritti menzionate, le quali individuano

---

<sup>980</sup> In riferimento al procedimento pendente ai sensi dell'art. 46 della Convenzione Edu su questa vicenda, si rinvia a A. MASSIMI, F. FERRI, *Op. cit.*; F. CANCELLARO, *Dagli “hotspot” ai “porti chiusi”*, cit., p. 5.

<sup>981</sup> A. MASSIMI, F. FERRI, *Op. cit.*

nelle riserve di legge e di giurisdizione le guarentigie necessarie avverso la detenzione arbitraria, «presidi di garanzia che si sorreggono reciprocamente e che non possono mai essere pretermessi, accentuandosi altrimenti il rischio di inaccettabili arbitri da parte dell'Amministrazione»<sup>982</sup>.

In questo contesto merita uno sguardo anche l'attività della Corte di Lussemburgo, che negli ultimi anni ha intrapreso un discorso molto attento sulla compatibilità dei diritti UE con quello di alcuni Paesi membri<sup>983</sup> riluttanti ad accogliere i principi del *rule of law* e delle relative garanzie.

Il piano di quest'ultima parte del lavoro è rivolto al formante giurisprudenziale, sia perché le indicazioni provenienti dagli *obiter dicta* della Corte costituzionale e della Corte Edu, contenute rispettivamente nella sentenza n. 105 del 2001 e nella pronuncia sul caso *Khlaifia e altri c. Italia* del 2016 (e ancor prima sul caso *Amuur v. France*<sup>984</sup>), chiarendo il *discrimen* tra limitazione alla circolazione e alla libertà personale, evidenziano la fallacità del c.d. argomento della prigione a tre pareti, sia perché tale approccio ci consente di passare al rapporto che si instaura tra l'esercizio di un potere coercitivo e la giurisdizione.

Quello che infatti emerge dalla giurisprudenza è che la necessità del controllo giurisdizionale sul trattenimento si verifica quando quest'ultimo sia espressione dell'esercizio di un potere coercitivo effettivo, indipendentemente dalle eventuali *fictiones iuris*. L'analisi è particolarmente importante di fronte all'esercizio di un potere ambiguo (qual è appunto quello del confinamento di fatto), poiché «in questo modo, è l'utilizzo della forza a diventare, al medesimo tempo, presupposto e fondamento del proprio limite»<sup>985</sup>.

---

<sup>982</sup> M. SAVINO, *Op. ult. cit.*, p. 56.

<sup>983</sup> Scrive in proposito L. MARIN, *La Corte di Giustizia riporta le 'zone di transito' ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, in *ADiM Blog*, maggio 2020, p. 4, che questo filone giurisprudenziale sul governo delle migrazione (che comprende anche le due decisioni sul meccanismo di ricollocazione) s'inserisce nel «complesso nodo della *rule of law* ungherese e, più in generale, del 'modo di stare nell'Unione Europea' da parte delle democrazie illiberali dei paesi dell'ex blocco comunista, meglio noti come gruppo di Visegrad». Sul punto si veda anche I. GOLDNER LANG, *The Rule of Law, the Force of Law and the Power of Money in the EU*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, n. 1/2019, pp. 39 ss.

<sup>984</sup> Corte EDU, sent. 25 giugno 1996, ricorso n. 19776/92. La sentenza è di particolare rilievo, perché per la prima volta la Corte afferma che il confinamento nelle zone di transito non costituisce semplicemente un limite alla libertà di circolazione, bensì è anche una restrizione della libertà personale, a nulla rilevando (come in passato essa aveva sostenuto) che i richiedenti asilo possano lasciare volontariamente il Paese in cui desiderano rifugiarsi facendo venir meno la limitazione in atto. Specifica la Corte che la possibilità di trasferirsi altrove diventa solo teorica se nessun altro Paese che offre protezione paragonabile a quella che si aspettano di trovare nel Paese in cui chiedono asilo è propenso o disposto ad accoglierli (par. 48).

<sup>985</sup> Su questo tema della *iurisdictio* e della sua valenza sul piano teorico si rinvia a E. RIGO, *Spazi di trattenimento e spazi di giurisdizione. Note a margine di materiali di ricerca sulla detenzione amministrativa dei migranti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 2/2017, p. 485.

Secondo l'orientamento della Corte EDU, tra misura restrittiva della libertà personale, piuttosto che contenitiva della libertà di circolazione, entrambe soggette all'articolo 2 del Protocollo n. 4, vi è soltanto una differenza di grado o di intensità, non di natura o di sostanza: «Per stabilire se una persona sia stata privata della libertà, occorre partire dalla situazione concreta e prendere in considerazione una serie di criteri specifici al suo caso particolare come il genere, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura considerata (*Amuur c. Francia*, 25 giugno 1996, § 42, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III, e *Stanev c. Bulgaria* [GC], n. 36760/06, § 115, CEDU 2012)» (par. 64).

La Corte di Strasburgo preferisce adottare un criterio di natura “quantitativa” rispetto a uno di natura “qualitativa”<sup>986</sup>. Secondo il giudizio espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 105/2001, la restrizione della libertà personale è caratterizzata da «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 sfera della libertà personale» (punto 4 dei *Considerato in diritto*). La Consulta privilegia cioè invece un criterio di natura “qualitativa”, com'era del resto già emerso nella sent. 30/1962<sup>987</sup>: l'assoggettamento fisico e morale integra una restrizione della libertà personale quando essi comportano una menomazione della libertà pari all'arresto, non importa se si tratti di una menomazione temporanea o lieve.

A nulla rileva, inoltre, che il legislatore abbia avuto cura di evitare l'utilizzo sul piano terminologico istituti affini al diritto penale, né che il trattenimento non sia disgiunto da una finalità di assistenza<sup>988</sup>. Occorre invece avere riguardo al contenuto della misura, da cui scaturisce che il trattenimento è da ricondurre alle “altre restrizioni della libertà personale”, di cui pure all'art. 13 Cost. e dunque non può restare estraneo al controllo dell'autorità giudiziaria.

Pur muovendo da criteri differenti, entrambe le sentenze (e la ulteriore giurisprudenza richiamata) concordano sulla irrinunciabilità delle garanzie fondamentali dell'*habeas corpus*, del principio generale della certezza del diritto e sulla necessità di proteggere l'individuo dall'arbitrarietà di una detenzione *de facto*.

---

<sup>986</sup> Sul punto si veda R. CHERCHI, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, cit., p. 52, l'A, vedi nota 674. In riferimento ai criteri elaborati dalla Corte sovranazionale è utile allora ricordare le parole dell'A.: «La premessa sarebbe che la restrizione della libertà di circolazione sembra implicare un *non facere*, più che un *pati*; essa pare incidere sul rapporto tra l'individuo e un luogo o un territorio (cui è inibito l'accesso), più che sulla libertà fisica (o morale) dell'individuo», onde, sulla base di questi assunti, si potrebbe affermare che allo straniero trattenuto sul territorio nazionale «viene imposto un *pati*», di contro allo straniero fermato ai valichi di frontiera e lì confinato «viene imposto soprattutto un *non facere*» (*ivi*, p. 60).

<sup>987</sup> Vedi *infra* par. 11.

<sup>988</sup> I parametri di cui si servi la Corte per giungere alla conclusione che negli allora CPTA gli stranieri erano *di fatto* trattenuti furono dedotti dalla previsione nell'art. 14, co. 7 TUI dei poteri attribuiti al questore, che, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal Centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura ove questa venga violata.

Si ricordano in proposito le significative parole della Corte costituzionale: «Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne 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».

Infine è utile richiamare sul tema il recente “scontro”<sup>989</sup> sul trattenimento nelle zone di transito (segnatamente al campo ungherese di Röszke) tra la Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo, per individuare che cosa intende infine quest’ultima per trattenimento ai sensi dell’art. 2, lett. b direttiva 2013/33/UE e dell’art 16 direttiva 2008/115/CE.

All’*overruling* della Grande Camera della Corte Edu nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*<sup>990</sup> – che come si è visto, utilizzando l’argomento “quantitativo” e quello della c.d. “prigioni a tre pareti”, ha escluso che il collocamento nella zona di transito indicata si consumi una privazione della libertà personale – fa da contraltare la sentenza della Corte di Giustizia<sup>991</sup>, in un caso dai contorni fattuali molto simili nello stesso campo profughi al confine con la Serbia.

I giudici di Lussemburgo hanno chiarito che la nozione di trattenimento cui si riferisce la direttiva rimpatri è la medesima di quella cui si riferisce la direttiva accoglienza<sup>992</sup>. All’interno della zona di privazione della libertà personale poi i

---

<sup>989</sup> Le due Corti interpretano in maniera opposta la possibilità dei richiedenti asilo di poter liberamente lasciare il campo di Röszke. Mentre per i giudici di Strasburgo la possibilità di muoversi e lasciare la zona di transito di Röszke è non solo teorica bensì pratica e realistica, pertanto è da escludere la privazione della libertà personale. I giudici di Lussemburgo considerano rilevanti ai fini dell’esclusione di un’autentica possibilità di lasciare la zona di transito due argomenti: il primo è che un eventuale reingresso in Serbia sarebbe considerato illegale dalle autorità di detto paese ed esporrebbe i richiedenti al rischio di sanzioni; il secondo è che dall’allontanamento dalla zona di transito ne deriverebbe una rinuncia automatica alla possibilità di ottenere la protezione internazionale in Ungheria secondo le leggi vigenti nel Paese. Per un commento alle due decisioni si rinvia a F.L. GATTA, *Diritti umani e stato di diritto alle frontiere: lo “scontro” tra le corti europee sul trattenimento dei migranti nelle zone di transito Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite C924/19 PPU e C-925/19 PPU, FMS e altri*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 5/2020, pp. 99 ss. e S. ZIRULIA, *Per Lussemburgo è “detenzione”, per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2020.

<sup>990</sup> Si rinvia all’esame già svolto sulla vicenda al par. 10.3.

<sup>991</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, sent. del 14 maggio 2020, cause riunite cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU. Per un commento alla decisione si rinvia a L. MARIN, *Op. cit.*; E. COLOMBO, *Trattenimento nelle zone di transito e inammissibilità delle domande di asilo. La Corte di giustizia e le procedure di frontiera*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2020, pp. 212 ss.

<sup>992</sup> Siffatta interpretazione – chiarisce la Corte – è confermata «dal titolo 3, punto 4, della relazione che accompagna la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime relative all’accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri [COM(2008) 815 definitivo], all’origine della direttiva 2013/33, risulta che il regime giuridico del trattenimento, istituito da tale direttiva, si basa sulla raccomandazione del Comitato dei

movimenti di chi è ristretto sono limitati e sorvegliati, la persona dunque non può legalmente abbandonare di sua iniziativa, qualunque sia la sua direzione, quel luogo. Anche la Corte di giustizia ha ritenuto che il controllo di natura giurisdizionale<sup>993</sup> rientri tra le garanzie indefettibili di ogni misura che comporta il trattenimento di una persona. Tale garanzia è prevista anzitutto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE sul diritto al ricorso effettivo e con riferimento ai richiedenti asilo dall'art. 9, par. 3 della direttiva accoglienza, mentre per gli stranieri irregolari dall'art. 15, par. 2 della direttiva rimpatri. Ne deriva che il principio del primato del diritto dell'Unione e il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, devono essere interpretati nel senso che impongono al giudice nazionale, in mancanza di disposizioni nazionali che prevedano un controllo giurisdizionale della legittimità di una decisione amministrativa la quale dispone il trattenimento di richiedenti protezione internazionale o di cittadini di Paesi terzi, di dichiararsi competente a pronunciarsi sulla legittimità di un siffatto trattenimento e autorizzano tale giudice a rilasciare immediatamente le persone interessate se lo stesso reputa che tale misura costituisca un trattenimento contrario al diritto dell'Unione.

Il richiamo dei diversi indirizzi non deve essere inteso come esercizio sterile. L'accoglimento dell'opzione "qualitativa", che sarebbe coerente all'impostazione dell'espansione delle garanzie, imporrebbe al legislatore di ripensare le prassi in atto nei punti di crisi e sulle navi assicurando il rispetto della riserva di legge e di giurisdizione.

Quello dell'opzione "quantitativa" escluderebbe sì il necessario intervento dell'autorità giurisdizionale, ma imporrebbe ugualmente il rispetto di un "confinamento" di breve durata che si possa protrarre al massimo entro le quarantotto ore previste dall'art. 13, co. 3 Cost.

Interessa qui rilevare che, pur accogliendo la prospettiva meno garantistica, ossia che in questi luoghi si realizzi la sola restrizione della libertà di circolazione, che «sembra implicare un *non facere*, più che un *patè*», perché inciderebbe «sul rapporto tra l'individuo e un luogo o un territorio (cui è inibito l'accesso), più che sulla libertà fisica (o morale) dell'individuo»<sup>994</sup>, rimarrebbe comunque salda la tutela dei diritti inviolabili.

Il tema degli "diritti di confine", intesi come quelli vulnerati da istituti ambigui nella loro formulazione, il cui esercizio comporta l'attraversamento della frontiera, sia fisico, sia giuridico, è quanto mai attuale. Ai due trattati in questa parte del capitolo se ne potrebbero aggiungere certamente altri, come quello del respingimento differito alla frontiera, o quello del trattenimento che si realizza nei valichi di frontiera<sup>995</sup>. «La simmetria tra le prassi attuate in centri "di frontiera", come

---

ministri del Consiglio d'Europa sulle misure di detenzione dei richiedenti l'asilo, del 16 aprile 2003, e sulle linee guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) sui criteri e gli standard applicabili relativamente alla detenzione dei richiedenti asilo, del 26 febbraio 1999» (p. 218).

<sup>993</sup> Punti 261, 277 e 290 della sentenza.

<sup>994</sup> R. CHERCHI, *Op. cit.*, p. 60.

<sup>995</sup> Il riferimento è a quei respingimenti che si realizzano alla frontiera aerea, in questi casi il cittadino straniero è condotta in una sala dell'aeroporto fintantoché non venga

Lampedusa, e quelle operate nel cuore di città metropolitane, come Milano, rende evidente la versatilità dell’“approccio hotspot” e la possibilità di una sua traduzione in contesti molto differenti»<sup>996</sup>, nell’insidiosa definizione dell’*hotspot* come *metodo* e non anche come luogo vi è il pericolo che si moltiplichino i luoghi della detenzione, con contestuale privazione *in primis* della libertà personale al di fuori dei presidi costituzionali e convenzionali.

Oltre che nelle crepe delle libertà degli altri e dell’ambiguità della detenzione *de facto* nei punti di crisi e a bordo delle navi in attesa dell’assegnazione del luogo sicuro, nel diritto dell’emergenza da pandemia covid-19, si è infatti inserito un nuovo istituto, che ha sintetizzato i tratti di ognuno degli elementi richiamati. Il *trait d’union* tra il metodo *hotspot* e le navi interdette alla frontiera è oggi costituito dalle c.d. “navi quarantena”<sup>997</sup>.

Anch’esse si pongono in maniera problematica nell’ordinamento: istituite con l’obiettivo di realizzare a bordo la sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare, si sono rivelate ben presto veri e propri *hotspot* galleggianti, sui quali non è chiaro il confine tra confinamento e restrizione della libertà personale. Non a caso è stato evidenziato il pericolo che «questa “nuova modalità” di trattenimento (...) possa essere utilizzata anche una volta cessata la pandemia»<sup>998</sup>. Recentemente, poi, la notizia della morte di due minori<sup>999</sup> a bordo di queste navi ha posto un accento drammatico sulla *vulnus* al diritto alla vita e al diritto alla salute che su di esse si compie, prim’ancora che alla libertà personale e all’asilo.

Si comprende allora che non si tratti solo di una questione semantica, ma di una vera e propria metamorfosi della “galera amministrativa”, che si moltiplica e diversifica. Dinanzi a queste nuove forme di detenzione la contrapposizione tra libertà e sicurezza va in parte rifondata, poiché oltre la dimensione collettiva della sicurezza, ve ne è anche una individuale: la sicurezza di ogni individuo a non esser esposto all’arbitrio dei poteri.

---

accompagnato coattivamente sul volo di rimpatrio. Tale attesa può durare fino ad otto giorni, durante i quali è interdetta l’uscita fino all’imbarco. Sul tema si veda Asgi, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa. La privazione della libertà dei cittadini stranieri in attesa di respingimento immediato*, 5 maggio 2019; Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione presentata al Parlamento*, 27 marzo 2019, p. 140.

<sup>996</sup> A. SCIURBA, *Ai confini dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall’hotspot alla decisione della Commissione territoriale*, in *Questione Giustizia*, fasc. 2/2018, p. 150.

<sup>997</sup> Si tratta delle navi su cui svolgere le attività connesse all’assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare, ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell’ambito dell’emergenza relativa al rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili. Istituto introdotto – come visto al par. 6 – con decreto del Capo Dipartimento della Protezione Civile n. 1287 del 12 aprile 2020, cit. per sanare le criticità del decreto interministeriale del 7 aprile 2020. Per un commento, sia consentito il rinvio a M. TUOZZO, *I percorsi migratori e la pandemia. Come cambiano le emergenze*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2020, pp. 57 ss.

<sup>998</sup> C. CORSI, *Migranti e immigrati di fronte all’emergenza coronavirus: tra vecchie e nuove fragilità*, in *Diritto pubblico*, fasc. 3/2020, p. 929.

<sup>999</sup> «Navi quarantena», *i minori che hanno perso la vita sono due*, su *il Manifesto*, 15 dicembre 2020.

### 13. Nessuno si salva da solo: il pericoloso naufragio del principio personalista e di quello solidarista in alto mare e alla frontiera

«Il corpo degli esseri umani è così stato espressamente bloccato, oppresso e strumentalizzato per giorni a bordo di una nave (...). Appare molto opinabile che in uno Stato costituzionale di diritto fondato sul principio personalista questo sequestro di persona possa mai essere un interesse pubblico nell'esercizio dell'attività di Governo»<sup>1000</sup>.

È nel cuore del testo costituzionale dell'art. 2 Cost., nella sua dimensione solidaristica e personalista, che è stato individuato<sup>1001</sup> il primo limite alle politiche di non arrivo e dei respingimenti indiretti, prim'ancora che nel diritto d'asilo e poi in quello della libertà personale.

Più precisamente, le politiche di controllo delle frontiere, che si traducono nelle forme analizzate nel corso del capitolo, tradirebbero la forma repubblicana in quanto essa «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo» e «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà». In coerenza con tale prospettiva non si può non richiamare il valore della dignità sociale, quale cerniera tra artt. 2 e 3, co. 2 Cost., che è posta al vertice dell'ordinamento.

Il primato della persona<sup>1002</sup> nell'ordinamento come momento di rottura col ventennio fascista «comporta inevitabilmente una ridefinizione (anche) del territorio come categoria giuridico-costituzionale (...) come luogo in cui si formano e si consolidano i legami che attingono all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica, politica e sociale (art. 2 Cost.)»<sup>1003</sup>. Questo non vuol dire negare la tensione esistente tra dovere di accoglienza e diritto di escludere l'accesso del non cittadino al territorio, ma di riconoscere nell'esercizio del dominio statale sul territorio una concezione più complessa della sovranità, basata solo sull'autorità nella gestione delle frontiere, ma che sia comprensiva anche dei valori costituzionali.

---

<sup>1000</sup> Così P. BONETTI, *L'insostenibilità costituzionale*, cit. p. 666 sul caso *Diciotti*.

<sup>1001</sup> F. SCUTO, *Op. cit.*, p. 57. Sul dovere di principio di solidarietà quale limite alle politiche di respingimento si vedano anche C. BERTOLINO, *Territori e immigrazioni tra diritto di respingimento e dovere di accoglienza*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, *passim*; A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, cit., spec. pp. 24 ss.

<sup>1002</sup> A. ALGOSTINO, *Il decreto "sicurezza e immigrazione"*, cit., p. 174.

<sup>1003</sup> C. SALAZAR, *Op. cit.*, p. 8.

Il territorio<sup>1004</sup> è da intendersi anche quale luogo della produzione e protezione dei diritti fondamentali e luogo di produzione dei legami di solidarietà<sup>1005</sup>.

L'art. 2 della Costituzione va dunque sempre letto insieme all'art. 2 del TUI, per cui allo straniero comunque presente alla frontiera sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana. Quanto poi alla giurisdizione, si ricorda che la sentenza sul caso *Hirsi* ha affermato che essa si radica anche al di fuori dei confini nazionali, quando lo Stato esercita controllo e autorità su un individuo.

È necessario dunque proporre una «lettura integrata, sistemica e non frazionata»<sup>1006</sup> dei diritti, al fine di assicurare che la massima espansione delle garanzie costituzionali e sovranazionali faccia ingresso anche in questi luoghi.

Vero è che i flussi in ingresso alla frontiera si presentano “misti”, ossia composti da richiedenti asilo e dai c.d. migranti economici, ma questo dato non ha rilevanza per i diritti inviolabili che qui sono stati considerati. Si è visto infatti che ai richiedenti asilo è riconosciuto un vero e proprio diritto all'ingresso sul territorio della Repubblica (art. 10, co. 3 Cost.) e ai c.d. migranti economici, in quanto esseri umani, spetteranno comunque i diritti inviolabili (art. 2 Cost.), tra cui quello alla libertà personale (art. 13 Cost.). Pertanto «il compito ineludibile dello Stato di presidiare i propri confini» deve necessariamente essere bilanciato con i diritti riconosciuti ad ogni essere umano indipendentemente dal suo *status civitatis*.

---

<sup>1004</sup> *Ibidem*. L'A. traccia una linea evolutiva della nozione di territorio, che ci pare utile qui richiamare. Durante il ventennio fascista il territorio entrò in stretto rapporto con una declinazione fortemente identitaria dell'idea di nazione, intesa nel significato originario del termine razza. La Costituzione repubblicana ha spezzato ogni continuità col regime precedente. Ciò ha comportato inevitabilmente una ridefinizione (anche) del territorio come categoria giuridico-costituzionale. Il territorio dell'Italia è diventato la sede della convivenza tra le persone su di esso stanziate, come luogo in cui si formano e si consolidano i legami che attingono all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica, politica e sociale. Un'altra trasformazione la si ricava dall'art. 5 Cost., dove i connotati del territorio geografico-politico della Repubblica «si delineano “per opposizione” a quelli consegnati dal passato: non più uno “spazio” omogeneo e liscio, statico e riconfigurabile a piacimento dal potere politico, bensì un'estensione multiforme, articolata ed in costante ricerca di un equilibrio dinamico – frutto dell'incessante bilanciamento tra le ragioni dell'unità e la promozione delle autonomie» (*ivi*, p. 9). Infine una nuova nozione di territorio si ricava anche dall'art. 9 Cost., dove esso si “smaterializza” e si è trasformato in valore. Il territorio è inteso quale parte integrante del paesaggio-ambiente e del patrimonio storico e artistico della Nazione, «non essendo il territorio evocato apertamente dall'art. 9 Cost., esso contribuisce ad arricchire la dimensione dell'identità nazionale che attinge a storia e memoria solo in quanto “incorporato” nei beni ambientali, storici, artistici e culturali tutelati dalla norma. La Carta ha così inteso espungere dall'orizzonte costituzionale quelle concezioni che – alimentandosi in modo più o meno aperto alle declinazioni dell'idea “naturalistica” di nazione – esaltino il territorio soprattutto come luogo di insediamento di presunte comunità “fondatrici” o di sede della elaborazione di tradizioni etnico-culturali resistenti al trascorrere del tempo» (*ivi*, p. 9).

<sup>1005</sup> *Ivi*, pp. 16-17.

<sup>1006</sup> R. CHERCHI, *Op. cit.*, p. 59.

Al termine di questa dissertazione si può dunque notare come, nonostante la Carta Costituzionale sia parsa povera di riferimenti specifici allo straniero e dunque “impreparata”, in qualche modo, alle odierne sfide dei fenomeni migratori di massa, gli strumenti, i valori, i diritti e i doveri in essa sanciti riescono ugualmente a garantire una tutela avanzata del non cittadino.

Quest’ultimo solo apparentemente è titolare di uno statuto costituzionale debole. Con questo non s’intende proporre una visione taumaturgica della Costituzione, poiché è chiaro che un ruolo centrale è affidato al legislatore, e/o al decisore politico, e non da ultimo alle Corti, organi tutti chiamati a tradurre e a rendere effettivi i principi e i valori della Carta.

Contestualmente, con la ‘sdrammatizzazione’ dello Stato e della sua sovranità<sup>1007</sup>, non si intende sminuirne la valenza, quanto piuttosto evidenziare che nel passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale, dalla legalità legale alla legalità costituzionale, anche i rapporti forza e di egemonia sul territorio sono mutati e arricchiti di nuovo significato.

Si è visto tuttavia come nella gestione delle migrazioni l’antinomia tra accoglienza e respingimento non sia una questione solo di diritto interno, o meglio essa è fortemente condizionata dal piano internazionale e in particolar modo dal quello sovranazionale dell’UE.

Rispetto a quest’ultimo emergono irrimediabili differenze tra il principio di solidarietà nazionale e quello sovranazionale. Esso, infatti, «non risulta formalmente nell’elenco dei valori fondanti dell’Unione»<sup>1008</sup> e con riferimento specifico alla politica comune dell’asilo si è visto che gli artt. 67, n. 2, 78, par. 2 e 80 TFUE hanno avuto un’applicazione circoscritta e limitata. La solidarietà in questa materia ha carattere Stato-centrico, che si declina «come mutua assistenza preventiva per rispettare il dovere di leale collaborazione, come assistenza in funzione riequilibratoria degli oneri derivanti dall’applicazione delle norme o, infine, come aiuto a situazioni di emergenza»<sup>1009</sup>.

Gli eventi del 2015 e 2016 hanno rivelato le criticità del quadro normativo – su tutte l’*impasse* del Regolamento Dublino – nonché lo stato di un’integrazione europea che sembra viaggiare su due binari: quello del gruppo Višegrad e quello dei Paesi con una più forte tradizione europeista.

---

<sup>1007</sup> M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 4. L’A. sottolinea che seppure sia in corso una crisi della vicenda storica dello Stato e della sovranità non si può parlare del *de profundis* di queste due categorie. Si mostra pertanto molto scettico verso quelle ricostruzioni teoriche secondo cui la sovranità abbia cessato d’essere imputabile a un solo, più o meno preciso, soggetto storico (lo Stato, il popolo, la nazione), ma si diluirebbe in plurimi livelli di gestione, anche sovranazionali o internazionali, tanto da qualificarsi come “sovranità condivisa”; che essa si configuri come un’astratta “sovranità dei valori”; ovvero dovrebbe addirittura concepirsi come “sovranità di ciascuna persona”.

<sup>1008</sup> F. FERRARO, *Op. cit.*, p. 108.

<sup>1009</sup> G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell’Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, cit., p. 59.

In questo scenario si sono collocati l'argomento sovranista delle difese delle frontiere e la retorica populista sul primato dei cittadini nelle vicende che hanno coinvolto tanto Ungheria, Repubblica Ceca e Slovacchia, relativamente alla mancata adesione al programma di ricollocazione, quanto l'Italia, relativamente all'adozione delle c.d. politiche dei "porti chiusi".

La cessione di sovranità oggi rappresenta il più grande ostacolo – di carattere sia giuridico, sia pratico<sup>1010</sup> – alla piena realizzazione del sistema comune di asilo. Esso a sua volta si traduce sul piano decisionale nella reiterazione di un approccio intergovernativo piuttosto che unionale alla materia dell'asilo e dell'immigrazione, nonostante la sua comunitarizzazione sia avvenuta già da lungo tempo.

Un dato sicuramente preoccupante, che riguarda il piano istituzionale – in particolare il Consiglio – è la tendenza alla "delegazione" ai Paesi terzi della gestione dei flussi migratori, attraverso forme di partenariato poco avvezze al formalismo giuridico e alla tutela dei diritti.

Dal processo di Khartoum del novembre 2014 alla citata Comunicazione della Commissione europea sul nuovo quadro di partenariato con i Paesi terzi nell'ambito dell'Agenda europea sulla migrazione del 7 giugno 2016, riaffermata nel Vertice di Parigi sulle migrazioni del 2017, «l'esternalizzazione delle frontiere è ormai la pietra angolare delle politiche migratorie (anche se rischia di divenirne la pietra d'inciampo)»<sup>1011</sup>, tant'è che la ricerca di partenariati con i Paesi di origine e transito è apparso nuovamente tra i primi obiettivi della Comunicazione<sup>1012</sup> del 2019 della Commissione sullo stato di attuazione dell'agenda sulla migrazione.

Nel tentativo di arginare i movimenti migratori l'Unione dovrebbe tuttavia sempre assicurarsi il pieno rispetto dei diritti e della dignità dei migranti, pure dinanzi alla natura composita dei flussi. Questo è imposto dal rispetto del divieto di *refoulement*, quando poi si parla di rifugiati, sorgono obblighi precisi volti a rendere effettivo e concreto il diritto al *place of safety* e il diritto di asilo.

La crisi migratoria del 2015 ha mostrato che lo stallo europeo sulla gestione comune del sistema di asilo e immigrazione, non dipende tanto dai c.d. flussi incontrollati quanto da carenze strutturali della ripartizione delle responsabilità che gli Stati membri sono riluttanti a modificare in senso solidaristico.

Si comprende allora come in questo scenario così complesso e variegato, le politiche di immigrazione interne, ispirate a quelle europee, non siano in grado di assicurare un sufficiente livello di protezione dei diritti dei migranti<sup>1013</sup>. Tale conclusione del resto è emersa dalla vicenda dei punti di crisi italiani, dal codice di condotta per le ONG, dalle modifiche intervenute in materia di asilo con il d.l. 13/2017, novità introdotte nell'ordinamento interno su richieste (e condizionamenti) provenienti da

---

<sup>1010</sup> In tal senso G. ROMEO, S. PENASA, *Sovereignty-based arguments and the European asylum system: Searching for a European constitutional moment?*, in *Bocconi Legal Studies Research Paper Series*, n. 3549900/2020.

<sup>1011</sup> G. CARELLA, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in *SIDIBlog*, 11 settembre 2017.

<sup>1012</sup> COM(2019) 126 final, 6 marzo 2019, *Relazione sullo stato di attuazione dell'agenda europea sulla migrazione*.

<sup>1013</sup> M. SAVINO, *The Refugee Crisis as a Challenge for Public Law: The Italian Case*, in *German Law Journal*, n. 6/2017, p. 1003.

documenti programmatici della Commissione europea o del Consiglio, tant'è che vi è stato chiesto se a fronte delle difficoltà di riformare il sistema europeo come di asilo «il decreto Minniti-Orlando non rappresenti uno strumento politico che persegue la finalità generale di rendere il nostro Paese meno attraente per i rifugiati»<sup>1014</sup>.

Non a caso è emerso un nesso quasi causale tra Agenda della migrazione del 2015 e la riforma italiana in materia di ingresso e asilo con il d.l. 13/2017. Sia le riforme intervenute nella materia procedurale d'asilo (si veda il capitolo terzo), sia la gestione italiana dei punti di crisi hanno mostrato la piena aderenza al progetto europeo di diminuire i flussi di ingresso e velocizzare le procedure di asilo e di rimpatrio, risultato che si è cercato di perseguire con un approccio efficientista, ma non sempre davvero efficace e rispettoso al tempo stesso della tutela piena dei diritti coinvolti. Si è anche visto che l'approvazione di norme con un più accentuato "scollamento" costituzionale nel breve periodo sia in grado di riaffermare la sovranità statale nell'accezione di un indiscriminato *jus excludendi*. Tuttavia, nel lungo periodo, il circuito democratico (paradigmatico il diverso esito dell'autorizzazione a procedere del Senato tra il caso *Diciotti, Gregoretti e Open arms*) e l'operato della giurisprudenza (si veda il caso *Sea Watch 3*) sono in grado di riaffermare la legalità costituzionale violata.

Più problematico è l'esautoramento di quelle norme che presentano tratti meno spigolosi con la Costituzione, per le quali è più difficile individuare i termini del bilanciamento tra opposti valori in gioco. Paradigmatico in tal caso è lo strumento della detenzione amministrativa e delle sue metamorfosi (da ultimo nei punti di crisi): nato per assicurare l'effettività dei rimpatri, esso è stato definitivamente impiegato anche durante lo svolgimento di operazioni che hanno vocazione assistenziale.

La dottrina ha chiaramente definito il fenomeno come «una truffa delle etichette, perché permette di sottrarre la detenzione degli stranieri dall'ambito della materia penale e delle garanzie costituzionali, in forza di un'impostura formale»<sup>1015</sup>.

Ci si chiede allora quale possa essere allora una prospettiva di riallineamento tra *governance* dell'immigrazione e tutela dei diritti.

Ancora una volta è utile richiamare l'autorevole dottrina già ampiamente ripercorsa, che ricongiunge all'apertura dell'ordinamento nazionale a quello internazionale (art. 11 Cost.) al principio costituzionale di solidarietà, verso il quale si pone in funzione servente.

«L'apertura al diritto internazionale e sovranazionale può commutarsi in veicolo della solidarietà, offrendo a quest'ultima l'opportunità di portarsi fuori delle mura domestiche»<sup>1016</sup>.

---

<sup>1014</sup> F. FERRARO, *Op. cit.*, p. 119.

<sup>1015</sup> A. PUGIOTTO, *La galera amministrativa degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 3/2014, p. 598.

<sup>1016</sup> A. RUGGERI, *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in *Consulta Online*, 30 ottobre 2017, p. 459.

È necessario recuperare la *sedes materiae* dei diritti inviolabili dello straniero, nonché il progetto di democrazia emancipante<sup>1017</sup> della Costituzione. Questo perché all'interno dei progetti populistici e identitari nazionali (tradotti nelle politiche di non arrivo) e nella gestione di imponenti numeri di migranti alla frontiera, il singolo tende ad esser confuso nella massa dei c.d. flussi misti, verso cui si procede in maniera indiscriminata.

Questa prospettiva non consente però di cogliere la dimensione individuale dei movimenti migratori, disconoscendo così la dignità appartenente all'essere umano in quanto tale. La dimensione individuale non a caso è richiamata anche rispetto ai due principali diritti di cui si è discusso: asilo e libertà personale. L'accertamento del primo richiede un esame individuale, la compressione della seconda una valutazione caso per caso.

«La prospettiva dei diritti del singolo permette infatti di identificare il fondamento giuridico delle pretese di prioritarizzazione della tutela dell'essere umano (...) di fronte agli altri interessi pubblici e in particolare di fronte all'interesse nazionale di protezione dell'integrità del territorio»<sup>1018</sup>. Il principio personalista riconnesso a quello solidarista sono dunque i due valori dai quali ri-cominciare a ri-discutere di immigrazione, per tenere insieme la componente individuale e quella comunitaria. Affinché sia nei momenti di stasi che di crisi non siano messi da parte i valori di libertà e accoglienza che hanno ispirato l'art. 10, co. 3 Cost., da bilanciarsi e non offuscarsi con la sovranità statale e con le sovranità inter-governative.

---

<sup>1017</sup> In tema si vedano C. BERTOLINO, *Op. cit.*, p. 13. Secondo l'A. questo progetto riguarderebbe non solo l'individuo ma anche i poteri pubblici. Per questi ultimi i valori della democrazia, di libertà, di ospitalità e di accoglienza propri della Costituzione dovrebbero costituire vincolo e limite alla loro azione. M. DOGLIANI, A. DI GIOVINE, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Questione giustizia*, fasc. 2/1993, p. 323.

<sup>1018</sup> G. ROMEO, *Diritti fondamentali e immigrazione*, in *federalismi.it*, n. 2/2019, p. 14.

## *Post-scriptum.*

### **Prime note sul nuovo patto sulla immigrazione e l'asilo e sul d.l. 130/2020.**

A margine delle riflessioni svolte appare qui necessario dare conto dei recentissimi ultimi interventi in sede europea e nell'ordinamento italiano sulle questioni trattate nei precedenti capitoli, seppur in forma di prime e sintetiche riflessioni.

Il 23 settembre 2020 la Commissione europea ha presentato *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*<sup>1019</sup>, «un documento programmatico con un orizzonte di legislatura»<sup>1020</sup>, contenente ben nove proposte legislative e una tabella di marcia. La Comunicazione si apre con uno stralcio del discorso della Presidente von der Leyen sullo stato dell'Unione 2020, che racchiude i principi ispiratori del nuovo cammino di riforme in materia di immigrazione e asilo: approccio umanitario e solidarietà.

Le intenzioni manifestate però paiono contraddirsi nelle proposte formulate. Qui si svolgeranno brevi notazioni su tre di esse.

Per quanto riguarda la creazione di una procedura di *screening*<sup>1021</sup>, questa pare ricalcare le operazioni che già si compiono nei punti di crisi in Italia e Grecia: l'identificazione, controlli sanitari e di sicurezza, il rilevamento delle impronte digitali e la registrazione nella banca dati Eurodac. Accertamenti pre-ingresso volti a determinare celermente lo *status* di una persona e il tipo di procedura da applicare, dirette dunque verso tutti i cittadini di Paesi terzi che attraversino senza autorizzazione le frontiere terrestri, marine e aeree UE, ricomprendendovi anche le zone di transito e i porti di sbarco. Rispetto ai punti di crisi tuttavia nella nuova proposta c'è un elemento di novità rilevante, ossia che l'operazione di *screening* debba svolgersi in luoghi ubicati presso le frontiere esterne o nelle loro vicinanze (art. 6, n. 1), solo nell'eventualità in cui lo straniero sia intercettato quando abbia già fatto ingresso irregolare sul territorio lo *screening* potrà svolgersi in qualunque luogo adeguato nel territorio dello Stato membro (art. 6, n. 2). È bene osservare che oltre la finalità di identificazione lo *screening* è volto ad accertare anche situazioni di vulnerabilità e lo stato di salute del cittadino sottoposto agli accertamenti. Successivamente i cittadini di paesi terzi sono oggetto di un controllo di sicurezza inteso a verificare che non costituiscano una minaccia per la sicurezza interna. In caso di perquisizione si applica la legislazione dello Stato membro interessato. Al termine delle operazioni i cittadini di Paesi terzi saranno suddivisi in richiedenti protezione internazionali, coloro che saranno da ricollocare e infine i destinatari di un provvedimento di rimpatrio. È evidente che alle già formulate criticità sull'approccio *hotspot* se ne aggiungono qui di nuove e diverse, il nuovo modello proposto sembra perfezionare ancora di più

---

<sup>1019</sup> COM(2020) 609 final.

<sup>1020</sup> C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *Diritti senza confini*, 2 ottobre 2020.

<sup>1021</sup> Proposta di regolamento che introduce uno *screening* dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne, COM(2020) 612 del 23 settembre 2020.

l'esternalizzazione delle frontiere, con un *quid novum*: l'importazione dei modelli di escissione del territorio<sup>1022</sup> volti ad eludere il rispetto degli obblighi internazionale e nazionali, soprattutto in materia di asilo e libertà personale. Sul piano domestico<sup>1023</sup> tale tentativo di "finzione giuridica di non ingresso" sarebbe lesiva del contenuto necessario del diritto d'asilo costituzionale, che all'opposto garantisce il diritto di fare ingresso sul territorio nazionale (vd. cap. IV, par. 5).

Non si può dunque che condividere il giudizio di chi ha intravisto la volontà di creare «a sort of 'lighter' legal order, a lower density system, which facilitates the exit of the applicant from the territory of the EU, creating a shift from a Europe of rights to the Europe of borders, confinement and expulsions»<sup>1024</sup>.

La seconda fase del processo di esternalizzazione prevede la realizzazione di una procedura di frontiera<sup>1025</sup>, che ha l'obiettivo esplicitato di concatenazione completa tra la procedura di asilo e di rimpatrio, riunite in un unico procedimento legislativo. Le procedure di frontiera consentono l'esame accelerato delle domande di asilo con scarse probabilità di essere accettate, queste inoltre dovrebbero essere esaminate rapidamente senza richiedere l'ingresso legale nel territorio dello Stato membro (art. 39 *bis*). Si propone così la concatenazione di tutte le diverse fasi delle procedure (pre-identificazione, asilo rimpatrio) con efficienza e senza soluzione di continuità per qualsiasi tipo di arrivo irregolare. Pertanto la domanda di asilo dovrà esser esaminata nel merito mentre il richiedente si trovi alla frontiera, così da consentire il rapido rimpatrio in caso di rigetto della domanda (art. 40 *bis*). La procedura di esame alla frontiera<sup>1026</sup> dovrà essere della più breve durata possibile, in ogni caso non superiore alle 12 settimane. Sebbene il trattenimento non sia obbligatorio, in questa fase gli Stati membri dovrebbero tuttavia potervi ricorrere.

---

<sup>1022</sup> Si veda il caso australiano e l'*Excision Act* del 2001, che consente di trasferire i migranti giunti via mare verso numerose isole del Paese, che tramite una *fiction iuris* sono considerate esterne alla giurisdizione del Paese. In tema si rinvia a R. CHERCHI, *Op. cit.*, p. 64 e alla sua nota n. 58 in è riportata una bibliografia specifica sul tema.

<sup>1023</sup> Per un esame complete delle criticità nell'ordinamento italiano si rinvia al documento di ASGI, *Il nuovo Patto europeo su migrazione e asilo. Le criticità alla luce del contesto italiano*, aggiornato all'8 gennaio 2021, pubblicato sull'omonimo sito web.

<sup>1024</sup> L. MARIN, *The 2020 proposals for pre-entry screening and amended border procedures: a system of revolving doors to enter (and leave) Europe?*, in *ADiM Blog*, Novembre 2020, p. 5.

<sup>1025</sup> Proposta modificata di regolamento che istituisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM(2020) 611 del 23 settembre 2020.

<sup>1026</sup> Obbligatoria quando: il richiedente rappresenta un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico; il richiedente ha indotto in errore le autorità presentando informazioni o documenti falsi od omettendo informazioni pertinenti o documenti relativi alla sua identità o alla sua cittadinanza che avrebbero potuto influenzare la decisione negativamente; la domanda è probabilmente infondata perché il richiedente è cittadino di un Paese terzo per il quale la percentuale di decisioni di riconoscimento della protezione internazionale è inferiore al 20 % del numero totale di decisioni che riguardano tale stesso Paese. Facoltativa in altri casi, ad esempio quando il richiedente proviene da un Paese di origine sicuro o da un Paese terzo sicuro.

È evidente che la principale aporia di questa proposta è che si tratta non tanto di una procedura volta ad accertare il diritto alla protezione internazionale del richiedente, quanto quella di “smascherare” il migrante economico che si celerebbe dietro ogni richiedente asilo. Non può che destare criticità la proposta di riunire in un’unica procedura asilo e rimpatrio, tant’è che lo straniero non è considerato nemmeno meritevole di entrare sul territorio. È cristallizzata così, senza false etichette, una presunzione di irregolarità e di infondatezza della domanda d’asilo. Questo discorso è tanto più evidente per l’ipotesi dei richiedenti provenienti da paesi con bassi tassi di riconoscimento d’asilo. Ancora una volta non viene data la giusta rilevanza al diritto all’esame individuale della domanda. Infine è confermata la strategia securitaria attraverso la raccomandazione di ricorrere al trattenimento, per il quale non si fa menzione di termini di durata minima ma solo di quella massima pari a dodici settimane. Sul piano del diritto interno si riproporrebbero le medesime criticità già insorte per i punti di crisi (vd. cap. IV, par. 12).

Infine la proposta<sup>1027</sup> di espugnare dal quadro comunitario il regolamento Dublino e la sua sostituzione con un nuovo strumento, il regolamento sulla gestione dell’asilo e della migrazione, pare essere solo formale. Nel nuovo regolamento confluiranno le vecchie regole per la determinazione dello Stato competente all’esame della procedura e all’accoglienza (salvo timide aperture alla valorizzazione dei legami familiari sorti anche durante il viaggio e l’introduzione del criterio della titolarità di un diploma conseguito in un Paese membro), prevenendo come meccanismi correttivi dell’asimmetria non risolta quello della ricollocazione o dei rimpatri sponsorizzati. Agli Stati membri è dunque lasciata l’alternativa di scegliere quale misura solidale adottare: ricollocare un richiedente asilo sul proprio territorio o aiutare un altro Stato membro nelle procedure di rimpatrio. Sistema che si attiverà sempre nei casi di ingresso a seguito di ricerca e soccorso in mare, allorquando uno Stato si trovi in una situazione di pressione o in una situazione di crisi, accertate dalla Commissione europea. Per quanto riguarda poi la capacità del rimpatrio sponsorizzato di alleviare la pressione migratoria degli Stati beneficiari nel breve periodo, occorre rilevare che l’ausilio dello Stato sponsor prende forma in misure di natura logistica, tutto quel che concerne le garanzie e i diritti da assicurare al rimpatriando rimarranno a carico del Paese “sotto pressione”. Inoltre, lo Stato sponsor arrecherà un vantaggio logistico nella misura in cui avrà la possibilità di condividere con il Paese beneficiario una rete di accordi con i Paesi di origine che agevoli l’effettività del rimpatrio. A tal proposito è stato dunque opportunamente rilevato che «guardando soprattutto agli Stati mediterranei, questo fa dubitare sull’effettiva utilità della disposizione a loro vantaggio, poiché sono proprio questi ad avere concluso – ad esempio – il più ampio numero di accordi di riammissione con gli Stati terzi della sponda Sud o dell’Africa subsahariana»<sup>1028</sup>. Lo Stato sponsor prenderà effettivamente in carico il migrante da rimpatriare solo dopo che siano

---

<sup>1027</sup> Proposta di regolamento sulla gestione dell’asilo e della migrazione, COM(2020) 610 del 23 settembre 2020.

<sup>1028</sup> M. BORRACCETTI, *Il nuovo patto europeo sull’immigrazione e l’asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2021, p. 7.

trascorsi otto mesi, o quattro in caso di situazioni di crisi o forza maggiore, dall'avvio della procedura. Senza tralasciare che lo Stato sponsor avrebbe la possibilità di ostacolare il trasferimento invocando un pericolo per la sicurezza interna.

Si accredita dunque ancora una volta l'approccio inter-governativo degli Stati membri e l'assenza di rilevanti novità rispetto al passato, che riconfermano le maggiori responsabilità dei Paesi frontalieri. La frammentazione dell'azione europea in un settore in cui sarebbe nevralgico un programma autenticamente comune vanifica: «The enjoyment of equal rights and benefits stemming from membership in the EU carry similarly equal responsibilities»<sup>1029</sup>.

Per quel che concerne poi i partenariati con i Paesi terzi, il Patto sostiene la necessità di massimizzarne la centralità non solo in chiave repressiva ma anche per sviluppare maggiori vie legali di attraversamento delle frontiere. Tuttavia anche nella dimensione esterna l'UE sembra propugnare il vecchio modello di conclusione di accordi di riammissione in cambio di una maggiore elasticità nel rilascio di visti d'ingresso di breve durata, nonostante la Commissione<sup>1030</sup> ne avesse descritto già in passato la fallibilità. Centralità è lasciato allo strumento della riammissione delle persone bisognose di protezione internazionale, lasciando in disparte, o meglio sulla volontà dei singoli Stati, l'implementazione di analoghe vie di ingresso sicure per i c.d. migranti economici. Ancora una volta dunque si perde l'opportunità di intervenire su uno degli aspetti più problematici dei Paesi di origine e degli stessi migranti.

In conclusione, sembra poter esser condivisa l'accezione di una solidarietà che ancora una volta si conferma esser orizzontale e non verticale, ossia rivolta solo agli Stati membri in situazioni emergenziali, con strumenti poco incisivi oltre che privi di meccanismi che ne impongano il rispetto. In questa prospettiva si è affermata «una concezione “procedurale” di solidarietà» intesa non tanto come principio fondativo del sistema europeo di asilo quanto come «compromesso, finalizzato a favorire una sua effettiva approvazione e successiva attuazione “non conflittuale” da parte degli Stati», che «è quella che gli Stati membri sono plausibilmente più inclini ad accettare»<sup>1031</sup>.

\*\*\*

Nel frattempo, il 22 ottobre 2020 è entrato in vigore il decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130: *Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone*

---

<sup>1029</sup> S. CARRERA, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, in *CESP Policy Insights*, n. 22/2020, p. 9.

<sup>1030</sup> Commission staff working document Impact assessment Accompanying the document, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 810/2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code)*, COM(2018) 252 final.

<sup>1031</sup> S. PENASA, *Il Nuovo Patto e l'idea di solidarietà: principio fondativo del sistema europeo di asilo o metodo di allocazione delle responsabilità tra Stati membri?*, in *ADiM Blog*, Novembre 2020, p. 7.

*private della libertà personale*, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 173.

È utile precisare che non si prenderanno qui in rassegna tutte le novità introdotte, ma limitatamente quelle relative alla materia dell'immigrazione già affrontate nel corso della trattazione.

Già dal titolo si rileva la disomogeneità<sup>1032</sup> delle materie in esso contenute, reiterando l'accostamento con quelle afferenti all'ordine pubblico e sicurezza.

Per le considerazioni intorno allo strumento adoperato – il decreto legge – e la decisione di porre la questione di fiducia per l'approvazione della legge di conversione<sup>1033</sup> si rinvia a quelle già svolte precedentemente (vd. cap. III terzo, par. 5). È interessante tuttavia rilevare che tra i motivi di necessità e urgenza invocati vi è quello di «garantire la corretta applicazione delle disposizioni in materia di immigrazione, nel rispetto dei principi costituzionali e internazionali vigenti in materia». Come osservato nella Relazione illustrativa al disegno di legge di conversione il nuovo intervento legislativo interviene a modificare quei profili critici non più procrastinabili dei due decreti sicurezza (113/2018 e 53/2019), che avevano determinato altresì – come visto – le osservazioni del Presidente della Repubblica. Proprio alla seconda lettera del Presidente Mattarella sul c.d. decreto sicurezza *bis* è intervenuto l'art. 1, co. 1, lett. a) del decreto, che ha ripristinato all'art. 5, co. 6 TUI l'inciso «fatto salvo il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato». Il decisore non ha tuttavia reintrodotta, l'*ex* protezione umanitaria dal momento che ha avuto cura di evitare la reintroduzione del secondo inciso abrogato «salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario» con la sua clausola aperta.

La nuova disposizione va letta in combinato disposto con l'art. 19 TUI, al quale il d.l. qui in commento ha aggiunto nuovi motivi tra quelli validi per il divieto di respingimento o espulsione, quali: il rischio di essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti; ovvero anche «qualora ricorrano gli obblighi di cui all'art. 5, comma 6» del TUI; la violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, salvo ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine e sicurezza pubblica. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine. A tal proposito è stato acutamente evidenziato che il *favor* accordato al percorso di integrazione sul territorio dello straniero anche se teso a

---

<sup>1032</sup> C. CORSI, *Il decreto legge n. 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell'immigrazione e dell'asilo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. 1/2021, p. 68. L'A. nota che pur volendo cambiare prospettiva il d.l. 130 reitera il discorso securitario, seguendo così la gabbia concettuale radicata dell'immigrazione come problema e minaccia alla sicurezza pubblica.

<sup>1033</sup> *Ibidem*, anche qui l'A. nota una continuità con i precedenti decreti sulla materia: «Le retoriche politiche che oramai accompagnano da anni la gestione delle politiche migratorie, la strumentalizzazione partitica del tema rendono difficile un confronto costruttivo in Parlamento...» (p. 69).

premiare gli sforzi compiuti, in realtà si dimostra inconferente al diritto d'asilo i cui presupposti non sono assimilabili. Da ciò «se ne può dedurre la persistente confusione normativa di istituti finalizzati ad assicurare interessi bensì meritevoli di tutela, ma che si pongono su piani diversi...»<sup>1034</sup>.

Nei casi appena ricordati, il questore potrà rilasciare un permesso di soggiorno per protezione speciale, che ha in comune con il vecchio permesso umanitario la durata biennale. Sin da subito è stato notato che la nuova formulazione ricalca l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità con la sentenza 4455/2018<sup>1035</sup> e che pare chiaro il riferimento all'art. 8 Cedu, sul rispetto alla vita privata e familiare. Pertanto, da questo punto di vista «la nuova disciplina è (...) più ampia rispetto alla precedente formula della Cassazione, perché non sarà più necessario verificare se il rimpatrio comporterebbe una riduzione del godimento dei diritti umani “al di sotto del nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale”»<sup>1036</sup>. Il nuovo permesso per protezione speciale non è comunque idoneo a ricomprendere la formulazione dell'asilo costituzionale e del precedente permesso per motivi umanitari. Esso infatti potrà esser rilasciato dal questore nelle ipotesi individuate dai commi 1 e 1.1. dell'art. 19 TUI. Si tratta sì di ipotesi ampie, ma pur sempre tipizzate. Pertanto, anche per il nuovo ritocco normativo non possono che rimanere valide le notazioni critiche già svolte sull'abrogazione della terza gamba al diritto di asilo, per effetto del d.l. 113/2018.

Quanto poi ai poteri interdittivi alla frontiera verso le navi soccorritrici, il d.l. 130 ha abrogato la disposizione di cui all'art. 11, co. 1 *ter* TUI. Pur a fronte di un'abrogazione formale, tuttavia, il comma 2 dell'art. 1 ricalca la formulazione dell'art. 11, co. 1 *ter* abrogato. Residuano i poteri del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, e previa informazione al Presidente del Consiglio dei ministri, di limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale<sup>1037</sup>. Nella disposizione vigente dunque perdurano in capo al Ministro dell'interno quei poteri stigmatizzati già nel capitolo precedente, ad eccezione – ed è questo l'elemento di novità di maggior rilievo – del potere di limitare l'ingresso delle navi. Poteri che potranno essere esercitati per motivi di ordine e sicurezza pubblica e non più anche a causa del trasporto di stranieri irregolari di cui all'art. 19, par. 2, lett. g) della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (come nel testo previgente).

---

<sup>1034</sup> E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. 1/2021, p. 82.

<sup>1035</sup> Corte Cass., I sez. civile, sentenza 23 febbraio 2018, n. 4455. La Corte affermava che per il rilascio del permesso per protezione umanitaria, all'accertamento della situazione oggettiva del Paese d'origine doveva aggiungersi l'indagine comparativa per valutare, come fattore di rilievo concorrente, l'effettività dell'inserimento sociale e lavorativo e/o la significatività dei legami personali e familiari in base alla loro durata nel tempo e stabilità.

<sup>1036</sup> C. DE CHIARA, *Il diritto di asilo e il d.l. 130/2020: progressi e occasioni mancate*, in *Diritti senza confini*, 9 dicembre 2020.

<sup>1037</sup> Residua altresì la seconda parte della norma relativa agli ulteriori motivi su cui si possono fondare le decisioni di divieto di sosta o transito: le ragioni di ordine e sicurezza pubblica ovvero l'ipotesi tipizzata dall'art. 19, par. 2, lett. g) UNCLOS.

Residua inoltre la compresenza degli stessi poteri con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di cui all'art. 83 cod. nav. La disposizione pur dichiarando salva la clausola codicistica (fugando così i dubbi di una sua abrogazione tacita), non interviene a regolamentare i confini tra i rispettivi poteri dei due Ministri, la cui sovrapposizione e confusione pare quasi inevitabile e la cui soluzione con molta probabilità sarà rimessa a «logiche (...) necessariamente politiche»<sup>1038</sup>. L'adozione dell'atto ministeriale dovrà infine essere conforme a tutte le previsioni della Convenzione UNCLOS.

Tale potere, tuttavia, specifica l'articolo al comma successivo, non può applicarsi nell'ipotesi di operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e soccorso in mare, emesse in base agli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare nonché dello statuto dei rifugiati. In altri termini è stata introdotta una c.d. "clausola di non applicazione"<sup>1039</sup> la cui portata operativa rischia tuttavia di essere modesta, dal momento che – come visto nella prima parte del cap. 4 – la normativa internazionale sconta l'asimmetria di obbligare gli Stati a cooperare per la rapida individuazione di un PoS ma non necessariamente nel proprio territorio. Con il limite che le istruzioni per il soccorso marittimo potrebbero provenire da autorità di frontiera libiche o indicare – come di consueto accade nella prassi amministrativa dell'IMRCC – nei porti libici il *place of safety*. Occorrerà dunque attendere l'evoluzione applicativa futura degli eventuali divieti di transito e sosta per verificare se la clausola di non applicazione copra anche il rifiuto di ottemperare agli ordini del centro di coordinamento competente quando ricorrano le ultime due ipotesi indicate.

In caso di inosservanza degli indicati divieti, alle esorbitanti precedenti sanzioni amministrative sono state sostituite la pena della reclusione e la multa. Anche se attenuato il potere punitivo nei confronti delle ONG che compiono operazioni di soccorso umanitarie rimane operoso. Al tempo stesso potrebbe considerarsi come un elemento di forte discontinuità col passato: il trasferimento della disciplina sanzionatoria dall'autorità amministrativa a quella giudiziaria penale. Il giudice penale oltre a poter riconoscere specifici benefici in tema di applicazione della pena (come la sospensione condizionale), potrebbe altresì ritenere operanti le cause di giustificazione ordinarie o prim'ancora disapplicare il decreto ministeriale se ritenuto illegittimo.

In conclusione, con riferimento a questa parte del decreto a noi pare di poter sostenere quanto già osservato<sup>1040</sup>: ossia che il c.d. *decreto Lamorgese* risulta essere un

---

<sup>1038</sup> F. VENTURI, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. 1/2021, p. 92.

<sup>1039</sup> L'operatività di tale clausola secondo F. VENTURI, *Op. cit.*, p. 101, è fortemente dimidiata dalla vincolatività delle indicazioni provenienti dall'autorità pubblica. Pertanto in continuità al d.l. 53/2019 le operazioni di salvataggio in mare anche nel c.d. decreto Lamorgese sono considerate conformi al diritto fintantoché "obbediscano" ai comandi delle istituzioni statali competenti.

<sup>1040</sup> *Ivi*, *passim*.

tentativo gattopardesco di rottura con il c.d. *decreto Sicurezza Bis*, dal momento che i residui poteri ministeriali, come evidenziato, potrebbero avere comunque un effetto interdittivo delle operazioni di soccorso più problematiche. Ne risulta una riscrittura *in melius* più che una seria riforma del contestato art. 1 del d.l. 53/2019.

Non segna un momento di rottura neppure l'art. 2 del d.l. in commento, esso infatti interviene sul tema spinoso dell'esame prioritario (art. 28) e dell'esame accelerato (art. 28 *bis*) per il riconoscimento della protezione internazionale, di cui al d.lgs. 25/2008, con una finalità razionalizzatrice. Non possono che anche qui valere le perplessità già formulate sulle procedure accelerate. Tra le novità di rilievo che riguardano l'esame prioritario<sup>1041</sup> e quello accelerato vi è quella per cui la decisione del presidente della Commissione territoriale che voglia ricorrervi dovrà esser resa previo esame preliminare della domanda (e non più sulla base della sola documentazione in atti). Successivamente la decisione dovrà esser comunicata al richiedente all'avvio del colloquio, cosicché sia garantito uno spazio di interlocuzione già nella fase del procedimento amministrativo. Rispetto alla procedura accelerata le novità di rilievo<sup>1042</sup> sono le seguenti: la sua applicazione alla persona sottoposta a procedimento penale, che sia trattenuta per eseguire il suo rimpatrio o alla persona condannata, anche in via non definitiva, per uno dei reati ostativi al riconoscimento della protezione internazionale; la domanda presentata dal richiedente trattenuto in un *hotspot* o in un CPR sarà sottoposta solamente a procedura accelerata e non anche a quella prioritaria; l'applicazione di suddetta procedura per le domande presentate dal richiedente direttamente alla frontiera o nelle zone di transito, dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli. In tali casi la procedura può essere svolta direttamente alla frontiera o nelle zone di transito; il richiedente che presenti la domanda, dopo essere stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare, al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento. Quest'ultima previsione presenta profili di incompatibilità con l'art. 31, par. 8, lett. h) della direttiva 2013/32/UE e dunque di illegittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117, co. 1 Cost. Mentre la direttiva prevede la possibilità di applicare la procedura accelerata in presenza di due condizioni, e cioè che il richiedente che ha fatto ingresso irregolare e che «senza motivo» non si è presentato alle autorità «quanto prima rispetto alle circostanze del suo ingresso», la novella legislativa prevede un mero automatismo<sup>1043</sup>.

---

<sup>1041</sup> La domanda è esaminata in via prioritaria, quando: a) ad una prima valutazione, è verosimilmente fondata; b) è presentata da un richiedente appartenente a categorie di persone vulnerabili, in particolare da un minore non accompagnato, ovvero che necessita di garanzie procedurali particolari; c) quando la Commissione possiede elementi sufficienti al riconoscimento della protezione sussidiaria senza audizione personale del richiedente, data la completezza e la fondatezza della domanda.

<sup>1042</sup> A queste ipotesi si aggiungono anche quella del richiedente proveniente da un Paese designato di origine sicura, ai sensi dell'art. 2 *bis* e la domanda manifestamente infondata, ai sensi dell'art. 28 *ter* del d.lgs. 25/2008.

<sup>1043</sup> Sul punto cfr. ASGI, *Alcune luci e molte ombre nel decreto-legge n. 130/2020 in materia di immigrazione e asilo: è indispensabile fare subito modifiche importanti*, 4 novembre 2020, p. 10.

Con favore devono esser guardate: l'esclusione della procedura accelerata per le domande manifestamente infondate delle categorie vulnerabili come minori, anziani, donne in stato di gravidanza, vittime di tratta, e così via, individuate dall'art. 17 del d.lgs. 142/2015; la riformulazione della norma sulla domanda reiterata presentata dal richiedente in fase di esecuzione di un provvedimento di allontanamento. Mentre la norma previgente consentiva che il Questore potesse dichiararla inammissibile *de plano*, la novella introduce qualche presidio in più, anche se con una procedura ultra-accelerata<sup>1044</sup>.

All'art. 4 è stata riscritta la normativa sull'accoglienza, il nuovo Sistema di Accoglienza e Integrazione (SAI) sostituisce quello SIPROIMI, ampliando la categoria dei beneficiari<sup>1045</sup> e dei servizi erogati. Questi ultimi si differenziano tra servizi di primo livello e servizi di secondo livello. Tra i primi si comprendono quelli relativi alle prestazioni di accoglienza materiale, l'assistenza sanitaria, l'assistenza sociale e psicologica, la mediazione linguistico-culturale, la somministrazione di corsi di lingua italiana e i servizi di orientamento legale e al territorio; tra i servizi di secondo livello oltre quelli già elencati si annoverano quelli, finalizzati all'integrazione, l'orientamento al lavoro e la formazione professionale. La differenza tra i primi e i secondi sta nella platea dei beneficiari, dal momento che dai servizi di secondo livello sono esclusi i richiedenti protezione internazionale. Essa ha destato talune perplessità tra gli studiosi<sup>1046</sup>, poiché i lunghi tempi di riconoscimento dello status giuridico del richiedente incidono negativamente sull'accesso a percorsi di formazione. Così come appare incoerente, dal punto di vista del disegno legislativo, inserire tra gli elementi da valutare positivamente ai fini del riconoscimento della protezione speciale l'inserimento sociale del richiedente, ma poi escludere che egli possa accedere ai servizi di secondo livello orientati a raggiungere proprio tale obiettivo. Nel disegno riformatore del d.l. 130 rientrano positivamente anche le disposizioni volte a stabilire il trasferimento prioritario dai centri di prima accoglienza al SAI dei richiedenti portatori di vulnerabilità. Questa e le altre disposizioni indicate tuttavia rischiano di esser compromesse dalla mancato contestuale ampliamento dei "posti" nella rete SAI (cui gli enti territoriali aderiscono

---

<sup>1044</sup> «La domanda è trasmessa con immediatezza al Presidente della Commissione territoriale competente che procede all'esame preliminare entro tre giorni ed entro i successivi quattro giorni la Commissione ne dichiara l'inammissibilità ove non siano stati adottati nuovi elementi, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, lettera b)».

<sup>1045</sup> Potranno esser accolti nel nuovo Sistema, oltre ai minori stranieri non accompagnati e ai titolari di protezione internazionale, anche i richiedenti asilo ed i titolari dei seguenti permessi di soggiorno per protezione speciale, di cui agli articoli 19, commi 1 e 1.1 TUI; cure mediche, di cui all'art. 19, co. 2, lett. d *bis* TUI; protezione sociale, di cui all'art. 18 TUI; violenza domestica, di cui all'art. 18 *bis* TUI; calamità, di cui all'art. 20 *bis* TUI; particolare sfruttamento lavorativo, di cui all'art. 22, co. 12 *quater* TUI; atti di particolare valore civile, di cui all'art. 42 *bis* TUI; casi speciali, di cui all'art. 1, co. 9, d.l. n.113/2018.

<sup>1046</sup> Cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Il sistema di accoglienza e integrazione e i diritti dei minori stranieri. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.l. n. 130/2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. 1/ 2021, p. 127.

ancora su base volontaria)<sup>1047</sup> e il mancato ampliamento della platea dei beneficiari tramite una variazione finanziaria per consentire una rideterminazione del numero dei posti a disposizione. La clausola di invarianza (art. 14 d.l. 130) «rischia di rappresentare un limite *intrinseco* alla capacità del decreto di incidere concretamente sulla realtà dei territori, limitando di fatto la possibilità di procedere ad aumenti significativi di posti»<sup>1048</sup>. Infine dev'essere segnalato che nella direzione riformatrice è stato indirizzata anche l'approvazione del *Nuovo schema di capitolato di appalto per la fornitura di beni e servizi relativi alla gestione e al funzionamento dei centri di accoglienza*, in sintonia con i profili di novità segnalati.

Altra disposizione che merita di esser sottolineata e che si inserisce tra quelle tese a garantire un processo di integrazione sociale è l'art. 5 del d.l. in commento. Tale disposizione riconosce agli “ospiti” SAI, allo scadere del beneficio della c.d. seconda accoglienza, di essere avviati verso ulteriori percorsi di integrazione dalle Amministrazioni competenti. A tal fine il Piano nazionale predisposto dal Tavolo di coordinamento nazionale del Ministero dell'Interno per il biennio 2020-2021 individua le linee di intervento tese a realizzare forme di effettiva inclusione sociale con particolare riguardo alla formazione linguistica; conoscenza dei diritti e doveri costituzionali; orientamento nei servizi pubblici essenziali e orientamento lavorativo. Il cd. decreto Lamorgese ha posto rimedio altresì alla questione della residenza e, sulla scia della sent. 186/2020 Corte Cost., ha reintrodotto all'art. 5 bis al d.lgs. 142/2015 il diritto all'iscrizione anagrafica del richiedente protezione internazionale, al quale sia stato rilasciato il permesso di soggiorno per richiesta asilo o la ricevuta della presentazione della domanda di protezione internazionale. Al comma 4 dell'articolo poi il legislatore, prevedendo il rilascio della carta d'identità<sup>1049</sup> al richiedente asilo, sembra aver recepito quel passaggio della sentenza 186/2020 della Corte Cost., nella quale ha inserito l'impossibilità di ottenere la carta d'identità – a causa dell'esclusione dell'iscrizione anagrafica – tra quelle conseguenze stigmatizzanti e lesive della «pari dignità sociale».

Molte altre sono le disposizioni introdotte<sup>1050</sup>, qui si è volto dare conto di quelle che hanno riguardato specificamente questo lavoro. Nel complesso con il decreto legge

---

<sup>1047</sup> *Ivi*, p. 134.

<sup>1048</sup> M. GIOVANNETTI, *Giro di boa. La riforma del sistema di accoglienza e integrazione per richiedenti e titolari di protezione internazionale*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2021, p. 44.

<sup>1049</sup> In tal senso cfr. E. PISTOIA, *Una questione di dignità. Il superamento dell'abolizione dell'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo in Italia*, in *ADiM Blog*, gennaio 2021, p. 7.

<sup>1050</sup> Per uno sguardo complessivo si rinvia a A. DE PETRIS, *Il Decreto Immigrazione e Sicurezza: luci e ombre per il nuovo sistema di accoglienza e integrazione*, in *ADiM Blog*, Ottobre 2020. Tra quelle non menzionate nel corpo del testo rientrano: 1) l'espressa previsione della possibilità di convertire in permessi di soggiorno per motivi di lavoro permessi di soggiorno per protezione speciale, di cui all'art. 3 c. 2 d.lgs. 25/2008; permessi di soggiorno per calamità di cui all'art. 20 *bis* TUI; permessi di soggiorno per residenza elettiva di cui all'art. 11, co. 1 lett. c *quater* DPR 394/1999; permessi di soggiorno per acquisizione della cittadinanza o dello stato di apolide di cui all'art. 11, co. 1 lett. c DPR 394/1999; permesso di soggiorno per attività sportiva di cui all'art. 27, co. 1 lett. p, TUI; permesso di soggiorno per lavoro di tipo artistico di cui all'art. 27, co. 1 lettere m, n, o, TUI; permesso di soggiorno per motivi religiosi

n. 130 «non si esce del tutto dalla logica dei decreti del 2018-2019»<sup>1051</sup>. La retorica riformatrice<sup>1052</sup> con cui è stato accompagnato non è rispecchiata nelle novità legislative introdotte, le quali hanno ritoccato in meglio tutte quelle criticità di cui si è discusso, ma non le ha spazzate via come invece era stato preannunciato, o forse come gli addetti ai lavori avrebbero sperato.

---

all'art. 5, co. 2 TUI; permesso di soggiorno per assistenza minori di cui all'art. 3, co. 3 TUI. 2) La riduzione del periodo massimo di trattenimento dello straniero all'interno di CPR a novanta giorni, prorogabili di 30 giorni nel caso in cui lo straniero sia cittadino di uno Stato con il quale l'Italia abbia firmato un accordo di riammissione. Lo stesso termine è previsto per lo straniero che stato trattenuto in una struttura carceraria per un periodo superiore ai 90 giorni, questi può essere ulteriormente trattenuto in un centro di permanenza per un periodo massimo di 30 giorni, prorogabile di ulteriori 30 nel caso in cui lo straniero sia cittadino di uno Stato con il quale l'Italia abbia firmato un accordo in materia di rimpatri. 3) La modifica in materia di iscrizione anagrafica, reintrodotta per i richiedenti asilo. 4) La riduzione dei tempi di acquisto della cittadinanza da quattro a tre anni. 5) Lo straniero trattenuto in un CPR può rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa, al garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale.

<sup>1051</sup> C. CORSI, *Op. ult. cit.*, p. 73.

<sup>1052</sup> Sulla “controriforma” Lamorgese icastica è la metafora con la tela di Penelope, che disfa di notte la trama che il Governo Conte I aveva tessuto di giorno. Cfr. M. SAVINO, *Riforma o Controriforma? Il “decreto Lamorgese” e la tela di Penelope*, in *ADiM Blog*, Gennaio 2021.

## Riepilogo critico e conclusioni

I. Al termine della ricerca è utile riprendere la linea tracciata per non disperdere i risultati raggiunti e ricostruire il filo rosso che ha tenuto insieme il lavoro svolto.

Nella parte si è inteso mettere a fuoco dei profili tornati poi utili nel proseguimento dello studio del diritto positivo e della sua recente evoluzione. A tal proposito si è studiato innanzitutto il rapporto con l'Altro nella civiltà classica greca e romana, per approfondire l'origine della associazione concettuale tra "lo straniero" e "il nemico". L'analisi del formarsi delle etimologie dei termini e delle nozioni ha fatto emergere le ragioni storiche, politiche e giuridiche del mutamento di significato della parola "straniero", che originariamente non aveva accezione ostile, appartenendo anzi al vocabolario dell'ospitalità. Sia *xénos*, sia *hostis* nel loro significato primigenio lo "straniero ospite", non lo straniero in generale, ossia quello con il quale intercorreva un rapporto di reciprocità e di compenso.

La categoria anche nel mondo antico era molto frammentata e anche tra le due civiltà intercorrevano differenze non trascurabili. Nel mondo greco si possono distinguere lo "straniero di dentro", ossia quello proveniente da un'altra città - lo *xénos*; lo "straniero di fuori", ossia il diverso per sangue ed etnia, che non appartiene al mondo ellenico - il *bárbaros*; il meteco, ossia il "quasi cittadino", cui erano riconosciuti i diritti di residenza e di partecipare alla vita economica della città, con esclusione però dei diritti politici; e il diritto di asilo, legato alla sacralità dei luoghi e alla protezione che derivava dal tempio a chi vi si rifugiava.

L'analisi si è tuttavia concentrata soprattutto sul termine latino *hostis*, poiché è dalla sua complessità semantica che ne è derivata l'accezione di straniero-nemico ("ostilità"), confluendo così nel vocabolario dell'antagonismo. L'indagine del trapasso semantico si è svolta studiando i riferimenti contenuti nelle leggi delle XII Tavole (dove ancora *hostis* non aveva un'accezione appunto "ostile", nel senso nostro della parola) e le fonti dell'ultimo secolo della Repubblica (dove esso si era verificato). Dal mutamento di significato è emerso il ruolo significativo in questo passaggio del diritto, poiché nella dicotomia straniero-nemico non rientravano tutti gli stranieri ostili, ma solo i destinatari del *bellum publice decretum*, ossia coloro contro i quali era in corso una guerra giusta, dichiarata secondo i riti e le procedure dello *ius fetiale* e dalla quale derivavano importanti conseguenze sul piano legale e militare del suo trattamento.

Lo studio ha quindi considerato la pratica dell'ospitalità romana, l'*hospitium*, da cui scaturivano il diritto di soggiorno sul suolo romano, quelli all'ospitalità (dovuta dal pubblico potere o dal privato), a ricevere accoglienza e *munera, loca laetitiaque*: doni, asilo e ospitalità, nonché protezione in eventuali giudizi, cura ed assistenza e infine sepoltura. L'*hospitium* aveva al suo interno un connubio tra stretto sentimento religioso, sentimento di solidarietà e diritto. Da esso scaturiva su tutti l'obbligo della reciprocità: l'istituto aveva una infatti funzione pratica, poiché lo straniero non ammesso al godimento dello *ius commercii* aveva bisogno del sostegno del cittadino romano nella quotidianità.

Infine, questa parte del capitolo si è conclusa con lo studio della cittadinanza romana, che ha avuto peculiarità uniche. Con la sua elasticità, si adattò agli interessi

di Roma e alla sua costruzione identitaria, in una prima fase e alla politica espansiva, nella seconda. L'incontro col "diverso" fu altresì un momento per ripensare i propri usi e istituzioni. Un'accezione di cittadinanza che ha dunque costituito il veicolo concettuale di un'unione di popoli, lingue, costumi, culture differenti. Dall'analisi delle fonti è emersa appunto una sua dimensione non escludente, ma inclusiva, che tocca il suo apice con l'editto di Caracalla del 212 d.C., ma si manifesta già nel corso della Repubblica, dove in effetti non si parla di *cittadinanza* romana, ma di *cittadinanze*, per sottolinearne appunto la possibilità di una pluralità di stati confluenti nella nozione.

È insomma, una sfera di relazioni molto complessa quella che ci ha restituito il mondo romano, nella quale convivevano aspetti religiosi e altri pragmaticamente orientati e che ha mostrato una apertura ancora maggiore di quella delle più illuminate *poleis* greche, quando esse erano state tali.

Alla fine di questa prima parte della ricerca, sono stati evidenziati tutti gli elementi di cui la riflessione attuale tra lo straniero e lo Stato sembra avere ancora bisogno: nella tensione inevitabile tra accoglienza e ostilità verso l'Altro, il mondo antico è stato un'innegabile fucina di "aperture" e "contrazioni" che non possono certo trapiantarsi nelle attuali dinamiche globali ma dalle quali tuttavia possono apprendersi importanti lezioni. L'ospite e il nemico sono due facce della stessa medaglia, due aspetti di cui il diritto deve farsi carico nelle metamorfosi dei diritti, delle libertà, dei doveri e della sovranità.

La seconda parte del capitolo si è invece concentrata sul rapporto con lo straniero in un periodo storico più vicino, quello tra XIX e XX secolo, che nel binomio autorità/libertà ha lasciato all'odierno approccio al tema del governo delle migrazioni un'indubbia eredità. Tra i *tópoi* ricorrenti si rinvergono l'amministrativizzazione dei diritti degli stranieri, la criminalizzazione dei migranti, l'utilizzo di immigrazione ed emigrazione per costruire l'identità sociale-culturale della Nazione. Si è ha preso in considerazione anche il fenomeno dell'emigrazione in rapporto all'Italia, sia dalla prospettiva dello Stato di partenza, rispetto alla quale nella seconda metà del XIX sec. si affermò e consolidò il c.d. approccio poliziesco, sia dalla prospettiva dello Stato di arrivo, segnatamente l'Argentina.

Quanto poi alla condizione giuridica dello straniero nell'Italia liberale, essa fu influenzata dalla dominazione napoleonica di inizio secolo e pensata soprattutto in chiave privatistica e proprietaria. I diritti all'ingresso e al soggiorno dello straniero sono stati studiati nella dimensione del costituzionalismo liberale, ove convivevano la primazia delle libertà con il positivismo giuridico del c.d. "Stato di legislazione". In questo contesto si colloca la previsione dell'art. 3 del codice civile del 1865, che ammetteva lo straniero al godimento dei diritti civili riconosciuti al cittadino, accogliendo da un lato la concezione cosmopolita e giusnaturalista del dibattito ottocentesco sulla libertà di movimento, dall'altro l'assetto degli interessi sostenuto da un liberalismo favorevole al commercio, alla circolazione di merci e allo scambio. Il dibattito italiano, all'indomani della nuova previsione codicistica si polarizzò prevalentemente su due posizioni: appunto quella dei giusnaturalisti, che ricomprendevano la libertà di movimento degli stranieri tra i diritti civili e quella degli statualisti, che al contrario ne individuavano la matrice nei rapporti politici. Tra

i due poli emerse la posizione di Oreste Ranelletti che, all'inizio del '900, iscrisse il rapporto tra libertà ed autorità dell'incolato nella categoria degli interessi legittimi. L'adesione ad una tesi piuttosto che a un'altra aveva conseguenze giuridiche precise in ordine alla natura dei limiti che avrebbero potuto incontrare le libertà di circolazione e appunto di incolato.

La tesi della prima corrente di pensiero — che trovò accoglimento nel codice — considerò dunque la libertà di circolazione e il diritto di incolato diritti civili speculari alla libertà personale e prosecuzione di essa, non preordinati al godimento dei diritti politici, ma attribuzioni della personalità, come tutti gli altri diritti civili. Circolazione e incolato erano cioè concepiti come dimensioni in movimento della libertà personale.

Si deve tuttavia rilevare che, nonostante gli sforzi teorici della dottrina, l'ordinamento non ne accolse *in toto* i suggerimenti e si continuò a qualificare il provvedimento di espulsione come atto politico di sovranità, non passibile di rimedi giurisdizionali e più in generale di guarentigie. Il potere di espulsione rientrò definitivamente, con l'adozione del TULPS del 1889, tra quelli dell'autorità di pubblica sicurezza.

Un ultimo sguardo storico è stato rivolto allo straniero nel corso del Novecento, il secolo dei nazionalismi e delle guerre mondiali, nel corso del quale lo straniero diventò il sospettato e il pericoloso per eccellenza, con un'attenzione specifica al quadro giuridico che si venne a delineare nel corso del ventennio fascista. Lo stravolgimento del legalismo del principio gerarchico, la preminenza del controllo di poliziesco e l'avversione contro il "diverso" ebbero il loro esempio paradigmatico, per ciò che concerne lo statuto dello straniero, nell'istituto del suo allontanamento: accanto alle ipotesi previste dalla legge ne furono introdotte di nuove dalla prassi amministrativa, dalle circolari e dalle direttive ministeriali. Nel TULPS del 1931 confluì, infine, anche la materia del soggiorno dello straniero, cosicché dall'ingresso all'espulsione tutto ciò che concerneva la sua posizione era di competenza delle autorità di pubblica sicurezza.

**II.** Il secondo capitolo è stato rivolto allo studio dello statuto giuridico dello straniero alla luce e all'interno della Costituzione, a partire dalla centralità assunta dalla *persona* nella Carta Costituzionale, nell'accezione maturata a seguito degli orrori delle dittature, con primaria attenzione al valore/ principio della dignità. Dallo studio dei lavori dell'Assemblea Costituente è emerso un interesse piuttosto scarso al tema, concentrato su pochi temi, quali asilo, emigrazione ed estradizione.

Nel corso dell'analisi dell'art. 10, commi 2 e 3 Cost. sono state ripercorse le ricostruzioni dottrinarie sul nucleo duro dei diritti fondamentali dello straniero, in assenza di un catalogo analitico dei suoi diritti e doveri. Dallo studio della dottrina che si è espressa in merito possono essere ricavate due posizioni principali. La prima sostiene che la sola presenza del non cittadino sul territorio gli garantirebbe il riconoscimento dei diritti inviolabili: si parla in questo caso del c.d. "paradigma della territorialità", ossia che i diritti fondamentali si radicano direttamente nella persona in quanto essere umano. Dalla lettera dell'art. 2 si ricaverebbe cioè la regola secondo cui tutte le norme costituzionali che utilizzano locuzioni onnicomprensive, come

‘persona’, ‘lavoratore’, ‘individuo’, ‘tutti’, o ancora quelle locuzioni che non distinguono il soggetto in base alla cittadinanza, siano da intendersi estese indipendentemente dallo *status civitatis*. Diversa è invece la posizione di chi, guardando alla Costituzione come atto essenzialmente politico ritiene più aderente al suo dettato ricostruire il nucleo dei diritti del non cittadino come collocato nell’art. 10, co. 2. L’estensione a lui dei diritti involabili potrebbe pertanto realizzarsi solo con l’intervento del legislatore, tramite la riserva di legge rinforzata di cui all’indicata disposizione, che pone come unico limite all’operazione quello della conformità del trattamento alle norme e nei trattati internazionali.

In questo scenario esegetico si è ritenuto utile isolare la voce di un’autorevole dottrina (Ruggeri) che recentemente è tornato ad occuparsi di questo tema. A partire dalla ricostruzione “interordinamentale” dei rapporti tra la Costituzione e le altre Carte dei diritti (in particolare la Cedu), questo studioso ritiene che la *sedes materiae* dei diritti fondamentali degli stranieri vada ricercata nel principio personalista e nel valore della solidarietà, che fa tutt’uno con quello della dignità. Dalla Costituzione è ricavata come indicazione di metodo un modello inclusivo, in adesione a quella idea di essa intesa non come atto, ma come processo sempre *in fieri*, che tende quindi — nella specie — ad espandersi e a riconoscere anche al non cittadino diritti fondamentali riservati fino ad oggi ai soli cittadini. Questo non porta l’Autore a sostenere un’apertura indiscriminata, ma a graduarla in modo direttamente proporzionale al legame che il migrante costruisce via via col territorio. Il criterio individuato deve infine assicurare ogni tutela necessaria a salvaguardare l’esistenza libera e dignitosa di tutti.

Dopo aver studiato i contributi emersi dalla dottrina più risalente, fino a quella più recente, si è ritenuto pertanto di condividere tale la posizione che, si ribadisce, ha individuato nell’art. 2 il nocciolo, il nucleo insuperabile, della tutela costituzionale del non-cittadino. Tale lettura è in effetti coerente con il contesto di riferimento e con l’idea del progetto emancipante delle Costituzioni del secondo dopoguerra. Viceversa, sostenere che il non cittadino potrebbe essere tutelato solamente attraverso e per effetto della riserva di legge rinforzata di cui all’art. 10, co. 2 significherebbe dare una lettura isolata della disposizione e riproporre lo schema dell’egemonia della legge, appartenente però al costituzionalismo liberale. Infine, tale opzione richiama un’idea antistorica di cittadinanza, intesa come mera appartenenza e che sembra non aver fatto i conti con il mutato quadro valoriale di riferimento e i suoi processi di erosione della sovranità statale verso l’alto, con la cittadinanza europea e verso il basso, con la cittadinanza territoriale.

Un’analisi specifica è stata poi rivolta alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha contribuito con particolare attenzione e dinamismo a delineare lo statuto del non cittadino. In particolare, essa ha individuato nella coppia assiologica degli artt. 2 e 3, co. 2 Cost. il fondamento dei suoi diritti inviolabili. L’analisi è stata svolta in maniera tale da evidenziare l’atteggiamento non sempre coerente dell’organo, che talvolta ha utilizzato il paradigma della dignità e talaltra quello della cittadinanza. Con riferimento al primo, la Corte ha riconosciuto che — anche se l’art. 3 si riferisce testualmente ai soli cittadini — il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero, quando trattasi di rispettare i diritti fondamentali. Si è peraltro riconosciuto che,

anche quando non si verte in materia di diritti inviolabili, il legislatore può liberamente introdurre trattamenti differenziati tra cittadino e non cittadino, beninteso sempre che essi siano retti e guidati dal principio di ragionevolezza. La Corte tuttavia non ha esitato a ricorrere anche al diverso paradigma della cittadinanza, in particolare quando ha utilizzato l'argomento delle differenze "di fatto" che intercorrono tra cittadini e stranieri. Queste possono legittimare un differente godimento nei diritti fondamentali, introdotto per via legislativa e non sindacabile sul piano della legittimità costituzionale, perché attinente a valutazioni di natura politica. La critica principale che può muoversi a quest'orientamento è che le "differenze di fatto" di cui alla richiamata giurisprudenza sono esse stesse "differenze legislativamente derivate". Tra gli esempi richiamati dalla Corte vi sono infatti la libertà di soggiorno o l'allontanamento dal territorio, a ben vedere tuttavia si tratta di differenze non di fatto ma (im)poste dal legislatore. In altri termini, la Corte riconosce che quelle differenti situazioni di fatto siano da ascrivere ad una sorta di fisionomia *standard* dello straniero, nella valutazione che se ne dà nel nostro e negli altri ordinamenti democratici e che il suo ruolo sarà quello di valutare quando la discrezionalità del legislatore ecceda irragionevolmente tale *standard*.

Si è ritenuto utile poi approfondire il tema dei doveri perché essi costituiscono parte integrante dell'art. 2 Cost. e una via dell'integrazione. L'inviolabilità dei diritti e l'inderogabilità dei doveri, insieme, danno concretezza ai principi personalista e pluralista, contribuendo a conservare la coesione sociale e la convivenza civile in una società disomogenea. Il riconoscimento anche al non cittadino dei doveri diventa così sia un momento in cui si realizza la sua integrazione sociale, sia il mezzo per esaltare la sua partecipazione allo sviluppo della società. Particolarmente istruttiva in tal senso è stata la parabola dell'apertura ad esso al dovere di difesa della Patria, tramite il servizio civile nazionale, a partire dalla rielaborazione del "sacro dovere di difesa", non inteso più in senso esclusivamente antagonistico. Il carattere della volontarietà e la giurisprudenza sull'obiezione di coscienza hanno fatto da sfondo all'insieme delle riforme in materia di servizio civile. Dall'originaria matrice di prestazione sostitutiva del servizio militare di leva, che trovava il suo fondamento costituzionale nell'art. 52 Cost., il servizio civile si qualifica ora come servizio di carattere volontario, al quale si accede per pubblico concorso. L'ammissione al servizio civile consente 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. Questa prospettiva è stata avvalorata nella sent. 119/2015 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato la irragionevolezza dell'esclusione dei cittadini stranieri all'accesso al servizio civile. Le peculiarità di quest'ultimo fanno sì che esso possa peraltro qualificarsi, oltre che come adempimento di un dovere di solidarietà, anche come un'opportunità di integrazione e di formazione alla cittadinanza. Alla sentenza ha fatto poi seguito l'intervento del legislatore, che ha recepito tale apertura. Ci si è soffermati particolarmente sull'evoluzione dei rapporti e dei modi di attuazione della difesa della Patria, poiché si è così evidenziato l'anacronismo di disposizioni dettate per un diverso assetto della società «facendo apparire superate, sotto molteplici aspetti, quelle cautele che l'avevano ispirata» (Corte Cost., ord. 109/88).

Nella prospettiva dei doveri, l'Altro è anche colui che partecipa al meccanismo redistributivo del *welfare* nazionale, in ossequio al dovere di solidarietà, ma a cui è negato il diritto di voto. Si è pertanto approfondito l'aspetto dei rapporti politici dello straniero, ricavando dalla Costituzione gli spunti per una lettura che consenta di aprire al riconoscimento del diritto di voto al non cittadino, quale implicazione del principio democratico. In tale prospettiva si aderisce alla tesi della dottrina che ritiene necessario un intervento da parte del legislatore, in grado di valorizzare il legame significativo tra il non cittadino e la comunità. In tal modo si realizzerebbe un'apertura non indiscriminata, ma graduale e differenziata. Nel segno di un necessario intervento legislativo sono stati presi in considerazione i tentativi coraggiosi degli enti locali di ampliare il proprio corpo elettorale per le elezioni circoscrizionali ovvero comunali, e degli statuti regionali che pure hanno ampliato il voto ai non cittadini. Ne è emerso un duro scontro politico che si è concluso nel primo caso con due pareri, in parte dissimili, dei giudici di Palazzo Spada che non hanno escluso la possibilità di un allargamento del tessuto elettorale, ma hanno evidenziato la necessità di un intervento da parte del legislatore cui è affidata la riserva di legge dall'art. 117, co. 2, lett. p) Cost. Nel secondo caso, due pronunce della Consulta hanno escluso il tenore vincolante delle disposizioni statuarie, affievolendo così la portata dirompente che ne sarebbe derivata. Si è infine evidenziato come negli ultimi anni si sia registrato uno scarso interesse verso la questione dell'asimmetria nel diritto dell'immigrazione tra i titolari del potere decisionale – i cittadini – e chi è oggetto delle decisioni, appunto i non cittadini. Tale disinteresse sembra da ascrivere a due cause tra loro profondamente interconnesse: l'ondata populista che ha comportato un forte arretramento per i diritti degli stranieri messi sempre di più sotto sequestro; la crisi della rappresentanza e i modelli classici della partecipazione politica.

L'ultimo tema che si è toccato per tratteggiare lo statuto costituzionale del non cittadino è stato quello del diritto alla diversità culturale. L'inquadramento sistematico si è soffermato sulla descrizione dei due modelli principali di integrazione, quello assimilazionista e quello multiculturalista e della crisi di entrambi. In tale scenario l'Italia sembra non aver adottato un modello preciso, se non attraverso recenti documenti di diritto *soft* (a partire dalla *Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione* del 2007) e interventi occasionali caratterizzati dall'uso simbolico del diritto penale (l'art. 583 bis c.p. sulle *Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili* e l'art. 600 octies c.p. *Impiego di minori nell'accattonaggio*).

Nel silenzio del legislatore sul tema si è registrato un forte attivismo giudiziario che si è ripercorso per dare conto dei principali orientamenti emersi: per i reati a bassa offensività i giudici hanno dedicato una attenzione maggiore al bilanciamento tra diritti, quando il movente culturale coincide con quello religioso; per i reati ad elevata offensività, è emerso invece l'argomento dello sbarramento invalicabile. Ad ausilio dell'attività dei giudici-mediatori la dottrina ha proposto il ricorso a test culturali, su ispirazione dell'esperienza canadese e statunitense.

Il tema del riconoscimento e la tutela delle diversità culturali, in definitiva, investe la questione dell'affermazione della dignità della persona che assume nel nostro ordinamento una valenza di ordine costituzionale.

Chi scrive ritiene che l'eguaglianza emancipante del pieno sviluppo della persona debba essere intesa come fondamento dei diritti all'identità costituzionale ma anche come controlimita verso ogni forma di violenza o di imposizione (soprattutto verso i minori) in nome della diversità culturale e/o religiosa, ammettendo così anche un limite al contenitore "relativista" e consentire così che l'incontro con l'Altro avvenga su di un terreno di reciproca comprensione, per conoscere, comprendere e contaminare i reciproci valori.

L'ultima parte del testo è stata dedicata ai processi di integrazione, oltre i modelli, nella prospettiva del *welfare* regionale e locale, passando per il tema della creazione di cittadinanze regionali e locali tramite le quali si è tentato di costruire "piccole patrie", per mezzo di un welfare selettivo. Si è così avuto modo di svolgere un'analisi sulla giurisprudenza costituzionale intorno al tema dei diritti sociali, dei bisogni primari e sui criteri selettivi per accedervi.

Al termine di questa parte della ricerca si ritiene di avere raggiunto ed evidenziato un risultato importante: se è vero che la completa eguaglianza tra cittadino e non cittadino appare, al momento, irraggiungibile, a patto di non dover discutere del superamento della cittadinanza, per altro verso la categoria della cittadinanza richiamata in Costituzione non evoca in definitiva una immagine statica di una collettività individuata una volta per tutte, ma un collegamento dinamico esistente tra individuo e la comunità, ove è l'esercizio delle libertà costituzionali (e dei correlati doveri) a definire la partecipazione politica, sociale ed economica alla comunità stessa.

**III.** Il terzo capitolo si è soffermato sull'evoluzione legislativa in Italia, che si è andata sviluppando nel senso di mantenere quella tensione tra integrazione e sicurezza affiorata già nell'Italia liberale. Ne è emersa una complessa articolazione tra livelli di governo e fonti del diritto dell'immigrazione, con differenti tipologie di *status* e di permesso di soggiorno. Non è pertanto possibile ricostruire una condizione giuridica dello straniero unitaria, bensì essa è fortemente frammentata: a livello orizzontale, in relazione al tipo di permesso di soggiorno e/o allo *status* personale, a livello verticale in virtù di ulteriori previsioni — soprattutto in materia di diritti sociali — da parte di Regioni ed enti locali, realizzando così un profilo aggiuntivo di differenziazione, a seconda del luogo di residenza.

In questo quadro così variegato, si è scelto, per non disperdersi, di focalizzare l'indagine sul formante legislativo, in relazione a due situazioni specifiche: l'ingresso sul territorio e il diritto di asilo. Sono state inoltre esaminate anche le fonti specifiche sul tema provenienti dall'ordinamento UE. La scelta di concentrarsi su questi due segmenti del diritto degli stranieri è stata determinata dalla spirale repressiva che si è registrata negli ultimi anni verso i richiedenti asilo.

Il lavoro, per meglio dire, pur avendo dato uno sguardo complessivo al formante legislativo, dalla l. 943/1986 al d. lgs. 286/98, dalla l. 189/2002 ai "Pacchetti sicurezza" del biennio 2008-2009, si è ancora più in particolare concentrato principalmente sulle novità introdotte nei "decreti sicurezza" degli ultimi tre anni, con i dd.ll. 13/2017, 113/2018 e 53/2019.

Andando con ordine, sono emerse diverse tendenze, come l'“amministrativizzazione” della libertà degli stranieri. Essa si sostanzia per una commistione dei presupposti e dimidiazione delle garanzie tra diritto penale e amministrativo. Emblematico è l'istituto della detenzione amministrativa, ossia quell'opzione prescelta dal legislatore in nome di un'assunta efficiente politica dei rimpatri, tramite l'utilizzo dell'armamentario afflittivo della libertà personale tipico del diritto penale, depauperato tuttavia delle guarentigie dell'art. 13 Cost. Si tratta di un tipo di limitazione della libertà che insiste sulla sua dimensione non penalistica solo per neutralizzare le garanzie sostanziali e procedurali proprie dell'ordinamento penale, sostanziale e procedurale. Ne risultano figure ibride amministrativo-penali e penali-amministrative, con inversione di mezzi e fini.

Più precisamente, si è visto come le riforme che hanno interessato quest'istituto sono andate via via ad aumentare le tipologie dei centri di detenzione, i presupposti del trattenimento e la sua durata. Gli snodi fondamentali vanno rintracciati nella l. 189/2002, che ha introdotto il trattenimento amministrativo anche per i richiedenti asilo, per il tempo necessario all'esame della domanda (art. 13); raddoppiato i termini massimo del trattenimento per gli espellendi e reso obbligatorio il trattenimento per questa categoria (art. 32).

La l. 271/2004 che ha trasferito la competenza della materia sulla convalida del trattenimento e l'impugnazione dei decreti di espulsione al giudice di pace, organo – come si è sottolineato nel lavoro – si è sottolineato – formato da operatori non professionali e dalla vocazione e funzione conciliativa, con qualificazione e garanzia di indipendenza minori rispetto a quelle di un magistrato professionale e che sostanzialmente incarna il bisogno e forse mito della giustizia di prossimità alla società civile. Tutte queste caratteristiche mal si attagliano ad una fase giurisdizionale molto delicata, in grado di incidere in maniera irrimediabile sul soggiorno dello straniero e sulla sua libertà personale. Con il d.l. 92/2008 sono stati realizzati la ridenominazione dei “Centri di permanenza temporanea e assistenza” in “Centri di identificazione ed espulsione”, l'allungamento del termine massimo del trattenimento a diciotto mesi con l. 129/2011 (attuativa della direttiva 2008/115/CE) e la sostituzione della previgente elencazione delle ipotesi legittimanti il trattenimento con una formula generale, non analitica.

Per quel che concerne il sistema delle fonti è emersa una lunga fase di inattuazione della riserva di legge rinforzata di cui all'art. 10, co. 2 Cost., cui hanno supplito i testi normativi in materia di pubblica sicurezza, risalenti al regime fascista (prevalentemente il TULPS del 1931) e l'utilizzazione massiccia di circolari e atti di natura amministrativa. L'altra caratteristica ricorrente è l'assenza di riforme strutturali della materia, ma dell'affidarsi al solo strumento del decreto-legge e dunque nell'operare unicamente nell'affanno e nel solco dell'emergenza. Questa linea si è consolidata con il d.l. 92/2008 e ha attraversato quasi tutte le legislature, passando per i dd.ll. 13/2017, 113/2018, 53/2019, fino ad arrivare al più recente d.l. 130/2020. Ricorrenti sono peraltro le critiche alla carenza dell'omogeneità teleologica del decreto e delle legge di conversione, nonché dei presupposti stessi di necessità e urgenza, e alla prassi di abbinare maxi-emendamento e questione di

fiducia in sede di conversione, alterando così le ordinarie dinamiche dei rapporti tra Parlamento e Governo.

Quanto al diritto di asilo, esso è divenuto dal 2011 il principale canale di ingresso in Italia, assieme a quello dei ricongiungimenti familiari, a causa del sovrapporsi della crisi economica e di quella umanitaria, esplosa appunto all'epoca, senza trascurare la perdurante assenza di una regolare rotta migratoria per ragioni economiche: lo strumento dei decreti flussi è stato infatti sempre poco utilizzato e ugualmente quello delle cc.dd. sanatorie, salve le iniziative in termini tra il 2009 e il 2012 e, da ultimo quella dell'estate 2020.

La disciplina della protezione internazionale è stata così oggetto di rilevanti modifiche, per tentare di ridurre gli arrivi in Italia, sia dalla rotta via mare che dalla via balcanica, di concerto con l'UE, che ha stimolato il ricorso a strumenti di cooperazione con i Paesi di arrivo e di transito per il contenimento dei flussi. Si inseriscono appunto in questo tentativo di controllo dei flussi i sopra ricordati decreti-legge 13/2017 e 113/2018, entrambi mossi da esigenze securitarie. Il primo è stato fortemente condizionato dalle indicazioni provenienti dall'UE, il secondo è stato invece mosso da pulsioni al populismo e al sovranismo, teso alla dichiarata difesa dei confini nazionali in senso molto ideologico e propagandistico. Entrambe le novelle si sono mosse verso la riduzione dei tempi della procedura per il riconoscimento della protezione internazionale, riducendo l'esame approfondito della domanda nel corso del procedimento amministrativo attraverso le procedure cc.dd. accelerate e l'individuazione della "lista dei Paesi sicuri" e di quello giurisdizionale, attraverso l'eliminazione dell'udienza e dell'eventuale secondo grado di giudizio.

È peraltro possibile individuare negli ultimi decreti legge un elemento inedito rispetto ai precedenti interventi legislativi, ossia quello di aver non solo inasprito istituti tipicamente securitari, con l'introduzione di nuove ipotesi di trattenimento amministrativo, l'allungamento del termine massimo di esso, le novità riguardanti la revoca dello *status* di rifugiato e addirittura dello *status civitatis*, ma introducendo anche una più marcata torsione securitaria della via verso l'integrazione. Essa si è realizzata con la già osservata intersezione dell'amministrativizzazione del trattamento con ricorso al diritto penale senza le relative garanzie (in sostanza, senza controllo terzo e neutrale sull'amministrazione) anche nel caso del diritto d'asilo.

Questo dato è stato reso particolarmente evidente dal d.l. 113 attraverso le modifiche riguardanti il permesso di soggiorno per motivi umanitari, sostituito con i permessi di soggiorno per casi speciali, ognuno avente presupposti di minore ampiezza e minore durata; la facoltà del Ministro degli affari esteri di emanare un decreto contenente l'elenco dei Paesi di origine sicuri; la soppressione del sistema di accoglienza dello SPRAR, sostituito con quello SIPROIMI, che può ora riguardare un numero di categorie di ospiti ridotto rispetto al passato, avendo escluso richiedenti asilo e titolari dell'abrogata protezione umanitaria; l'introduzione di un percorso ad ostacoli per l'iscrizione anagrafica nel registro della popolazione residente dei richiedenti asilo, dichiarato illegittimo dalla Corte Cost. con la sent. 186/2020. Alla questione della residenza anagrafica dei richiedenti asilo si è ritenuto di dedicare un'attenzione specifica, poiché la dichiarazione di illegittimità è stata

accompagnata da una mobilitazione trasversale a sostegno dell'incostituzionalità dell'articolato legislativo che ha visto come protagonisti non solo gli studiosi ma anche i sindaci, i giudici di merito, le Regioni, prima di sfociare in due pronunce della Corte Costituzionale.

**IV.** Nel quarto e ultimo capitolo sono stati studiati più da vicino due casi, che in diverso modo creano un *vulnus* nel diritto di asilo e della libertà personale: le cc.dd. politiche dei porti chiusi e l'*hotspot approach*.

Le prime si inseriscono nella più ampia categoria delle cc.dd. politiche di non arrivo e di esternalizzazione delle frontiere, ossia quelle adottate dagli Stati per scongiurare che i migranti rintracciati e soccorsi in alto mare ricadano nella propria giurisdizione *de iure* e *de facto*, così da impedirne l'ingresso sul territorio, scaricandone la responsabilità sui Paesi di transito o origine. Tra di esse si inseriscono le novità introdotte nel Testo Unico dell'Immigrazione con il d.l. 53/2019, in particolare l'attribuzione al Ministro dell'interno, di concerto col Ministro della difesa e col Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, del potere di limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale.

L'analisi di questa parte del lavoro si è avvalsa delle categorie proprie del diritto internazionale del mare e degli arresti giurisprudenziali alla Corte Edu; del diritto dell'UE, con particolare riferimento al Regolamento 2016/399 (c.d. Codice frontiere Schengen) e della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

La novità rilevante nel c.d. decreto sicurezza *bis* è che il processo di criminalizzazione non ha riguardato più solo i migranti, ma in generale anche tutti coloro che prestano attività di ricerca e soccorso volte all'ingresso in Italia dei cittadini stranieri, in altre parole le navi soccorritrici delle ONG. Il processo di criminalizzazione delle ONG è tuttavia più risalente, essendo iniziato già nel 2017, quando l'agenzia dell'UE Frontex aveva inserito i soccorsi in alto mare tra i *pull factors* dell'immigrazione irregolare. In questo quadro si inseriscono le politiche di esternalizzazione italiane tramite l'adozione nel 2017 del *Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare* e la stipulazione di un accordo in forma semplificata con la Libia, il c.d. *Memorandum d'Intesa* del febbraio 2017, tacitamente rinnovato il 3 febbraio 2020, in violazione dell'art. 80 Cost.

In questo contesto di diffidenza istituzionale verso le operazioni di *search and rescue* si sono rinvenuti gli antefatti amministrativi del d.l. 53, ossia l'adozione di quattro direttive da parte del Ministro dell'interno, tra il marzo e l'aprile 2019, con le quali è stato stigmatizzato il *modus operandi* delle attività di soccorso che sono state definite «improprie», poiché le navi battenti bandiera italiana o straniera, dopo aver svolto attività di soccorso fuori della zona SAR italiana e non coordinate dalle relative autorità italiane, erano accusate di dirigersi verso le nostre coste per completare l'operazione individuando qui il *place of safety*, anziché nei porti libici, tunisini o maltesi.

Tra gli antefatti amministrativi si inserisce poi la vicenda del *caso Diciotti*, che si è ritenuto utile trattare isolatamente per evidenziarne i profili prospettici, che vanno oltre la vicenda di specie. Con esso si è infatti avuto modo di affrontare problematiche costituzionali significative connesse all'utilizzo dei poteri interdittivi

ministeriali, come la natura dell'atto politico, la qualificazione del reato ministeriale e l'insindacabilità del voto parlamentare sull'autorizzazione a procedere.

Si tratta di temi antichi, che sono tornati alla ribalta con un tratto peculiare rispetto alla *vexata quaestio* dell'immunità politica, ossia la pretesa di collocare al riparo dalla giustizia la condotta illecita di un ministro posta in essere, in tal caso, non per il perseguimento di uno scopo privato, ma per la rivendicazione di un obiettivo politico (*i.e.* la ritenuta difesa dei confini nazionali). Su tali questioni si sono interrogati molti giuristi, le cui raffinate analisi sono state ripercorse al fine di individuare i rimedi all'erosione della tutela dei diritti fondamentali attraverso il ricorso alla categoria classica dell'"atto politico" e successivamente quella dell'immunità ministeriale.

Le strade che la dottrina che si è occupata del caso in esame ha individuato sono state entrambe di natura giurisdizionale: quella del ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo e quella della giustizia interna, con la sollevazione del conflitto di attribuzione avverso la decisione di non concedere l'autorizzazione a procedere per il Ministro inquisito da parte del Senato. Chi scrive ha evidenziato che entrambi i percorsi sembrano particolarmente impervi e che nel medio periodo è stato in realtà lo stesso circuito politico ad aver metabolizzato l'illecita condotta ministeriale. Per vicende del tutto simili (ossia per i casi *B. Gregoretti* e *Open arms*), infatti, quando il sostegno politico all'*ex* Ministro per un mutamento di maggioranza, è venuto meno, il Senato non ha esitato ad autorizzare il procedimento penale a suo carico.

Analizzati i limiti dell'ordinamento internazionale e sovranazionale nel contrastare le politiche dei porti chiusi, lo sguardo è stato rivolto alla Costituzione, per rinvenire in essa strumenti di resistenza più pregnanti di quelli offerti dai due ordinamenti appena citati, in particolar modo esaminando da vicino il contrasto tra l'art. 11, co. 1 *ter* TUI e gli artt. 2 e 10, co. 3 e 13 della Costituzione. Più precisamente, le politiche di controllo delle frontiere tradiscono — sempre a parere della scrivente — l'art. 2, nella sua dimensione personalista e solidaristica. In coerenza con tale prospettiva, non si può non richiamare il valore della dignità sociale, quale cerniera tra artt. 2 e 3, co. 2 Cost., valore/ principio al vertice dell'ordinamento, non bilanciabile, ma esso semmai pietra di paragone e bilancia (Silvestri), riconnettendosi così all'analisi svolta nel capitolo secondo sulla *sedes materiae* dei diritti inviolabili degli stranieri e al punto di arrivo della giurisprudenza costituzionale ricordato e analizzato sul finire del terzo. Questo non vuol dire negare la tensione esistente tra dovere tendenzialmente universale di accoglienza e *jus excludendi* dello Stato, bensì riconoscere una dimensione della difesa dei confini nazionali non solo autoritaria nazionale, ma attenta anche al suo significato di difesa dei valori costituzionali.

Il contrasto con l'art. 10, co. 3 riguarda il contenuto necessario del diritto di asilo costituzionale, che riconosce — nelle more dell'esito del procedimento di esame della domanda di riconoscimento — un vero e proprio diritto temporaneo di accesso al territorio nazionale e di connesso soggiorno. Tale interpretazione è stata avvalorata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, che si è ripercorsa per valorizzare anche un altro aspetto, cioè l'affermazione a partire dalla normativa interna del diritto al *safety place*. Il legame tra diritto di asilo e il divieto di *refoulement* è indissolubile quando i soggetti tratti in salvo, oltre che naufraghi, siano qualificabili anche come

richiedenti asilo. In questi casi vi è un'intersezione tra l'obbligo negativo di non respingere lo straniero verso un territorio in cui la sua vita e la sua libertà possano essere minacciate e quello positivo che consiste nel consentire l'accesso al territorio per la presentazione della domanda d'asilo.

Un ultimo elemento da considerare è che il diniego dell'assegnazione del posto sicuro da parte delle autorità italiane si è tradotto per i migranti a bordo delle navi (sia delle ONG, sia militari italiane), in una privazione *de facto* della libertà personale, contraria tanto all'art. 13 Cost., quanto all'art. 5 CEDU. A tal proposito si è ritenuto istruttivo richiamare le indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale e dalla Corte Edu, contenute rispettivamente nella sent. n. 105 del 2001 e nella pronuncia sul caso *Khlaifia e altri c. Italia*. Da entrambe le decisioni si ricava la lezione della prevalenza del dato sostanziale su quello formale in ordine alla qualificazione giuridica degli istituti restrittivi della libertà personale, la cui individuazione non è data né dalla terminologia utilizzata dal legislatore interno, né dallo scopo dichiarato dalle autorità competenti di intervenire per la protezione del migrante o per la tutela della sua sicurezza, bensì dallo scrutinio della situazione concreta, valutando elementi come l'eventuale uso della forza e dei poteri di vigilanza e la possibilità di comunicare con l'esterno o di allontanarsi.

Ad avvalorare la tesi della necessaria abrogazione dei poteri che limitano l'ingresso, la sosta e il transito di navi soccorritrici nei porti italiani si è rilevato come anche di fronte al rinnovo della compagine politica dell'Esecutivo nel settembre 2019 le politiche dei porti chiusi abbiano continuato ad essere praticate, seppure con minor clamore mediatico. Il caso di studio che ha mostrato tale continuità è stato quello del decreto interministeriale del 7 aprile 2020, adottato dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, il Ministro dell'interno e il Ministro della salute, con cui è stato stabilito che i porti italiani per tutta la durata dell'emergenza sanitaria non rappresentano più "luoghi sicuri" ai fini dello sbarco di migranti soccorsi in mare da unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana.

Nonostante che il decreto sia stato dunque presentato come adottato a tutela della salute individuale dei migranti, ai quali non possono assicurarsi le cure necessarie e della salute collettiva dei cittadini, se ne rilevano egualmente diverse criticità, come quella sulla fonte di diritto utilizzata, un atto amministrativo che degrada il diritto umano allo sbarco in un luogo sicuro; la violazione delle norme di diritto internazionale (su tutti del divieto di respingimento e di espulsioni collettive) e dunque anche dell'art. 10, co. 1 Cost.; la potenziale lesione del diritto d'asilo derivante dalla chiusura dei porti e quella del diritto alla salute dei migranti. Anche se si tratta di una misura adottata nel corso dell'emergenza pandemica, dall'analisi svolta essa non è parsa comunque aderente ai due necessari criteri guida di proporzionalità e temporaneità che anche l'assetto ordinamentale emergenziale dovrebbe in ogni caso contemplare. Sul versante del bilanciamento operato, il decreto non ha tenuto conto della rapida e imprevedibile mutevolezza del decorso epidemiologico, così da potere tenere conto con immediatezza di eventuali cambiamenti di fatto *in pejus* e rimodularsi in senso espansivo in ordine ai molteplici diritti compressi dei naufraghi.

In chiusura della prima parte è stata analizzato più da vicino il rapporto intercorrente tra divieto di respingimento, asilo e ordinamento dell'UE. Quest'ultimo è largamente basato sulla Convenzione di Ginevra del 1951 e sul principio di non respingimento, tuttavia ne amplia la portata, prevedendo un livello di tutela più avanzato. Più precisamente, lo fa attraverso l'ampliamento della categoria dei beneficiari (accanto alla protezione internazionale sono riconosciute quella sussidiaria e quella temporanea) e l'autorizzazione del richiedente a rimanere sul territorio dello Stato membro per tutto il corso della procedura e per il tempo utile ad esercitare il diritto al ricorso effettivo. La previsione di un maggior livello di tutela si scontra con l'annosa difficoltà derivante dalla mancata predisposizione di un sistema comune di asilo europeo (CEAS) che non sia fortemente condizionato dalle politiche di controllo delle frontiere. Manca altresì la previsione di canali di ingresso legali, per motivi sia di asilo, sia di lavoro, che consentirebbe da un lato di non sovraccaricare il canale di accoglienza cui si discute e dall'altro di tutelare effettivamente chi attraversa la frontiera dal traffico illegale dell'immigrazione.

La seconda parte del capitolo si è invece concentrata sui profili critici dell'implementazione dell'*hotspot approach* in Italia. Il discorso è stato inserito nel più ampio spettro della solidarietà che deve fornire l'UE in materia di immigrazione e asilo, in riferimento alla previsione dell'art. 80 TFUE e alla crisi umanitaria siriana, che ha portato all'adozione dell'Agenda europea della migrazione del 2015.

La risposta europea alla crisi migratoria si è resa necessaria a causa del notevole aggravamento ai sistemi di accoglienza dei Paesi frontalieri (Italia e Grecia). Com'è noto, verso di essi l'applicazione dei criteri stabiliti nel Regolamento 604/2013 (c. d. Dublino III), per determinare su quale Paese dell'Unione gravi l'obbligo di esaminare le domande di protezione internazionale, ha comportato un notevolissimo squilibrio, nonché una distribuzione iniqua degli oneri in materia di immigrazione e asilo. La risposta solidale dell'UE a questa *impasse* è stata individuata nella duplice strategia del meccanismo di ricollocazione e nella cooperazione con i Paesi terzi.

Sono stati pertanto approfonditi entrambi i temi. Quello della ricollocazione ha evidenziato lo "stato di salute" fragile della solidarietà infra-statale nei Paesi dell'Unione. Esso, al termine di operatività prevista del piano biennale predisposto nell'Agenda, si è rivelato inadeguato verso i Paesi frontalieri coinvolti, perché il numero di ricollocati rimpatriati verso gli altri Stati membri ha raggiunto una quota che resta molto al di sotto della media della quota prefissata. L'altro dato riscontrato è stato l'esplicito e concreto blocco del meccanismo da parte di alcuni Stati membri. Paradigmatica è stata come noto l'aperta opposizione da parte soprattutto dei Paesi del c.d. «gruppo di Višegrad» (Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca e Slovacchia), ma anche quella austriaca alla legittimità dell'intera operazione. La ferma condanna della Corte di Giustizia ha mostrato un atteggiamento lodevole a voler condurre l'azione scomposta degli Stati membri renitenti verso una visione comune, tuttavia ancora lontana dall'essere stata raggiunta. Sia da parte di quelle istituzioni (il Consiglio, principalmente) chiamate ad adottare soluzioni di riequilibrio delle responsabilità in capo a tutti i Paesi dell'Unione, sia da parte degli stessi Stati membri, che sembrano disposti a farsi carico dei costi della solidarietà poco o nulla.

La dimensione esterna della solidarietà europea nella materia qui trattata consiste in sostanza nella creazione di partenariati con i Paesi di origine o di transito, affinché questi si facciano parti attive nel contrasto dell'immigrazione irregolare. Nell'ambito della crisi migratoria del 2015 la Dichiarazione UE-Turchia ha aperto le porte ad un rinnovato approccio al problema della cooperazione, che si è connotato per la forma semplificata (la Dichiarazione è priva della forma tipica degli accordi internazionali) e per la previsione di un impegno finanziario tanto più forte quanto maggiore si riveli la capacità degli Stati terzi di farsi promotori di azioni di contrasto all'immigrazione clandestina. Tale richiamata dimensione esterna delle politiche di immigrazione e di asilo dal 2016, al netto delle criticità, è comunque diventata un elemento stabile, nonché l'unico su cui tutti gli Stati membri convergono. Gli Stati dell'Unione hanno cioè ritrovato coesione almeno sul proposito di persuadere i Paesi terzi a trattenere e/o rimpatriare i propri cittadini e i migranti in transito nel loro territorio, inclusi nel numero i richiedenti asilo. In questo scenario, l'accordo con la Turchia è diventato il modello praticato di cooperazione anche per l'Italia e sono state evidenziate nel lavoro le similitudini tra la Dichiarazione UE-Turchia e il *Memorandum of Understanding* 2017 tra Italia e Libia.

Si è poi passati a studiare l'altro versante della solidarietà europea, ossia le misure richieste all'Italia e alla Grecia in cambio degli aiuti loro corrisposti. Più precisamente, il meccanismo di ricollocazione è stato subordinato all'implementazione nei due Paesi dei punti di crisi (gli *hotspot*), per raggiungere l'obiettivo di identificare tutti i migranti e distinguere così i richiedenti protezione internazionale dagli irregolari.

L'attivazione dei punti di crisi in Italia si è caratterizzata per numerose criticità. La prima è l'assenza di una chiara definizione giuridica della tipologia dei nuovi centri, questione di non poco momento giuridico costituzionale se si pensa che le operazioni compiute al loro interno incidono su due diritti fondamentali: asilo e libertà personale. Oltre all'assenza di una definizione certa sulla natura dei nuovi centri, perdura a cinque anni dalla loro attivazione l'assenza di una copertura giuridica. I primi riferimenti all'*hotspot approach* si sono susseguiti in una serie di circolari amministrative e atti atipici del Ministero dell'Interno (*Roadmap* e *Standard Operating Procedures*). Neppure l'intervento legislativo realizzato con il d.l. 13/2017 è riuscito a risolvere il problema, esso infatti ha introdotto una norma specifica all'interno del Testo Unico dell'Immigrazione, l'art. 10 *ter*, che si risolve in un rinvio a disposizioni che non dicono nulla e lasciano alla totale discrezionalità dell'autorità di polizia la concreta gestione di fasi procedurali sulle attività della prima identificazione e dell'informazione sulle procedure di protezione internazionale. Gli studiosi hanno parlato di una normativa solo apparente, di limbo normativo, di zona franca del diritto. Nella *governance* degli *hotspot* è riemerso il *topos* dell'emergenza, declinato nell'(ab)uso della decretazione d'urgenza e della problematica prassi dell'abbinamento tra maxi-emendamento e questione di fiducia in sede di conversione del decreto in legge. Per verificarne le storture, è stato interessante guardare più da vicino le vicende della conversione in legge del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13 e i tentativi di apportare delle modifiche migliorative, o

comunque nella direzione richiesta da studiosi e operatori del diritto, alla normativa *in itinere*.

Particolarmente problematica sotto il profilo della *effettività* del diritto di asilo è la compilazione del foglio notizie, attraverso il quale si selezionano i richiedenti asilo, distinguendoli dai cc.dd. migranti economici. A tale proposito, rilevanti preoccupazioni sono state espresse dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato, che, in un copioso e dettagliato rapporto ha evidenziato la forte problematicità che accompagna questa fase così delicata, sia per il momento (subito dopo lo sbarco in condizione di evidente vulnerabilità) in cui si svolge, sia per le sue modalità (la compilazione di un questionario). La dottrina più attenta ha evidenziato che dal mancato rispetto della normativa, che prevede l'obbligo di informativa legale e l'uso di una lingua comprensibile, potrebbero derivare conseguenze irrimediabili per lo straniero, contrarie in ogni caso alla normativa nazionale e sovranazionale. Come chiarito dalla giurisprudenza interna, l'attività di pre-identificazione non è comunque idonea a determinare uno *status* giuridico definitivo e non può precludere l'esercizio del diritto a richiedere protezione internazionale.

Sono state poi esaminati i profili controversi connessi all'impiego della forza per il rilevamento delle impronte digitali, attività che si svolge nell'assenza di una disciplina legislativa di riferimento.

Sono state altresì esaminate le ulteriori ipotesi di trattenimento amministrativo per il richiedente asilo introdotte dal d.l. 13/2017, in relazione al migrante che rifiuti reiteratamente di sottoporsi al rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico e dal d.l. 113/2018, qualora non sia possibile determinarne l'identità o la cittadinanza, nel corso delle operazioni di pre-identificazione. Entrambe le novelle sono confluite in una complessa trama normativa, che prevede una durata massima del trattenimento (dodici mesi) del richiedente asilo, maggiore rispetto a quello previsto per il migrante in attesa di rimpatrio (novanta giorni, prorogabili per ulteriori trenta). Non si tratta solamente di considerare una durata più lunga del trattenimento, invero, ma anche l'assenza della previsione di criteri tassativi di proroga. La durata variabile dei termini per l'esame della procedura d'asilo determinata dai tempi lunghi dell'amministrazione e dall'assenza di perentorietà dei medesimi, fa sì che si dilatino considerevolmente anche i giorni e i mesi della privazione della libertà personale del richiedente.

Un'attenzione specifica ha meritato l'art. 3 il d.l. 113/2018, che ha aggiunto all'art. 6 d.lgs. 142/2015 il comma 3 *bis* la nuova ipotesi di trattenimento per la determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza. La disposizione presenta diversi profili di criticità anzitutto rispetto al diritto UE e all'art. 3, par. 3, lett. *a*, della direttiva 2013/33/UE, che legittima sì il trattenimento per la verifica dell'identità o della cittadinanza, ma subordinando l'applicazione della misura alla specificazione e disciplina dei motivi che hanno ostacolato quest'attività.

Ci si è poi interrogati sulla previsione dell'art. 6, co. 3 *bis*, del d.lgs. 142 come modificata dal d.l. 113 e se essa si sia rivelata, in conclusione, idonea a dare l'agognata copertura giuridica dei problemi aperti. A differenza di altri studiosi, non sembra a chi scrive che il d.l. 113/2018 sia intervenuto, in complesso, a chiarire e

chiudere effettivamente in modo efficace e incontrovertibile le questioni controverse. Anche ove si ritenesse diversamente, però, la normativa continua a mantenere almeno due profili discutibili: da un lato, l'irragionevole disparità di trattamento tra richiedenti asilo e migranti non richiedenti, poiché solo per i primi gli *hotspot* si configurerebbero come centri chiusi; dall'altro lato il vuoto giuridico rispetto ai migranti c.d. irregolari, poiché per essi non è chiaro se possano o meno uscire dai punti di crisi.

I mille dubbi che ancora accompagnano l'*hotspot approach* italiano non fanno che confermare la natura opaca di questo controverso istituto.

Ancora una volta, per esaminare i profili di illegittimità dei punti di crisi è ritornato utile rileggere la sentenza della Corte Edu sul caso *Khalifia e altri c. Italia* e la sentenza n. 105/2001 della Corte Costituzionale. Entrambe concordano sulla irrinunciabilità delle garanzie fondamentali dell'*habeas corpus* e del principio generale della certezza del diritto, nonché sulla necessità di proteggere l'individuo dall'arbitrarietà di una detenzione *de facto*.

Al termine del lavoro si trae la conferma che gli anticorpi alle derive repressive del diritto dell'immigrazione sono ben presenti nella nostra Carta Costituzionale, anche se essa è apparentemente (quasi) spoglia di riferimenti al non-cittadino. Essi si rinvergono nell'idea che la Carta promuova un approccio inclusivo, in cui assume valore centrale la tutela della dignità personale. Non può che derivarne la conseguenza che la difesa delle frontiere arretri al cospetto della situazione della persona bisognosa di aiuto, poiché il diritto di asilo non può recedere di fronte a chi, allegando motivi umanitari, invochi il diritto di solidarietà sociale. La nozione di territorio richiamata nell'art. 10, co. 3 Cost. esprime dunque l'idea della sede dei diritti fondamentali sanciti nella Carta e la connessione con il più universale dei diritti: quello appunto all'asilo.

Lo stesso discorso può farsi per il diritto alla libertà personale, che attraverso la detenzione amministrativa subisce una vera e propria "bagatellizzazione". Lo straniero, sia a bordo delle navi in alto mare, sia all'interno dei punti di crisi, si ritrova in una situazione di privazione della libertà personale *de facto*, senza che abbia commesso alcun reato, ma solo per le esigenze dei singoli Stati coinvolti a una *governance* ordinata ed efficiente del fenomeno. La gravità e sproporzionalità è ancora maggiore di quella che si verifica esistere all'interno dei Centri per il rimpatrio, poiché nei casi esaminati l'unica ragione su cui si fonda il trattenimento è la ricerca di un posto sicuro per presentare domanda di asilo. Allo stesso tempo emerge come la ricerca di soluzioni nazionali al problema non sia sufficiente. La crisi migratoria del 2015 ha infatti evidenziato una volta di più (seppure ce ne fosse stato bisogno) la profonda interconnessione tra la mancata solidarietà europea e il collasso dei sistemi di accoglienza italiani e greci. Pertanto anche la pure auspicabile attuazione della riserva di legge sull'asilo costituzionale non potrebbe da sola assolvere alle carenze sistemiche riguardanti la politica comune europea in materia di asilo. Il grimaldello che consentirebbe di aprire la serratura della solidarietà europea in materia è sicuramente quello del superamento dei criteri presenti nel Regolamento Dublino, in particolare quello del Paese di primo arrivo, al fine di stabilire quale Paese membro sia competente per la procedura di asilo e accoglienza. Fintantoché

l'approccio alla materia continuerà ad essere di tipo inter-governativo, piuttosto che unitario, difficilmente si riuscirà peraltro a conseguire risultati più equi per gli Stati membri e più umanitari per i cittadini extra UE.

Al termine del lavoro si ritenuto utile dare conto, sotto la veste di “prime note di lettura”, delle modifiche intervenute sulla materia trattata con il *Nuovo patto in materia di immigrazione e asilo* presentato dalla Commissione europea il 23 settembre e il recentissimo decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130, convertito nella legge 18 dicembre 2020, n. 173. Il primo si pone in forte continuità con l'Agenda della migrazione del 2015, essendo infatti assegnata rinnovata centralità alle attività volte a determinare celermente lo *status* e il tipo di procedura da applicare, di tutti i cittadini di Paesi terzi che attraversino senza autorizzazione le frontiere UE e non mutando i nodi essenziali del regolamento Dublino. Il secondo invece si è posto in discontinuità con i precedenti decreti 113/2018 e 53/2019. Dall'analisi delle disposizioni emerge che in realtà la presa di distanza non è così forte, residuano molti spazi di criticabilità ma anche di positivo rinnovamento. Invero si segnala una distanza non trascurabile tra il *Nuovo patto* UE e il d.l. 130, meritevole di futuri approfondimenti.

\*\*\*

In estrema conclusione, se si dà per pacifica la riflessione che il migrante in fuga «segnala un problema che è personale e globale allo stesso tempo, (...) e perciò destinato a ripercuotersi sulla stessa credibilità dei principi di uguaglianza e dignità delle persone sui quali si fondano le nostre democrazie»<sup>1053</sup>, è utile il monito che segnala una vecchia storia della tradizione ebraica: «Un gruppo di uomini viaggiano insieme su una barca. Improvvisamente, uno di loro estrae una trivella e inizia a forare lo scafo sotto di sé. I suoi compagni protestano: “Perché lo stai facendo?”, gridano. “Di cosa vi state lamentando?”, risponde, “Non sto forse forando lo scafo sotto il mio sedile?”. “Certo”, rispondono i compagni, “Ma entrerà acqua e affonderà la barca con tutti noi a bordo”» (Conclusioni dell'Avvocato Sharpston nella causa *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca*).

---

<sup>1053</sup> S. MONTESANO, *L'identità (religiosa) della persona migrante e l'accoglienza in Italia, tra le derive securitarie e le politiche di integrazione civica. Brevi considerazioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, fasc. 3/2021, p. 31.

## Bibliografia

- F. Abbondante, *Le soluzioni istituzionali alla crisi pandemica in Inghilterra: tradizione e innovazione*, in F. Niola, M. Tuozzo, *Dialoghi in emergenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020;
- Ead., *Multiculturalismo e dimensione di genere: una difficile convivenza tra differenza e uguaglianza*, in F. Abbondante., S. Prisco (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015;
- F. Abbondante, S. Prisco, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 24 marzo 2020;
- F. Abbondante, S. Prisco, *La condizione giuridica degli immigrati e le politiche degli enti territoriali tra integrazione e rifiuto*, in *astrid-online*, 2009;
- A. Accardi, M. Cola, *Guerra e partnership. Una riflessione sull'ambivalenza di hostis*, in *I quaderni del Ramo d'Oro, on line*, n. 3/2010;
- M. Acierno, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione Giustizia*, fasc. 2/2018;
- M. Acierno, M. Flamini, *Il dovere di collaborazione del giudice nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2017;
- A. Adinolfi, *Diritto dell'Ue e soggiorno del richiedente protezione internazionale in attesa dell'esito del ricorso in Cassazione: qualche osservazione a margine dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano (n. 44718/2017)*, in *Questione Giustizia*, 29.06.2018;
- Ead., *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in G. Strozzi, *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, Torino, Giappichelli, V ed., 2017;
- A. Aimi, *Il "Decreto Sicurezza" 2018: i profili penalistici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1/2019;
- A. Algostino, *Brevi riflessioni sul vertice di Parigi del 28 agosto 2017: gestione dei flussi migratori ed "effetti collaterali"*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2017;
- Ead., *CoViD-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 3/2020;
- Ead., *Delocalizzazione della tortura e 'tortura di Stato' Tra accordi di riammissione, esternalizzazione delle frontiere e chiusura dei porti*, in F. Perocco (a cura di), *Tortura e migrazioni*, Venezia, Editore Ca' Foscari, 2019;

- Ead., *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e diseguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2018;
- Ead., *I diritti politici dello straniero*, Napoli, Jovene, 2006;
- Ead., *Il diritto di voto degli stranieri: una lettura - controcorrente - della Costituzione*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, Franco Angeli, 2020;
- Ead., *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, in *Costituzionalismo.it*, 13 aprile 2010;
- Ead., *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016;
- Ead., *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2017;
- Ead., *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti: sommersi e salvati*, in *Diritti senza confini*, 21 marzo 2020;
- U. Allegretti, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, Diritti, Costituzione*, Bologna, il Mulino, 1997;
- M. Ambrosini, *Immigrati stranieri e famiglie italiane: la formazione di un welfare parallelo, tollerato, misconosciuto*, in F. Cortese, G. Pelacani, *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017;
- Id., *L'immigrazione e la sfida dell'integrazione*, in G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, Esi, 2018;
- M.C. Amorosi, *Le nuove disposizioni in materia di immigrazione: il decreto legge n. 13 del 2017 e il consolidarsi di un paradigma discriminatorio nella gestione del fenomeno migratorio*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017;
- V. Amorosi, *Storie di giuristi e di emigranti tra Italia e Francia. Il diritto internazionale del lavoro di primo Novecento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020;
- G. Anello, «Fratture culturali» e «terapie giuridiche». *Un percorso giurisprudenziale tra multiculturalità e soluzioni interculturali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2009;
- Id., *Immigrazione: una sfida di multiculturalismo, solidarietà, integrazione. La Carta dei valori e l'interpretazione del cambiamento: una rilettura mediterranea*, in A. D'aloia, G. Forlani (a cura di), *La Costituzione e i “nuovi cittadini”. Riflessioni sulla Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*, Parma, MuP, 2018;

- S. Angeletti, *Il discorso di David Cameron riaccende il dibattito sul multiculturalismo*, in *federalismi.it*, 9 marzo 2011;
- A. Apostoli, *La cittadinanza nella sfida della globalizzazione*, in A. Calore, F. Mazzetti (a cura di), *I confini mobili della cittadinanza*, Torino, Giappichelli, 2019;
- Ead., *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, Giuffrè, 2012;
- H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, trad. it., Torino, Einaudi, 2004;
- E. Augusti, *Protezione, sicurezza, assistenza, solidarietà. Politiche internazionali di controllo dello straniero in Europa tra Otto e Novecento*, in E. Augusti, A.M. Morrone, M. Pifferi (a cura di), *Il controllo dello straniero. I "campi" dall'Ottocento a oggi*, Roma, Viella, 2017;
- G. Azzariti, *I problemi di costituzionalità dei decreti sicurezza e gli interventi del Presidente della Repubblica*, in *Diritto Pubblico*, fasc. 3/2019;
- Id., *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013;
- Id., *Multiculturalismo e costituzione*, in *Politica del diritto*, fas. 1-2/2016;
- F. Bailo, *Il "caso Diciotti" e la "prova di forza" con l'Ue: fare i conti con la legalità*, in *laCostituzione.info*, 26 agosto 2018;
- V. Baldini, *La disobbedienza civile come forma (illegittima?) di resistenza contro la legge ingiusta... La condotta individuale di opposizione tra imperativo etico ed (auto)tutela costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019;
- R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi. Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006*, Torino, Giappichelli, 2007;
- R. Barberini, *Il sequestro della Iuventa: ong e soccorso in mare*, in *Questione Giustizia*, 18 settembre 2017;
- M. Barberis, *Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, fasc. 1/2012;
- P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1953;
- G. Barrera, *Patrilinearità, razza e identità: l'educazione degli italo-eritrei durante il colonialismo italiano (1885-1934)*, in *Quaderni storici*, n. 109/2002;
- G. Bascherini, *A proposito delle più recenti riforme in materia di trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012;

- Id., *Brevi considerazioni storico-comparative su cittadinanza, ius sanguinis e ius soli nella vicenda italiana*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 1/ 2019;
- Id., *Doveri costituzionali*, in *Enciclopedia Treccani, Diritto on line*, 2014;
- Id., *Il dovere di difesa nell'esperienza costituzionale italiana*, Jovene, Napoli, 2017;
- Id., *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, Jovene, 2007;
- Id., *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge Bossi-Fini*, in *Costituzionalismo.it*, 20 luglio 2004;
- Id., *La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione libertà/responsabilità*, in *Diritto Pubblico*, 2/2018;
- Id., *La solidarietà politica. Nell'esperienza costituzionale repubblicana*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2016;
- Id., *Note sulla penalizzazione delle irregolarità migratorie. Though this be madness, yet there is method in't*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2010;
- F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010;
- Id., *I reati cd. «culturalmente motivati» commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Questione giustizia*, fasc. 1/2017;
- D. Belluccio, *Richiedente asilo o persona straniera irregolare: se il confine è nel silenzio*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2017;
- É. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee. Volume primo. Economia, parentela, società*, Torino, Einaudi, 2001;
- M. Benvenuti, *Asilo (diritto di) - II) Diritto costituzionale*, voce in *Enc. giur. Treccani*, XVI, 2008;
- Id., *Andata e ritorno dell'asilo costituzionale*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2010;
- Id., *Audizione resa il 30 luglio 2019 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione 1a (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica nell'ambito dell'esame del disegno di legge recante "Conversione in legge del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica"*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 5/2019;
- Id., *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2018;

- Id., *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, Cedam, 2007;
- Id., *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2019;
- Id., *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione Giustizia*, fasc. 2/2018;
- Id., *Lo strano caso Diciotti. Diritti, rovesci e argomenti in una (brutta) pagina di diritto costituzionale italiano*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2019;
- C. Bertolino, *Territori e immigrazioni tra diritto di respingimento e dovere di accoglienza*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018;
- M. Bettini, A. Borghini, *La guerra e lo scambio: hostis, perduellis, inimicus* in *Linguistica e antropologia. Atti del XIV congresso internazionale di studi della Società di Linguistica Italiana (Lecce, 23-24 maggio 1980)*, Roma, Bulzoni, 1983;
- J. Bhabha, *Can We Solve the Migration Crisis?*, Cambridge, Polity Press, 2018;
- B. Bianchi (a cura di), *La violenza contro la popolazione civile nella grande guerra. Deportati, profughi, internati*, Milano, Edizioni Unicopli, 2006;
- F. Bilancia, *Ancora sull' "atto politico" e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012;
- R. Bin, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996;
- Id., *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, fasc. 1/2015;
- Id., *Ancora caso Diciotti: ma qualcuno ha letto ciò che ha scritto il Tribunale dei ministri?*, in *laCostituzione.info*, 13 febbraio 2019;
- Id., *Halloween! Il Caso Diciotti e il fantasma dell'atto politico*, in *laCostituzione.info*, 1° novembre 2018;
- Id., *Il "caso Rackete": una sentenza importante della Cassazione*, in *laCostituzione.info*, 1° marzo 2020;
- Id., *Politica pop e diritto, i rischi di un passo indietro nella nostra storia*, in *laCostituzione.info*, 5 settembre 2018;
- Id., *Riserva di legge e conflitto di attribuzione: dov'è finita la caccia alle "zone franche"? Breve nota a Corte costituzionale, ord. 163/2018*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 20 luglio 2018;

- F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2013;
- Ead., *I diritti fondamentali degli stranieri tra discrezionalità del legislatore e sindacato costituzionale*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, il Mulino, 2013;
- Ead., *Il sistema di accoglienza e integrazione e i diritti dei minori stranieri. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.l. n. 130/2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. 1/2021;
- Ead., *La condizione giuridica dello straniero. Alcune chiavi di lettura*, in Ead., E. Rossi (a cura di), *Diritti oltre frontiera: migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa University Press, 2020;
- Ead., *Le fonti del diritto dell'immigrazione*, in F. Cortese, G. Pelacani, *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017;
- Ead., *Lo Stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, fasc. 3/2012;
- Ead., *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in *le Regioni*, 2010;
- F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna, *L'accordo di integrazione ovvero l'integrazione per legge*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, il Mulino, 2013;
- F. Blando, «Atto politico» e «Stato di diritto» nella sentenza n. 81 del 2012 della Corte costituzionale, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 31 ottobre 2012;
- P. Bonetti, *Ammissione all'elettorato e acquisto della cittadinanza: due vie dell'integrazione politica degli stranieri. Profili costituzionali e prospettive legislative*, in *federalismi.it*, n. 11/2003;
- Id., *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *federalismi.it*, Focus Osservatorio Emergenza Covid-19, 20 maggio 2020;
- Id., *Kblajfia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quad. cost.*, fasc.1/2017;
- Id., *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro, *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri. Atti del Convegno internazionale degli studi di Reggio Calabria, 26-27 marzo 2015*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016;
- Id., *I principi, i diritti e i doveri. Le politiche migratorie*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004;

- Id., *Il diritto di asilo nella Costituzione italiana*, in C. Favilli (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, Cedam, 2011;
- Id., *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, in *Dir, Imm. e Citt.*, fasc. 1/2018;
- Id., *Ingresso, soggiorno e allontanamento, Sezione Prima - Profili generali e costituzionali*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004;
- Id., *L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, Franco Angeli, 2020;
- Id., *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*, in *Diritto Pubblico*, fasc. 3/2019;
- Id., *L'uso della lingua negli atti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri e nell'accesso al diritto di asilo*, in Ead. (a cura di), *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, Torino, Giappichelli, 2016;
- Id., *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 4/2009;
- Id., *Migrazioni e stranieri di fronte alla Costituzione: una introduzione*, in *Riv. Dir. Cost., Migrazioni*, vol. III/2020;
- P. Bonfante, *Storia del diritto Romano, I*, Milano, Giuffrè, 1958;
- S. Bono, *Un altro Mediterraneo. Una storia comune tra scontri e integrazioni*, Roma, Salerno Editrice, 2008;
- M. Borraccetti, *Il nuovo patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2021;
- Id., *La politica europea della migrazione. Nel periodo 2017-2019. Sviluppi e perplessità*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2020;
- C. Botrugno, *Diritto alla salute e migrazioni internazionali. Per una "bioetica in azione"*, in *Jura Gentium*, n. 2/2019;
- L. Brunetti, *Ancora sulla insindacabilità degli atti politici ministeriali. Può davvero una legge costituzionale permettere la violazione dei diritti fondamentali?*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 18 marzo 2019;

- L. Brunetti, *Ancora sulla insindacabilità degli atti politici ministeriali. Può davvero una legge costituzionale permettere la violazione dei diritti fondamentali?*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 18 marzo 2019;
- Id., *L'atto politico ministeriale come atto potenzialmente «esente da giurisdizione» (quand'anche astrattamente reato)*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 30 gennaio 2019;
- G. Bucci, *Eguaglianza, immigrazione e libertà di circolazione nell'era della mondializzazione dell'economia*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino, Giappichelli, 2005;
- R. Cadin, *L'insostenibile solitudine dell'Italia davanti ai flussi incontrollati di migranti ridotti in Libia in stato di schiavitù*, in *federalismi.it*, n. 13/2017;
- G. Caggiano (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione : migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2014;
- Id., *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3/2015,
- S. Calabria, *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs. n. 286/1998). I diritti fondamentali dei migranti soccorsi in mare e il correlativo quadro dei doveri delle autorità statuali alla luce dei precedenti delle Corti sovranazionali. Qual è l'incidenza del cd. decreto sicurezza-bis? Il caso Sea Watch e la discussa questione dell'adempimento di un dovere*, in *Questione Giustizia*, 29 luglio 2019;
- P. Calamandrei, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Firenze, Edizioni U, 1945;
- A. Calore, *“Cittadinanza” tra storia e comparazione*, in M. Brutti, A. Somma, *Diritto: storia e comparazione Nuovi propositi per un binomio antico, Frankfurt am Main*, Max Planck Institute for European Legal History, 2018;
- Id. (a cura di), *“Guerra giusta”? Le metamorfosi di un concetto antico*, Giuffrè, Milano 2003;
- Id., *Hostis e il primato del diritto*, in *Bullettino dell'Istituto Romano «Vittorio Scialoja»*, Quarta Serie Vol. II, 2012;
- E. Camassa *La parità di genere e il ruolo delle donne tra diritto di famiglia e diritti delle religioni*, in S. Scarponi (a cura di) *Diritto e genere. Temi e questioni*, Università degli Studi di Trento, 2020;
- Camera dei deputati, *Relazione sul sistema di identificazione e di prima accoglienza nell'ambito dei centri «hotspot»*, 26 ottobre 2016;

- F. Campomori, *La governance multilivello delle politiche di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati in Italia*, in *Istituzione del Federalismo*, n. 1/2019;
- M.C. Cavallaro, *Procedura amministrativa, funzioni di governo e libertà fondamentali nella "vicenda Diciotti"*, in *Dir. pen. cont.*, 5 giugno 2019;
- F. Cancellaro, *Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?*, in *Sistema penale*, 28 settembre 2020;
- Ead., *Migranti, Italia condannata dalla CEDU per trattenimenti illegittimi*, in *Questione Giustizia*, 11 gennaio 2017;
- E. Cannizzaro, *Disintegration through Law?*, in *European Papers*, 2016;
- E. Cantarella, *Itaca. Eroi, donne, potere tra vendetta e diritto*, Milano, Feltrinelli, XII ed., 2019;
- N. Canzian, *La non retroattività dell'abrogazione della protezione umanitaria*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 2/2020;
- L. Capogrossi Colognesi, *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della "civitas romana"*, Roma, La Sapienza, 2000;
- F. Capotorti, *Il ruolo del giudice nazionale dell'asilo tra effettività dei ricorsi e autonomia procedurale degli Stati membri: il punto sulla sospensiva*, in *Diritti senza confini*, 27 novembre 2018;
- A. Caputo, *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009;
- Id., *Irregolari, pericolosi, criminali. Il diritto delle migrazioni tra politiche securitarie e populismo penale*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, Franco Angeli, 2020;
- Id., *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, in *Questione Giustizia*, 2002;
- A. Caputo, L. Pepino, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2004;
- V. Carbone, E. Gargiulo, M. Russo Spena, *Tra Piani, Accordi e discorsi morali e securitari: la via italiana alla civic integration*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, Franco Angeli, 2020;
- G. Carella, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in *SIDIBlog*, 11 settembre 2017;
- V. Carlino, *Il respingimento differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018;

- L. Carlassare, *Art. 96*, in G. Pitruzzella, M. Villone, P. Ciarlo, L. Carlassare, *Il Consiglio dei Ministri, Art. 92-96 Commentario della Costituzione fondato da G. Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994;
- S. Carrera, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, in *CESP Policy Insights*, n. 22/2020;
- P. Carrozza, *Diritti degli stranieri e politiche regionali e locali*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro, *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri. Atti del Convegno internazionale degli studi di Reggio Calabria, 26-27 marzo 2015*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016;
- C. Casiello, M.E. Venditti, *Il caso Diciotti: tra obblighi di soccorso in mare e garanzia dei diritti fondamentali*, in *DPCE Online*, v. 39, n. 2/ 2019;
- S. Carlotti, *Migration Policy and Health Insecurity. Italy's response to COVID-19 and the impact of the Security Decree*, in *Riv. Trim. Sc. Amm., Studi di teoria e ricerca sociale*, n. 2/2020;
- M. Cartabia, *Gli «immigrati» nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Napoli, Jovene, 2016;
- A. Cassese, *Art. 10 – 12*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli – Soc. ed. del Foro italiano, 1982;
- P. Catalano, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino, Giappichelli, 1965;
- G. Cataldi, *L'impossibile "interpretazione conforme" del decreto "sicurezza bis" alle norme internazionali sul soccorso in mare*, in *Questione Giustizia*, 26 febbraio 2020;
- A. Cavaliere, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Critica del diritto*, fasc. 1/2013;
- E. Cavasino, *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, in *federalismi.it, focus human rights*, fasc. 3/2018;
- Ead., *Refolement verso rischio di tortura e rischi per la sicurezza nazionale. Riflessioni sulle forme di un difficile bilanciamento*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009;
- G. Cerrina Feroni, *La sindacabilità giudiziaria dell'atto politico. Un'aberrazione costituzionale*, in *laCostituzione.info*, 7 febbraio 2019;
- Ead., *Se la legge vale per tutti (infibulazione addio)*, in *Corriere della Sera-Corriere fiorentino*, 17 maggio 2017;
- R. Cherchi, *I diritti dello straniero e la democrazia*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, fasc. 2/2016;

- Id., *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2019;
- L. Chieffi, *La tutela costituzionale del diritto di asilo e di rifugio a fini umanitari*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2004;
- A. Ciancio, *L'autorizzazione a procedere per i reati ministeriali: alcune puntualizzazioni a seguito del caso della nave "Diciotti"*, in *federalismi.it*, n. 16/2019;
- A. Ciervo, *Ai confini di Schengen*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2016;
- Id., *Ancora sul parere della Giunta del Senato per le immunità sul caso Diciotti*, in *Questione Giustizia*, 18 marzo 2019;
- Id., *La cittadinanza ai tempi del sovranismo tra regressione della cultura giuridica e riforme legislative "progressiste"*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, Franco Angeli, 2020;
- G. Coletta, *Verso l'estensione del diritto di voto ai non cittadini*, in A. D'Aloia (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, Giuffrè, 2003;
- N. Colaianni, *Una «carta» post-costituzionale?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, giugno 2007;
- G. Colavecchio, *Meccanismo di ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale e limiti all'applicabilità dell'art. 72 TFUE quale clausola di esenzione dagli obblighi nello spazio di libertà sicurezza e giustizia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020;
- E. Colombo, *Trattenimento nelle zone di transito e inammissibilità delle domande di asilo. La Corte di giustizia e le procedure di frontiera*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2020;
- M. Colucci, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 a oggi*, Roma, Carocci, 2018;
- P. Comoglio, *Il dovere di cooperazione istruttoria nei procedimenti di protezione internazionale: un difficile inquadramento sistematico*, in *Questione Giustizia*, fasc. 3/2020;
- M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Napoli, Jovene, 2016;
- D. Consoli, G. Schiavone, *Analisi della procedura semplificata, della procedura ordinaria e delle collegate misure di trattenimento dei richiedenti asilo*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2005;
- G. Conti, *Troppo presto per giudicare... ma con qualche premessa interpretativa generale. I ricorsi in via principale di cinque Regioni contro il c.d. "decreto sicurezza e immigrazione" (Nota alla*

- sentenza 194 del 2019 della Corte Costituzionale), in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 agosto 2019;
- D. Consoli, N. Zorzella, *L'iscrizione anagrafica e l'accesso ai servizi territoriali dei richiedenti asilo ai tempi del salvinismo*, in *Questione giustizia*, 8 gennaio 2019;
- C. Corsi, *Commissione c. Polonia, Repubblica Ceca e Ungheria: il principio di solidarietà nelle politiche in materia di asilo*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 2/2020;
- Ead., *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio o tra Stato, Regioni e Corte costituzionale*, in *Dir. Imm. e Citt.*, fasc. 2/2012;
- Ead., *Illegittimità costituzionale del requisito della residenza protratta per i servizi abitativi*, in *Questione giustizia*, 5 maggio 2020;
- Ead., *Il decreto legge n. 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell'immigrazione e dell'asilo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. 1/2021;
- Ead., *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2019;
- Ead., *Il diritto di asilo tra impasse, inasprimenti della disciplina e prossime riforme*, in *federalismi.it, focus human rights*, n. 23/2020;
- Ead., *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, in *le Regioni*, fasc. 5-6/2018;
- Ead., *Lo stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001;
- Ead., *Migranti e immigrati di fronte all'emergenza coronavirus: tra vecchie e nuove fragilità*, in *Diritto pubblico*, fasc. 3/2020;
- Ead., *Percorsi accidentati d'integrazione. Il caso italiano*, in G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, Esi, 2018;
- Ead., *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018;
- Ead., *Profili di illegittimità costituzionale*, in F. Curi (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*, Pisa, Pacini, 2018;
- Ead., *Sovranità popolare, cittadinanza e diritti politici*, in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, I, Torino, Giappichelli, 2012;
- Ead., *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *federalismi.it, focus human rights*, n. 3/2014;

- Ead., *Un (in)arrestabile indebolimento delle garanzie costituzionali nei confronti degli stranieri?*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2/2018;
- D. Costantini (a cura di), *Multiculturalismo alla francese? Dalla colonizzazione all'immigrazione*, Firenze, Firenze University Press, 2009;
- F. Cortese, *Il "caso" Cittadella: ovvero breve vademecum per leggere una controversa ordinanza*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2007;
- F. Corvaja, *Finale di partita. L'incostituzionalità dei requisiti di lungo-residenza previsti dalle leggi regionali quali condizioni di accesso alle prestazioni sociali*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 6/2020;
- Id., *Lo straniero e i suoi giudici*, in *Riv. Dir. Cost., Migrazioni*, vol. III/2020;
- A. Cossiri, *Cambio di stagione? Rilevanti novità in tema di detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2015;
- P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999;
- Id., *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Carlos III University of Madrid, 2014;
- Id., *Costituzione italiana: articolo 10*, Roma, Carocci editore, 2018;
- A. Cozzo, *Stranieri. Figure dell'Altro nella Grecia antica*, Trapani, Di Girolamo Editore, 2014;
- E. Culasso Gastaldi, *Le prossenie ateniesi del IV secolo a. C. Gli onorati asiatici*, Alessandria, Edizioni Dell'Orso, 2004;
- M. Cuniberti, *Alcune osservazioni su stranieri, voto e cittadinanza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 9 novembre 2014;
- Id., *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1997;
- Id., *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero alle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2/2006;
- S. Curreri, *La condizione giuridica del richiedente asilo alla luce del c.d. decreto sicurezza*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1/2019;

- Id., *La battaglia politico-regolamentare sul caso Gregoretti*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 2/2020;
- Id., *L'atto politico è sempre insindacabile?*, in *laCostituzione.info*, 9 febbraio 2019;
- Id., *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in *federalismi.it*, Editoriale, n. 22/2018;
- M. F. Cursi, «*Bellum iustum*» tra rito e «*iustae causae belli*», in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici International Survey of Roman Law*, XLII, 2014;
- Ead., *La struttura del "postliminium". Nella repubblica e nel principato*, Napoli, Jovene, 1996;
- M. Daniele, *La detenzione come deterrente dell'immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 11/2018;
- G. D'Alessandro, *Rilievi sulla (in)costituzionalità della nuova disciplina processuale delle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale introdotta dal decreto-legge n. 13/2017 (convertito con modificazioni nella legge n. 46/2017)*, in *Arch. pen.*, n. 2/2017;
- A. D'Aloia, *Cittadinanza e 'integrazione' costituzionale*, in Ead., G. Forlani, *La Costituzione e i "nuovi cittadini". Riflessioni sulla Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*, Parma, MuP, 2018;
- Id., *Immunità e Costituzione. Considerazioni su un difficile equilibrio*, in *Diritto pubblico*, fasc. 3/2011;
- Id., *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in Ead. (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, Giuffrè, 2003;
- A. D'Aloia, A. Patroni Griffi, *La condizione giuridica dello straniero tra valori costituzionali e politiche pubbliche*, in *Rivista amministrativa della regione Campania*, n. 4/1995;
- M. D'Amico, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018;
- Ead., *Emergenza, Diritti, Discriminazione*, in *La Rivista GdP*, fasc. 1/2020;
- A. Dal Lago, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, Feltrinelli, 1999;
- E. De Capitani, D. Vitiello, *Il regolamento (UE) 2019/1896 relativo alla riforma di Frontex e della guardia di frontiera e costiera europea: da "fire brigade" ad amministrazione europea integrata?* in *SIDIBlog*, 6 dicembre 2019;

- C. De Chiara, *Il diritto di asilo e il d.l. 130/2020: progressi e occasioni mancate*, in *Diritti senza confini*, 9 dicembre 2020;
- F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, II, 2a ed., Napoli, Jovene, 1973;
- A. De Petris, *Il Decreto Immigrazione e Sicurezza: luci e ombre per il nuovo sistema di accoglienza e integrazione*, in *ADiM Blog*, Ottobre 2020;
- A.D. De Santis, *L'eliminazione dell'udienza (e dell'audizione) nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Un esempio di sacrificio delle garanzie*, in *Questione Giustizia*, fasc. 2/2018;
- P. De Sena, M. Starita, *Navigare fra istanze "stato-centriche" e "cosmopolitiche": il caso "Sea-Watch" in una prospettiva conflittuale*, in *SidiBlog*, 14 luglio 2019;
- F. De Vittor, *I risultati del Consiglio europeo straordinario sull'emergenza umanitaria nel mediterraneo: repressione del traffico di migranti o contrasto all'immigrazione irregolare?*, in *SIDIBlog*, 27 aprile 2015;
- Ead., *Il diritto di traversare il Mediterraneo...o quantomeno di provarci*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 1/2014;
- Ead., *Migrazioni, frontiere e tutela dei diritti dello straniero: il controllo dei confini nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Dir. Cost., Migrazioni*, vol. III/2020;
- Ead., *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2018;
- A. Del Guercio, *Dal decreto Minniti-Orlando al decreto Salvini: decretazione d'urgenza, securitizzazione della politica d'asilo e compressione dei diritti fondamentali. Quando la legge genera vulnerabilità*, in A. D'Angiò, M. Visconti (a cura di), *Persone fragili. La vita psichica dei migranti forzati tra cura ed esclusione*, Guida Editori, Napoli, 2018;
- Ead., *La detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nel diritto dell'UE e in quello italiano*, in G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa*, Napoli, University Press, 2014;
- Ead., *La seconda fase di realizzazione del sistema europeo comune d'asilo*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2014;
- F.G. Del Rosso, *Il dovere di cooperazione istruttoria officiosa e le "country of origin information" nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale e umanitaria*, in *Diritti senza confini*, 15 ottobre 2020;

- F.G. Del Rosso, L. Pisoni, *Garanzie e principio di effettività del processo nella tutela del richiedente asilo*, in *Diritti senza confini*, 6 marzo 2019;
- R. Dickmann, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 ottobre 2012;
- F. Dinelli, *Le «cittadinanze regionali»: un problema “nuovo” dal sapore “antico”*, in *astrid-online.it*, 2011;
- D. Di Cesare, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2017;
- A. Di Floro, *Protezione internazionale ed il giudizio di cassazione: eterogenesi dei fini?*, in *Questione Giustizia*, 5 dicembre 2019;
- L. Di Majo, I. Patroni Griffi, *Migrazioni e relazioni bilaterali tra Italia e Libia dal Trattato di Bengasi 2008 al Memorandum of Understanding del 2017*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, fasc. 1/2018;
- A. Di Martino, *Centri, campi, Costituzione*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2014;
- Id., *I “C.I.E.”, le fonti e l'articolo 1 della Costituzione*, in Aa.Vv., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, Giappichelli, 2014;
- A. Di Martino, R. Raffaelli, *La libertà di Bertoldo: direttiva “rimpatri” e diritto penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 26 luglio 2011;
- A. Di Pascale, *A vent'anni dal Programma di Tampere quali prospettive per le politiche di immigrazione e asilo dell'Unione europea?*, in *Eurojus*, n. 4/2019;
- Ead., *L'impatto del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale* in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, Franco Angeli, 2020;
- Ead., *Respingimento dello straniero e controlli delle frontiere interne ed esterne nel diritto dell'UE*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2020;
- G. Di Raimo, *Reati ministeriali e presidenziali*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, 1987;
- A.M. Di Stefano, *«Non potete impedirla, dovete regolarla». Giustizia ed emigrazione in Italia: l'esperienza delle Commissioni arbitrali provinciali per l'emigrazione (1901-1913)*, *Historia et Ius*, 2020;

- N. Di Vita, *Introduzione. Straniero, nemico, simile*, in Ead., (a cura di), *Hostis, hospes. Lo straniero e le ragioni del conflitto*, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici Press, Collana Costellazioni, 2020;
- A. Dirri, *La Corte di Giustizia torna sul meccanismo di ricollocazione dei migranti tra rivendicazioni identitarie e tenuta dei valori fondanti dell'Unione europea*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 5/2020;
- M. Donato, *Spigolature sullo xenos, da Omero a Platone*, in N. Di Vita (a cura di), *Hostis, hospes. Lo straniero e le ragioni del conflitto*, Napoli, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici Press, 2020;
- F. Dupont, *Un simile che la guerra 'giusta' rende 'altro'. Lo straniero (hostis) nella Roma arcaica*, in M. Bettini (a cura di) *Lo straniero. Ovvero l'identità culturale a confronto*, Roma - Bari, Laterza, 1992;
- L. Elia, *Premessa al commento alla l. n. 1/1989*, in *Leg. pen.*, 1989;
- M. Ermacora, *Migrazioni di guerra. Ruolo dello Stato, modelli e percorsi migratori 1914-1918*, in E. Franzina (a cura di), *Emigranti e profughi nel primo conflitto mondiale*, Viterbo, ASEI, 2017;
- C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954;
- Id., *voce Asilo (diritto cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958;
- S. Fachile, A. Massimi, L. Leo, *Le nuove procedure accelerate: lo svilimento del diritto di asilo*, in *Diritti senza confini*, 3 novembre 2019;
- V. Faggiani, *Il diritto alla protezione internazionale in spagna e in italia: tra crisi umanitaria dei rifugiati e covid-19*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020;
- E. Falletti, *L'impatto culturale dell'immigrazione islamica sull'ordinamento giudiziario italiano: alcune riflessioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 31/2016;
- C. Favilli, *Il diritto dell'Unione europea e il fenomeno migratorio*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, Franco Angeli, 2020;
- Ead., *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *Diritti senza confini*, 2 ottobre 2020;
- Ead., *Il Re è morto, lunga vita al Re! Brevi note sull'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *Riv. dir. int.*, 1/2019;

- Ead., *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2010;
- Ead., *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 2/2016;
- Ead., *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 2/2009;
- Ead., *La politica dell'Unione in materia d'immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra Stati membri*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 2/2018;
- Ead., *La responsabilità dei Governi degli Stati membri nella difficile costruzione di un'autentica politica dell'Unione europea di immigrazione e di asilo*, in *SIDIBlog*, 27 aprile 2015;
- Ead., *Nel mondo dei "non-accordi". Protetti sì, purché altrove*, in *Questione Giustizia*, fasc. 1/2020;
- Ead., (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, Cedam, 2011;
- Ead., *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015;
- O. Feraci, *Il nuovo regolamento "Dublino III" e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2013;
- C.F. Ferrajoli, *Un rifugio senza libertà. Il trattenimento del richiedente asilo nei centri di identificazione* in *Politica del diritto*, fasc. 2/2007;
- L. Ferrajoli, *Introduzione Le politiche contro i migranti tra disumanità e illegalità*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, Franco Angeli, 2020;
- Id., *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione giustizia*, n. 5/2009;
- Id., *Politiche contro gli immigrati e razzismo istituzionale in Italia*, in P. Basso, (a cura di), *Razzismo di stato. Stati Uniti, Europa, Italia*, Milano, Franco Angeli, 2010;
- A. Ferrari, *Il "governo giallo-verde" di fronte all'islam: l'eredità della XVII legislatura*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2018;
- V. Ferraris, *Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2017;
- F. Ferraro, *Lo stretto legame tra la (mancata) riforma dell'asilo da parte dell'Unione e le più recenti politiche dello Stato italiano*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, fasc. 1/2018;

- F. Ferri, *Il Codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2018;
- F. Finocchi Ghersi, *Immigrati e diritto di voto nell'attività consultiva del Consiglio di Stato*, in *Giornale dir. amm.*, n. 5/2006;
- D. Fiumicelli, *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*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1° febbraio 2014;
- E. Frasca, *L'ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019 che obbliga il Ministero degli esteri all'immediato rilascio di un visto per motivi umanitari restituisce un senso all'articolo 25 del codice dei visti europeo: politiche del diritto ed esigenze di tutela a confronto*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2019;
- D. Freda, *La regolamentazione dell'emigrazione in Italia tra Otto e Novecento: una ricerca in corso*, in *Historia et ius*, 6/2014;
- T.E. Frosini, *Gli stranieri tra diritto di voto e cittadinanza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 17 maggio 2004;
- G. Gabrielli, *Il razzismo coloniale italiano tra leggi e società*, in *Quaderni fiorentini*, XXXIII/XXXIV, 2004/2005;
- V. Gaeta, *La riforma della protezione internazionale: una prima lettura*, in *Questione Giustizia*, 27 febbraio 2017;
- S. Gambino, G. D'Ignazio, *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2010;
- E. Gargiulo, *L'appartenenza negata: la residenza e i suoi significati, tra ambivalenze interpretative e conflitti politici*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2019;
- F.L. Gatta, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU)*, in *ADiM Blog*, gennaio 2020;
- Id., *Diritti umani e stato di diritto alle frontiere: lo "scontro" tra le corti europee sul trattenimento dei migranti nelle zone di transito Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite C924/19 PPU e C-925/19 PPU, FMS e altri*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 5/2020;
- Id., *I visti umanitari tra l'immobilismo dell'Unione europea, l'attesa per Strasburgo e l'esempio (da replicare) dell'Italia*, in *Diritti Comparati*, fasc. 2/2020;

- Id., *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione europea: iniziative e (insufficienti) risultati nella politica europea di asilo*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2018;
- P. Gentilucci, *Il rebus politico-giuridico della nave Gregoretti. Una bussola per i futuri governi*, in *Giur. Pen. web*, n. 2/2020;
- I. Gjergji, *Circolari amministrative e immigrazione*, Milano, Franco Angeli, 2013;
- Ead., *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una "terra di nessuno" tra ordine giuridico e fatto politico*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2006;
- Ead., *Immigrazione e infra-diritto: dal governo per circolari alla tweeting-governance*, in *Etica & Politica*, n. 3/ 2020;
- A. Giliberto, *La pronuncia della Grande Camera della Corte Edu sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016;
- O. Giolo, *Sul diritto fondamentale di asilo. Sviluppi recenti e preoccupanti del rapporto tra diritto e narrazione in Italia*, in *Ragion pratica*, fasc. 2/2019;
- M. Giovannetti, *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*, in *Dir. Imm. e Citt.*, fasc. 1/2019;
- Ead., *Giro di boa. La riforma del sistema di accoglienza e integrazione per richiedenti e titolari di protezione internazionale*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2021;
- M. Giuffrè, *Esternalizzazione delle frontiere e non-refoulement: accesso al territorio e alla procedura di asilo alla luce della sentenza n. 22917/2019*, in *Questione Giustizia*, fasc. 1/2020;
- M. Giriodi, voce *Asilo (diritto di)*, *Storia del diritto*, in *Dig. it.*, vol. IV, parte I, Torino, 1896;
- T.F. Giupponi, *Gli stranieri extracomunitari e la vita pubblica locale: c'è partecipazione e partecipazione*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 13 novembre 2014;
- M.A. Gliatta, *La garanzia costituzionale del diritto di asilo e il sistema di tutela europeo dei richiedenti protezione internazionale*, in *federalismi.it*, n. 3/2017;
- I. Goldner Lang, *The Rule of Law, the Force of Law and the Power of Money in the EU*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, n. 1/2019;
- M. Gorlani, *Le politiche abitative regionali e il requisito della residenza qualificata: un monito della Corte convincente e, in un certo senso, conclusivo*, in *le Regioni*, fas. 3/2020;

- G. Gozzi, *Democrazia e diritti nelle società multiculturali: verso una "democrazia costituzionale multiculturale"*, in *Scienza e politica*, Vol. 21, 40/2009;
- E. Grosso, *Dall'assimilazione desiderata all'identità rivendicata. Ascesa e crisi del modello francese di integrazione di fronte all'inedita sfida del multiculturalismo*, in G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, Esi, 2018;
- Id., *I doveri costituzionali*. Relazione al Convegno annuale 2009 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su «Lo Statuto costituzionale del non cittadino» Cagliari, 16-17 ottobre 2009;
- Id., *La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2001;
- Id., *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Padova, Cedam, 1997;
- Id., *Straniero (Status costituzionale dello)*, in *Digesto disc. pubbl.*, XV, 1999;
- T. Groppi, *Multiculturalismo 4.0*, in G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, Esi, 2018;
- F. Guella, *Circolari amministrative e diritto dell'immigrazione. Il caso italiano della regolazione dell'accesso da parte di estranei ai centri di prima accoglienza*, in F. Cortese, G. Pelacani, *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017;
- Id., *Sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e disposizioni in materia di iscrizione anagrafica nel c.d. Decreto Sicurezza*, in *Osservatorio AIC*, n. 1-2/2019;
- G. Guzzetta, *Il caso Diciotti: tra responsabilità giuridica e responsabilità politica*, in *federalismi.it*, Editoriale, n. 4, 20 febbraio 2019;
- E. Jayme, *Pisanelli fondatore del diritto processuale civile internazionale*, in C. Vano (a cura di), *Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo. Cultura delle leggi e avvocatura tra periferia e nazione*, Napoli, Jovene, 2005;
- I. Kant, *Per la pace perpetua. Progetto filosofico*, trad. it, Milano, Sonzogno, 1883;
- R. Koselleck, *Storia dei concetti e concetti della storia*, in *Contemporanea*, fasc. 1/1998;
- J.C. Hathaway, R.A. Neve, *Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection*, in *Harvard Human Rights Journal*, 1997;

- C. Jones, *Monitoring 'secondary movements' and 'hotspots': Frontex is now an internal surveillance agency*, in *Statenwatch Analyses*, dicembre 2019;
- L. Lacchè, *Il costituzionalismo liberale*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, 2012;
- E. Laganà, *La questione aperta dei diritti politici degli "stranieri" (con particolare riguardo al diritto di voto a livello locale)*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro, *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri. Atti del Convegno internazionale degli studi di Reggio Calabria, 26-27 marzo 2015*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016;
- F. Laghi, *Il diritto internazionale privato nei suoi rapporti colle leggi territoriali*, I, Bologna, Zanichelli, 1888;
- A. Lang, *Gli obblighi si rispettano: note intorno alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 2 aprile 2020, cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 6/2020;
- C. Latini, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2005;
- C. Leone, *La disciplina degli hotspot del nuovo art. 10 ter del d.lgs. 286/98: un'occasione mancata*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2017;
- A. Liguori, *Violazioni conseguenti all'attuazione della Dichiarazione UE-Turchia e giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sugli hotspot greci: la sentenza Kaak*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2020;
- D. Lockwood, *Civic Integration and Class Formation*, in *The British Journal of Sociology*, Vol. 47, No. 3/ 1996;
- D. Loprieno, *Detenzione amministrativa dello straniero*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, aggiornamento 2015, Torino, Utet;
- Ead., *I campi per stranieri: luoghi di conditio inhumana o strumenti indefettibili per la conservazione della sovranità dello Stato?*, in S. Gambino, G. D'Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2010;
- Ead., *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. n. 132 del 2018*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2019;
- Ead., "Reo" ma rifugiato e, dunque, inespellibile, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2019;
- Ead., "Trattenere e punire". *La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018;

- M. Losana, «Stranieri» e principio costituzionale di uguaglianza, in *Rivista AIC*, n. 1/2016;
- A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020;
- M. Luciani, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno X – 1/ 1992;
- Id., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016;
- D. MacEoin, *Sharia Law or "One Law for All"*, London, Civitas, 2009;
- W. Mack, *Proxeny and Polis. Institutional Networks in the Ancient Greek World*, Oxford, Oxford University Press, 2015;
- M. Magri, *Obbligo di soccorso in mare, funzioni della Guardia costiera e respingimenti "delegati": sui poteri del Ministro dell'interno*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2019;
- G. Manfredi, *Il caso Lodi e la soluzione delle antinomie*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2019;
- A. Mangiaracina, *Hotspot e diritti umani: un binomio possibile*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2016;
- Ead., *Una «nuova» forma di detenzione per l'identificazione dei migranti. Nota a margine del d.l. 13/2017*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 2/2017;
- S. Marinai, *L'Unione europea e i canali di accesso legale per i soggetti bisognosi di protezione internazionale*, in *Diritto pubblico*, fasc. 1/2020;
- V. Marotta, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.). Una sintesi*, Torino, Giappichelli, 2009;
- M. Marchegiani, *La riforma del sistema comune europeo di asilo: verso una procedura comune e uno status uniforme?*, in *Diritto pubblico*, fasc. 1/2020;
- A. Marchesi, *Finanziare i rimpatri forzati in Libia è legittimo? Sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 4569 del 15 luglio 2020*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2020;
- L. Marchesini, *Il caso Sea Watch 3 e la decisione della Corte EDU sulla richiesta di interim measure*, in *Diritti comparati*, 22 luglio 2019;
- L. Marin, *La Corte di Giustizia riporta le 'zone di transito' ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, in *ADiM Blog*, maggio 2020;
- Ead., *The 2020 proposals for pre-entry screening and amended border procedures: a system of revolving doors to enter (and leave) Europe?*, in *ADiM Blog*, Novembre 2020;

- C. Martinelli, *Il modello culturale britannico, tra radici storiche e criticità sopravvenute*, in G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, Esi, 2018;
- V. Masarone, *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dommatiche*, in F. Abbondante, S. Prisco (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015;
- L. Maserà, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2020;
- Id., *Il parere della Giunta del Senato per le immunità nel caso Diciotti. Alcune riflessioni in attesa della decisione dell'assemblea del Senato*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2019;
- Id., *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei ministri*, Torino, Giappichelli, 2020;
- Id., *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *Questione Giustizia*, 26 febbraio 2020;
- Id., *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *federalismi.it*, nr. spec. 2/2019;
- Id., *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti*, in *Questione Giustizia*, 29 gennaio 2019;
- Id., *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *La legislazione penale, Studi*, 24 luglio 2019;
- Id., *Ridotto da 3 a 18 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella?*, in *Dir. pen. cont.*, 10 novembre 2014;
- A. Massimi, F. Ferri, *L'attualità del caso Khlaifia. Gli hotspot alla luce della legge 132/2018: la politica della detenzione extralegale continua*, in *Questione Giustizia*, 12 giugno 2019;
- A. Mazzacane, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in Ead. (a cura di), *Diritto, economia e istituzioni nell'Italia fascista*, Baden-Baden, Nomos, 2002;
- M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, EUM edizioni, 2012;
- G. Mentasti, *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud. Nota a sentenza Corte ass. app. Milano, Sezione I, n. 9/2019, ud. 20.03.2019*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2020;

- F. Mercogliano, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Napoli, Jovene, 2017;
- G.D. Merola, *Roma: un impero di città*, in *Diritto@ Storia, Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 15/2017;
- E. Mezzasalma, *Una nuova concezione dell'obbligo di salvataggio in mare alla luce della sentenza della Cassazione sul caso Sea Watch 3?*, in *Giurisprudenza penale web*, n. 4/2020;
- G. Milano, *Cittadinanza e integrazione. L'influenza del diritto comparato sulla disciplina italiana e sulle proposte di riforma*, in *federalismi.it*, n. 4/2018;
- F.P. Modugno, *A volte ritornano (i porti chiusi): la Cassazione sul caso Sea Watch alla prova del Covid-19*, in *Giurisprudenza penale web*, n. 4/2020;
- G. Monaco, *L'istituzione del servizio civile universale e la sua apertura allo straniero regolarmente soggiornante in Italia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016;
- L. Montanari, *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri*, in *federalismi.it*, n. 2/2019;
- S. Montesano, *L'identità (religiosa) della persona migrante e l'accoglienza in Italia, tra le derive securitarie e le politiche di integrazione civica. Brevi considerazioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo religioso*, fasc. 3/2021;
- N. Morandi, *Le procedure accelerate per l'esame della domanda di protezione internazionale: analisi dell'art. 28-bis d.lgs. 25/2008*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2020;
- G. Morgese, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, Cacucci, 2018;
- Id., *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, in *Diritto pubblico*, fasc. 1/2020;
- Id., *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2015;
- Id., *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. Caggiano (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2014;
- Id., *Solidarietà di fatto ... e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, Eurojus, Numero Speciale, 2020;

- A. Morelli, *Associazione*, in C. Panzera, A. Rauti (a cura di), *Dizionario dei Diritti degli Stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020;
- Id., *Cosa rischia Salvini? Cosa rischia il Paese?*, in *laCostituzione.info*, 25 agosto 2018;
- Id., *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 20 aprile 2015;
- Id., *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, Giuffrè, 2013;
- Id., *La “ribellione” dei sindaci contro il “decreto sicurezza”: la tortuosa via per la Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, fasc. I/2019;
- Id., *Principio di legalità vs. preminente interesse pubblico? Il caso Diciotti e le sue conseguenze*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 4/2018;
- Id., *Riunione*, in C. Panzera, A. Rauti (a cura di), *Dizionario dei Diritti degli Stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020;
- V. Moro, M. Tuozzo. G. Valente, *Comunità e xenos. Una riflessione sull'identità politica, l'alterità e il femminile a partire dalla tragedia classica*, in N. Di Vita (a cura di), *Hostis, hospes. Lo straniero e le ragioni del conflitto*, Napoli, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici Press, 2020;
- P. Morrozzo Della Rocca, *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*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2017;
- Id., *Prime note sul decreto legge 23 giugno 2011, n. 89*, in *Gli stranieri*, n. 2/2011;
- Id., *Protezione umanitaria una e trina*, in *Questione Giustizia*, fasc. 2/2018;
- Id., *Rassegna critica della giurisprudenza in materia di coesione familiare con il minore affidato mediante “kafalah”*, in *Gli stranieri*, 2011;
- Id., *Vecchi e nuovi problemi riguardanti la residenza anagrafica nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo*, in *Questione Giustizia*, 16 gennaio 2019;
- A. Muccione, *Procedure di rimpatrio degli stranieri irregolari e divieto di espulsioni collettive nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani sul caso Khlaifia*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2017;
- F. Munari, *Il decreto interministeriale per gestire l'emergenza CoViD-19 nell'ambito degli obblighi dell'Italia ai sensi della convenzione SAR: l'insostenibile “intermittenza” del luogo sicuro per i migranti diretti verso l'Italia*, in *SIDIBlog*, 16 aprile 2020;

- B. Nascimbene, *Il diritto di asilo nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, in C. Favilli (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, Cedam, 2011;
- Id., *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, Cedam, 1997;
- Id., *Nuove norme in materia di immigrazione. La legge Bossi - Fini: perplessità e critiche*, in *Corriere giuridico*, n. 4/2003;
- B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2012;
- B. Nascimbene, M. Pastore, *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, Giuffrè, 1995;
- C. Nicolet, *Il mestiere del cittadino nell'antica Roma*, Roma, Editori Riuniti, 1992;
- M. Nicolini, C. Panzera. *Asilo*, in C. Panzera, A. Rauti (a cura di), *Dizionario dei Diritti degli Stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020;
- V. Onida, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Atti del XXIV Convegno annuale Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Napoli, Jovene, 2010;
- Id., *I criteri per valutare la condotta del ministro*, su *Il corriere della sera*, 8 febbraio 2019;
- E. Olivito, , *Il cul-de-sac costituzionale degli accordi in forma semplificata: iniziativa legislativa parlamentare ed esternalizzazione delle politiche migratorie*, in *Diritto pubblico*, fasc. 2/2018;
- Ead., *The Constitutional Fallouts of Border Management through Informal and Deformalised External Action: The Case of Italy and the EU*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2020;
- R. Ortu, «*Captus a piratis*»: *schiavitù di fatto?*, in *Led on Line, Rivista di Diritto Romano*, X – 2010;
- Ead., *Praeda bellica: la guerra tra economia e diritto nell'antica Roma, Relazione presentata al Convegno internazionale di studi "Guerra pace diritto" (Sassari - Porto Conte, 28-30 aprile 2004)*, in *Diritto@Storia*, n. 4/2005;
- A. Pace, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2010;
- Id., *I "fatti eversivi dell'ordine costituzionale nella legge 801 del 1977 e nella legge n. 124 del 2007*, in *federalismi.it*, n. 2/2009;
- Id., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale: Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, III ed., Padova, Cedam, 2003;

- L. Pace, *I vizi formali attinenti al procedimento di conversione in legge del decreto sicurezza e immigrazione*, in G. Santoro (a cura di), *I profili di illegittimità costituzionale del Decreto Salvini*, Roma, Antigone Edizioni, 2018;
- C. Padula, *Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza*, in *Consulta Online*, fasc. II/2019;
- P. Pallister Wilkins, *Hotspots And The Politics Of Humanitarian Control And Care*, in *Society & Space*, 6 dicembre 2016;
- G. Palmisano, *Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chiarite e questioni aperte a dieci anni alle sentenze “gemelle”*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1/2018;
- M.I. Papa, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli stati membri dell’Unione Europea*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2016;
- I. Papanicolopulu, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2020;
- Ead., *Immigrazione irregolare, via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2017;
- Ead., *Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare?*, in *SidiBlog*, 26 giugno 2019;
- C. Panzera, *Cittadinanza*, in Ead., A. Rauti (a cura di), *Dizionario dei Diritti degli Stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020;
- P. Parolari, *Shari’ah e corti islamiche in Inghilterra tra mito e realtà. Pluralità di ordinamenti giuridici e interlegalità nelle società multireligiose e multiculturali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 1/2017;
- M. Pati, *Profili sostanziali e procedurali della disciplina dei reati ministeriali*, in *Nomos*, n. 3/2014;
- F. Pastore, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, in L. Violante (a cura di), *Legge, diritto, giustizia. Annali della Storia d’Italia*, n. 14, Torino, Einaudi, 1998
- A. Patroni Griffi, *I diritti sociali dello straniero tra costituzione e politiche regionali*, in L. Chieffi (a cura di), *Il regionalismo tra diritti sociali e prospettive federali*, Padova, Cedam, 1999;
- Id., *Le migrazione e l’Unione Europea: considerazioni di scenario e alcune proposte*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, fasc. 1/2018;
- M. Pastore, N. Zorzella, *30 anni di legislazione italiana in materia di condizione giuridica della persona straniera. Alcune chiavi di lettura*, in M. Giovannetti, N. Zorzella, *Ius*

- Migrandi. *Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, Franco Angeli, 2020;
- A.M. Pelliconi, *CoViD-19: l'Italia non è più un "luogo di sicurezza". La decisione di chiudere i porti italiani è conforme agli obblighi in materia di diritti umani?*, in *EJIL: Talk! Blog dell'European Journal of International Law*, 23 aprile 2020;
- A.M. Pelliconi, M. Goldoni, *La banalità dei porti chiusi per decreto. Osservazioni sui profili di legittimità del Decreto Interministeriale 150/2020*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2020;
- S. Penasa, *Il Nuovo Patto e l'idea di solidarietà: principio fondativo del sistema europeo di asilo o metodo di allocazione delle responsabilità tra Stati membri?*, in *ADiM Blog*, Novembre 2020;
- Id., *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2017;
- Id., *L'approccio "hotspot" nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie)*, in F. Cortese, G. Pelacani, *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017;
- Id., *La relocation delle persone richiedenti asilo. Un sistema legittimo, giustificato e...inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *DPCE on line*, n. 3/2017;
- Id., *Paese terzo sicuro e restrizione della libertà delle persone richiedenti asilo: il caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 1/2020;
- Id., *Verso una "cittadinanza costituzionale"? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015;
- L. Pepino, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2002;
- Id., *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 4/2009;
- E. Pichler, *50 anni di immigrazione italiana in Germania: transitori, inclusi / esclusi o cittadini europei?*, in *Altreitalie*, n. 33/2006;
- M. Pifferi, *Antinomie e caratteri costanti dello ius migrandi tra otto e novecento*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2019;
- Id., *Ius peregrinandi e contraddizioni dell'età liberale. Qualche riflessione sulla "falsa" libertà di migrare in Italia e negli USA*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, eum, 2012;

- E. Pistoia, *Una questione di dignità. Il superamento dell'abolizione dell'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo in Italia*, in *ADiM Blog*, gennaio 2021;
- A. Pitino, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano. Profili attuali della parità di trattamento con i cittadini*, Torino, Giappichelli, 2018;
- S. Pizzorno, *Considerazioni, anche di costituzionalità, su alcune delle principali novità introdotte dal decreto legge n. 113/2018 (c.d. decreto sicurezza) in tema di diritto d'asilo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 19 ottobre 2018;
- F. Polacchini, *Il servizio civile universale: verso un nuovo concetto di patria e cittadinanza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017;
- S. Poularakis, *The Case of the Administrative Arrangement on Asylum-Seekers between Greece and Germany: A tale of "paraDublin activity"?*, in *EU Law Analysis*, 8 novembre 2018;
- S. Prisco, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico.*, Napoli, Jovene, 1986;
- Id., *I modelli istituzionali di integrazione musulmana in Europa e il caso dell' "Islám italiano"*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, vol. II, Bari, Cacucci, 2012;
- Id., *Il principio laicità nella recente giurisprudenza*, in S. Prisco. (a cura di), *Laicità. Un percorso di riflessione*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2009;
- Id., *Il valore della laicità e il senso della storia*, in S. Prisco. (a cura di), *Laicità. Un percorso di riflessione*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2009;
- Id., *La laicità e i suoi contesti storici. Modelli socio-culturali e realtà istituzionali a confronto*, in S. Prisco (a cura di), *Laicità. Un percorso di riflessione*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2009;
- Id., *La metamorfosi dell'obiezione di coscienza al servizio militare*, in S. Prisco (a cura di), *Laicità. Un percorso di riflessione*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2009;
- Id., *Nota introduttiva*, in F. Abbondante, Id., (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015;
- G. Procacci, *La limitazione dei diritti di libertà durante la prima guerra mondiale: il piano di difesa (1904-1935), l'internamento dei cittadini nemici e la lotta ai 'nemici interni' (1915-1918)*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVIII, 2009;
- Id., *L'internamento di civili in Italia durante la prima guerra mondiale. Normativa e conflitti di competenza*, in *DEP*, n. 5-6/2006;
- A. Pugiotto, *La galera amministrativa degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 3/2014;

Id., "Purchè se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, in Aa. Vv., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Relazione al convegno nazionale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Napoli, Jovene;

N. Rampazzo, *Iustitia e bellum. Prospettive storiografiche sulla guerra nella Repubblica romana*, Napoli, Jovene, 2012;

A. Randazzo, *La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale "dimezzato"?*, in *Consulta Online*, 2012;

Id., *Migrazioni e atti politici (prendendo spunto dal caso "Diciotti")*, in *Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del Sud. Studio comparato dell'esperienza spagnola e italiana*, suppl. n. 1/2020;

B. Randazzo, *I diritti degli "extracomunitari" nell'ordinamento dell'UE*, in C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro (a cura di), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Napoli, Jovene, 2016;

S. Randazzo, *Gli equilibri della cittadinanza romana, fra sovranità e impatto sociale*, in *TSDP*, V, 2012;

Id., *Lo statuto giuridico dello straniero e l'hospitium del diritto romano arcaico*, in R. Astorri, F.A. Cappelletti (a cura di), *Lo straniero e l'ospite. Diritto. Società. Cultura*, Torino, Giappichelli, 2002;

O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da V. E. Orlando, IV, parte 1<sup>a</sup>, Milano 1904;

A. Rauti, *Difesa della Patria*, in C. Panzera, A. Rauti (a cura di), *Dizionario dei Diritti degli Stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020;

Id., *Il decreto sicurezza di fronte alla Consulta. L'importanza (e le incertezze) della sentenza n. 194 del 2019*, in *Le Regioni*, fasc. 4/2019;

Id., *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015;

Id., *La libertà personale degli stranieri fra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la Consulta segna un'ulteriore "tappa" nel tortuoso "cammino" degli extracomunitari*, in *Forum di Quaderni costituzionale*, 25 luglio 2004;

Id., *Lo ius soli in Italia: alla vigilia di una possibile svolta?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017;

- S.F. Regasto, *Gli Stati Uniti e il problema dell'immigrazione nella giurisprudenza della Corte Suprema (contributo destinato agli Studi in onore di Aldo Loiodice)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 29 novembre 2011;
- F. Rescigno, *Il diritto di asilo*, Roma, Carocci, 2011;
- Ead., *Il diritto d'asilo e la sua multiforme (non) applicazione*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2020;
- P. Ridola, *Il principio di libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, Giappichelli, 2018;
- P. Ridola, *Profilo storico del costituzionalismo*, in Ead., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010;
- E. Rigo, *L'ospitalità come concetto della storia nella lettura di Rudolf von Jhering*, in C.S. Giuseppe Grisi (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti seminario Leonessa 22-23 settembre 2017*, Roma, Romatre-press, 2018;
- Ead., *Spazi di trattenimento e spazi di giurisdizione. Note a margine di materiali di ricerca sulla detenzione amministrativa dei migranti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 2/2017;
- F. Rinaldi, *Con il "discriminante" (dell'aggravante di clandestinità) l'"equazione" (di costituzionalità) risulta impossibile. Un dispositivo retto da una motivazione quasi "matematica"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 23 settembre 2015;
- A. Rinella, M.F. Cavalcanti, *I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 1/2017;
- L. Rizza, *La riforma del sistema Dublino: Laboratorio per esperimenti di solidarietà*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2018;
- Ead., *Obbligo di solidarietà e perdita di valori*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2018;
- E. Roman, *L'accordo UE-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in *SIDIBlog*, 21 marzo 2016;
- G. Romeo, *Diritti fondamentali e immigrazione*, in *federalismi.it*, n. 2/2019;
- G. Romeo, S. Penasa, *Sovereignty-based arguments and the European asylum system: Searching for a European constitutional moment?*, in *Bocconi Legal Studies Research Paper Series*, n. 3549900/2020;
- L. Ronchetti, *La cittadinanza sostanziale tra Costituzione e residenza: immigrati nelle regioni*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2012;

- Ead., *La Costituzione come spazio della cittadinanza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 2/2015;
- Ead., *La Costituzione e lo ius migrandi*, in L. Corazza, M. Della Morte, S. Giova (a cura di), *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti. Asilo, Minori, Welfare*, Napoli, ESI, 2018;
- Ead., *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni (a proposito delle sentenze nn. 299 del 2010 e 61 del 2011)*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011;
- Ead., *Istruzione*, in C. Panzera, A. Rauti (a cura di), *Dizionario dei Diritti degli Stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020;
- E. Rossi, *Immigrazione e diritti fondamentali a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano*, in Id., F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, il Mulino, 2013;
- Id., *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. 1/2021;
- E. Rossi, M. Vrenna, *Brevi considerazioni in tema di diritto di voto agli stranieri nelle elezioni regionali e locali*, in *Dir. Imm. e Citt.*, fasc. 2/2006;
- S. Rossi, *Declinazioni della dignità sociale. L'iscrizione anagrafica nella sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 26/2020;
- Id., *Residenza (e domicilio)*, in C. Panzera, A. Rauti (a cura di), *Dizionario dei Diritti degli Stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020;
- F. Rotondo, *Italiani d'Argentina. Dall'accoglienza alla "difesa sociale" (1853-1910)*, in *Historia et ius*, n. 12/2017;
- A. Ruggeri, *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in *Dirittifondamentali.it*, 15 aprile 2014;
- Id., *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2019;
- Id., *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, *Intervento conclusivo del II Seminario annuale di diritticomparati su Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, Macerata 11 dicembre 2015, in *Diritti Comparati*, 15 dicembre 2015;
- Id., *I diritti dei non cittadini. Tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro, *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri. Atti del Convegno internazionale degli studi di Reggio Calabria, 26-27 marzo 2015*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016;

- Id., *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in *Consulta Online*, 30 ottobre 2017;
- Id., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013;
- Id. *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2/2001;
- I. Ruggiu, *Identità culturale*, in C. Panzera, A. Rauti (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020;
- Ead., *Il Giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, Franco Angeli, 2012;
- A. Ruggeri, C. Salazar, "Ombre e nebbia" nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del Titolo V, in *Quad. reg.*, 2004;
- C. Ruggero, *Le linee di tendenza della crimmigration nel sistema penale italiano dal "decreto Minniti" al "decreto sicurezza-bis"*, in *Arch. pen.*, n. 2/2020;
- M. Ruotolo, *Sui vizi formali del decreto-legge e della legge di conversione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3/2018;
- C. Salazar, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017;
- T.V. Santangelo, *Le principali novità in materia di domanda reiterata*, in G. Santoro (a cura di), *I profili di illegittimità costituzionale del Decreto Salvini*, Roma, Antigone Edizioni, 2018;
- G. Santomauro, *I diritti degli stranieri al tempo del "decreto sicurezza" e le "ombre" della giustizia costituzionale: osservazioni a margine della sentenza n. 194/2019*, in *Nomos*, fasc. 1/2020;
- E. Santoro, *I fondamenti del costituzionalismo alla prova del caso Diciotti: il sindacato sulle decisioni parlamentari e il punto di equilibrio fra poteri*, in *Questione Giustizia*, 14 marzo 2019;
- L. Saporito, *Il diritto al ricongiungimento familiare, i matrimoni poligamici e le narrazioni sul multiculturalismo*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019;
- G. Sartori, *Comparazione e metodo comparato*, in *Italian Political Science Review*, Vol. 20, fasc. 3/1990;
- M. Savino, , *L'"amministrativizzazione" della libertà personale e del "due process" dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2015;

- Id., *La chimera di Tampere*, in *Diritto Pubblico*, fasc. 1/2020;
- Id., *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012;
- Id., *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 3/2017;
- Id., *The Refugee Crisis as a Challenge for Public Law: The Italian Case*, in *German Law Journal*, n. 6/2017;
- Id., *Oltre i decreti sicurezza: la "tirannia di Schengen" sulla politica dell'Italia in materia di immigrazione e asilo*, in *ADiM BLOG*, ottobre 2019;
- Id., *Riforma o Controriforma? Il "decreto Lamorgese" e la tela di Penelope*, in *ADiM Blog*, Gennaio 2021;
- G. Savio, *Il trattamento riservato ai migranti sbarcati sulle coste italiane obbligo di identificazione e di informazione nell'approccio hotspot*, in *Asgi*, giugno 2018;
- Id., *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2011;
- Id., *La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3-4/2015;
- Id., *Le nuove disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale: una (contro)riforma annunciata*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2017;
- A. Sciarba, *Ai confini dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'hotspot alla decisione della Commissione territoriale*, in *Questione Giustizia*, fasc. 2/2018;
- F. Scuto, *Accesso al diritto di asilo e altri limiti costituzionali al respingimento*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2020;
- Id., *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, Giuffrè, 2012;
- G. Serra, *L'iscrizione anagrafica e i richiedenti asilo dopo il dl 113/2018*, in *Questione Giustizia*, 25 marzo 2019;
- F. Sicuro, *Diritti fondamentali, doveri inderogabili e identità costituzionale. L'efficacia normativa del dovere di solidarietà nella società multiculturale*, in *Democrazia e sicurezza*, n. 1/2019;

- A. Simoni, *La sentenza della Cassazione sul kirpan: "voce dal sen fuggita"? Brevi note comparatistiche sull'adesione della Suprema Corte all'ideologia della "diversità culturale degli immigrati"*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/ 2107;
- F. Sini, *Bellum, fas, nefas: aspetti religiosi e giuridici della guerra (e della pace) in Roma antica*, in *Diritto @ Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 4/ 2005;
- Id., *Bellum Nefandum. Virgilio e il problema del "diritto internazionale antico"*, Sassari, Libreria Dessì Editrice, 1991;
- Id., *Ut iustum conciperetur bellum: guerra "giusta" e sistema giuridico-religioso romano*, in *Diritto @ Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 2/ 2003;
- G. Sirianni, *La polizia degli stranieri*, Torino, Giappichelli, 1999;
- F. Sona, *Giustizia religiosa e islam. Il caso degli Shari'ab Councils nel Regno Unito*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 34/2016;
- M. Sordi, *Integrazione, mescolanza, rifiuto nell'Europa antica: il modello greco e il modello Romano*, in G. Urso (a cura di), *Integrazione mescolanza rifiuto: incontri di popoli, lingue e culture in Europa dall'Antichità all'Umanesimo: atti del convegno internazionale. Cividade del Friuli, 21-23 settembre 2000*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2000;
- A. Spena, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 2/2017;
- S. Staiano, *Migrazioni e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo*, in *federalismi.it*, n. 21/2008;
- Id., *Né modello, né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020;
- M. Starita, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 1/2019;
- Id., *Il principio del non-refoulement tra controllo dell'accesso al territorio dell'Unione europea e protezione dei diritti umani*, in *Diritto Pubblico*, fasc. 1/2020;
- E. Steinhilper, R. Gruijters, *Border Deaths in the Mediterranean: What We Can Learn from the Latest Data*, in *Border Criminologies*, 2017;
- C. Storti, *Alcune considerazioni sul trattamento dello straniero in età medievale e moderna tra flessibilità e pragmatismo*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, EUM, 2012;

- F. Snyder, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *The Modern Law Review*, vol. 56/1993;
- M. Talamanca, *I mutamenti della cittadinanza*, in *MEFRA*, n. 2/ 1991;
- A. Tarzia, *Il giudice e lo straniero. Linguaggi e culture nei percorsi giurisdizionali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020;
- D. Tega, *I ricorsi regionali contro il decreto sicurezza: la ridondanza dalla difesa delle competenze allo scontro sui diritti*, in *Consulta Online*, 13 aprile 2019;
- D. Thym, *La “crisi dei rifugiati” come sfida per il sistema giuridico e la legittimità istituzionale*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2017;
- Id., *The “refugee crisis” as a challenge of legal design and institutional legitimacy*, in *Common Market Law Review*, vol. 53, fasc. 6/2016;
- B. Tonoletti, *Confini Diritti Migrazioni. Catastrofe e redenzione del diritto pubblico europeo*, in F. Cortese, G. Pelacani, *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017;
- S. Trevisanut, *Diritto di asilo e contrasto dell'immigrazione irregolare via mare*, in C. Favilli (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, Cedam, 2011;
- G. Tropea, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2012;
- Id., *Tutela giurisdizionale*, in C. Panzera, A. Rauti (a cura di), *Dizionario dei Diritti degli Stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020;
- L. Trucco, *Le modifiche alla legge n. 189/2002 in tema d'asilo*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2002;
- M. Tuozzo, *Commento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 275 del 20 dicembre 2017 sui respingimenti differiti alla frontiera*, in *Immigrazione.it.*, n. 316/2018;
- Ead., *I percorsi migratori e la pandemia. Come cambiano le emergenze*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2020
- Ead., *Stranieri ai diritti?*, *Recensione a: Donatella Loprieno, Trattenere e punire. La detenzione amministrativa dello straniero e Donatella Di Cesare, Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 2/2019;
- V. Turchi, *Convivenza delle diversità, pluralismo religioso e universalità dei diritti. Modelli di approccio. Indicazioni metodologiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 16/2017;

- UGL, *Uso della forza nelle operazioni di foto-segnalamento e nella rilevazione delle impronte digitali di stranieri e cittadini italiani*, Lettera aperta al capo della polizia, 10 febbraio 2016;
- E. Valentini, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2018;
- E. Valentini, L. Gennari, *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 F. Curi (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*, Pisa, Pacini, 2018;
- F. Vassallo Paleologo, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, in *Questione Giustizia*, fasc. 2/2018;
- Id., *Il caso Cap Anamur. Assolto l'intervento umanitario. E oggi?*, sul blog ADIF, 19 marzo 2018;
- Id., *L'Unione Europea lancia l'operazione IRINI nel Mediterraneo e si avvia al suicidio politico*, in *A-dif.org*, 31 marzo 2020;
- Id., *Respingimenti differiti e trattenimento illegittimo di tunisini a Lampedusa*, in *A-dif*, 29 ottobre 2017;
- M. Veglio, *La restrizione amministrativa della libertà personale del richiedente asilo, prima, durante e dopo il processo di protezione*, in *Questione giustizia*, fasc. 2/2018;
- M. Veltri, *La Governance dell'Immigrazione tra Stato, Regioni ed Enti Locali*, in F. Biondi Dal Monte, E. Rossi, *Diritti oltre frontiera: migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa University Press, 2020;
- F. Venturi, *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 c.d. «Decreto Sicurezza» (d.l. 113/2018)*, in *Dir. Imm. e Citt.*, fasc. 2/2019;
- Id., *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. 1/2021;
- N. Vettori, *Servizio pubblico di accoglienza e diritti fondamentali dei richiedenti asilo. Profili di illegittimità della riforma introdotta dal d.l. n. 113/2018*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3/2019;
- D. Vitiello, *Il contributo dell'Unione europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti: spunti critici per una rilettura critica dei global compacts*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. n. 3/2018;
- Ead., *Il diritto di cercare asilo ai tempi dell'Aquarius*, in *SIDIBlog*, 29 giugno 2018;

Ead., *L'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo: linee di tendenza e proposte per il futuro*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 3-4/2016;

M. Vrenna, *Le Regioni di fronte all'immigrazione: linee di tendenza degli ultimi anni*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, il Mulino, 2013;

J. Woelk, F. Guella, G. Pelacani, *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”*. *La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale*, Quaderni della facoltà di giurisprudenza, Università di Trento, 2016;

H. Wray, *The Aliens Act 1905 and the Immigration Dilemma*, in *Journal Of Law And Society* V. 33, n. 2/2006;

G. Zagrebelsky, *Procedimento e giudizi d'accusa*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, 1986;

A. Zamponi, *Il c.d. «decreto sicurezza-bis»: profili di diritto della navigazione*, in *Diritto Pubblico*, fasc. 3/2019;

P. Zicchittu, *Una “nuova stagione” per l'atto politico? Alcune riflessioni tra teoria e prassi costituzionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 11/2018;

S. Zirulia, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Dir. pen. cont.*, 18 giugno 2019;

Id., *Per Lussemburgo è “detenzione”, per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2020;

N. Zorzella, *L'irrazionalità del sistema giurisdizionale delineato nel testo unico sull'immigrazione*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2001;

Ead., *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Dir., Imm. e Citt.*, fasc. 1/2018

## Sitografia

Action Aid, Openpolis, *La sicurezza dell'esclusione – Centri d'Italia 2019*, aggiornato a febbraio 2020, url: [https://www.actionaEad.it/app/uploads/2020/05/CentridItalia\\_2019.pdf](https://www.actionaEad.it/app/uploads/2020/05/CentridItalia_2019.pdf) (data ultima consultazione 20/3/2021);

A. Algostino, *Verso un nazionalismo autoritario*, 1° dicembre 2018, url: [www.volerealuna.it/in-primo-piano/2018/12/01/il-decreto-sicurezza-e-immigrazione-verso-un-nazionalismo-autoritario](http://www.volerealuna.it/in-primo-piano/2018/12/01/il-decreto-sicurezza-e-immigrazione-verso-un-nazionalismo-autoritario) (data ultima consultazione 20/3/2021);

ASGI, *Alcune luci e molte ombre nel decreto-legge n. 130/2020 in materia di immigrazione e asilo: è indispensabile fare subito modifiche importanti*, 4 novembre 2020, url: <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/11/valutazioni-ed-emendamenti-ASGI-al-d.l.-n.-130-2030-4-11-2020-fin-1.pdf> (data ultima consultazione 20/3/2021);

ASGI, *Comunicato di Asgi chiede l'immediata revoca del decreto interministeriale del 7 aprile 2020. L'Italia è sempre vincolata all'obbligo di fornire un porto sicuro alle persone salvate in mare*, 15 aprile 2020, url: <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/soccorsi-nota/> (data ultima consultazione 20/3/2021);

ASGI, *Il nuovo Patto europeo su migrazione e asilo. Le criticità alla luce del contesto italiano*, aggiornato all'8 gennaio 2021, url: [https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/01/PolicyNote\\_Patto\\_8gen21-2.pdf](https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/01/PolicyNote_Patto_8gen21-2.pdf) (data ultima consultazione 20/3/2021);

ASGI, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa. La privazione della libertà dei cittadini stranieri in attesa di respingimento immediato*, 5 maggio 2019, url: [https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/05/Zona-di-transito-Malpensa\\_rev.pdf](https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/05/Zona-di-transito-Malpensa_rev.pdf) (data ultima consultazione 20/3/2021);

ASGI, *Posizione sulla bozza di "Codice di condotta per le ONG coinvolte nel salvataggio di migranti in mare"*, aggiornato al 24 luglio 2017, url: [https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/07/Draft-ASGI-Position-Paper\\_Final\\_IT.pdf](https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/07/Draft-ASGI-Position-Paper_Final_IT.pdf) (data ultima consultazione 20/3/2021);

T. Boeri, *Costi e benefici dell'immigrazione tra percezioni e realtà*, 2018, url: <https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?itemdir=52270> (data ultima consultazione 20/3/2021);

P. Bonetti, *Considerazioni sul disegno di legge a.s. n. 2705 di conversione in legge del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13 - Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale, testo dell' audizione alle Commissioni riunite Affari Costituzionali e Giustizia del Senato della Repubblica*, 7/3/2017, url: [http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/00\\_](http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/00_)(data ultima consultazione 20/3/2021);

M. Cartabia, *L'attività della Corte Costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, url: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione\\_cartabia/1\\_relazione.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf) (data ultima consultazione 20/3/2021);

M. Cartabia, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali - il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona - Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola - Santiago de Compostela 16-18 ottobre 2014*, url: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/RI\\_Cartabia\\_santiago2014.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_santiago2014.pdf) (data ultima consultazione 20/3/2021);

G. Cataldi, *Audizione informale nell'ambito dell'esame del disegno di legge C. 1913 Governo, di conversione in legge del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante "Disposizioni urgenti in*

materia di ordine e sicurezza pubblica”, url: [https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload\\_file\\_doc\\_acquisiti/pdfs/000/001/960/Relazione\\_Giuseppe\\_Cataldi.pdf](https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/001/960/Relazione_Giuseppe_Cataldi.pdf). (data ultima consultazione 20/3/2021);

Cild, *Detenzione migrante ai tempi del Covid*, luglio 2020, url: [https://cild.eu/wp-content/uploads/2020/07/Dossier\\_MigrantiCovEad.pdf](https://cild.eu/wp-content/uploads/2020/07/Dossier_MigrantiCovEad.pdf) (data ultima consultazione 20/3/2021);

*Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare*, url: [https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/codice\\_condotta\\_ong.pdf](https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/codice_condotta_ong.pdf) (data ultima consultazione 20/3/2021);

*Codice di condotta volontario per operazioni di ricerca e soccorso intraprese da organizzazioni non governative della società civile nel Mare Mediterraneo*, url: <https://www.humanrightsatsea.org/wpcontent/uploads/2017/03/20170302-NGO-Code-of-Conduct-FINAL-SECURED.pdf>. (data ultima consultazione 20/3/2021);

*Coronavirus, intervista a Marta Cartabia: «Nella Costituzione le vie per uscire dalla crisi»*, 29 aprile 2020, url: [https://www.corriere.it/esteri/20\\_aprile\\_29/coronavirus-intervista-marta-cartabia-nella-costituzione-vie-uscire-cri-si-c1893622-8982-11ea-8073-abb9eae2ee6.shtml](https://www.corriere.it/esteri/20_aprile_29/coronavirus-intervista-marta-cartabia-nella-costituzione-vie-uscire-cri-si-c1893622-8982-11ea-8073-abb9eae2ee6.shtml) (data ultima consultazione 20/3/2021);

Domanda di autorizzazione a procedere in giudizio ai sensi dell'articolo 96 Costituzione, Doc. IV bis n. 1, url: [http://www.senato.it/Web/AutorizzazioniAProcedere.nsf/dfbec5c17bce92adc1257be500450dad/4c5c5e58bdf39bbac125838c00431f69/\\$FILE/Doc.%20IV-bis,%20n.%201.pdf](http://www.senato.it/Web/AutorizzazioniAProcedere.nsf/dfbec5c17bce92adc1257be500450dad/4c5c5e58bdf39bbac125838c00431f69/$FILE/Doc.%20IV-bis,%20n.%201.pdf) (data ultima consultazione 20/3/2021);

GNPL, *Bollettino n. 28, 28 aprile 2020*, url: <https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/2d4f6bc8fd249fdc78c66e22a43cc0de.pdf> (data ultima consultazione 20/3/2021);

GNPL, *Relazione presentata al Parlamento, 27 marzo 2019*, url: <https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/00059ffe970d21856c9d52871fb31fe7.pdf> (data ultima consultazione 20/3/2021);

C. Heller, L. Pezzani, *Ebbing and Flowing: The EU's Shifting Practices of (Non-) Assistance and Bordering in a Time of Crisis*, 2016, url: [http://nearfutureonline.org/wp-content/uploads/2016/03/Heller\\_Pezzani\\_Ebbing\\_2016.pdf](http://nearfutureonline.org/wp-content/uploads/2016/03/Heller_Pezzani_Ebbing_2016.pdf) (data ultima consultazione 20/3/2021);

Internazionale, *Il naufragio nel canale di Sicilia è stato provocato da una collisione*, url: <https://www.internazionale.it/storia/naufragio-mediterraneo-700-morti> (data ultima consultazione 20/2/2021);

Ministro degli Affari Interni, *Ordinanza del 27 marzo 1802, n. 15*, url: [http://www.lombardiabeniculturali.it/leggi/schede/300171/\\_](http://www.lombardiabeniculturali.it/leggi/schede/300171/_) (data ultima consultazione 20/3/2021);

«Navi quarantena», *i minori che hanno perso la vita sono due*, su *il Manifesto*, 15 dicembre 2020, url: <https://ilmanifesto.it/navi-quarantena-i-minori-che-hanno-perso-la-vita-sono-due/> (data ultima consultazione 20/3/2021);

OMS, *Migrations and health: key issues*, url: [http://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0005/293270/Migration-Health-Key-Issues-pdf?ua=1](http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0005/293270/Migration-Health-Key-Issues-pdf?ua=1) (data ultima consultazione 20/3/2021);

Orlando sfida Salvini: «Sui migranti a Palermo non applico il decreto sicurezza», sul quotidiano *Corriere della sera*, 2 gennaio 2019, url: [https://www.corriere.it/cronache/19\\_gennaio\\_02/palermo-sindaco-orlando-disobbedisce-salvini-non-applico-suo-decreto-155631c8-0e7e-11e9-81e4-4ae8cf051eb7.shtml](https://www.corriere.it/cronache/19_gennaio_02/palermo-sindaco-orlando-disobbedisce-salvini-non-applico-suo-decreto-155631c8-0e7e-11e9-81e4-4ae8cf051eb7.shtml) (data ultima consultazione 20/3/2021);

A. Pace, *Parere pro-veritate sulla legittimità costituzionale del cd. decreto legge "sicurezza e immigrazione"*, 18 ottobre 2018, url: <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/10/AP-Parere-decreto-sicurezza-18-10-2018.pdf> (data ultima consultazione 20/3/2021);

Relazione della Giunta delle Elezioni e delle Immunità Parlamentari, Doc. IV-bis n. 2-A, url: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1142649.pdf> (data ultima consultazione 20/3/2021);

Relazione della Giunta delle Elezioni e delle Immunità Parlamentari, Doc. IV-bis n. 3-A, url: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1153367.pdf> (data ultima consultazione 20/3/2021);

P. Ridola, *Garanzie, diritti e trasformazioni del costituzionalismo*, url: [https://www.scienzegiuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/docenti/ridola/Ridola\\_garanzie-diritti-etc.pdf](https://www.scienzegiuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/docenti/ridola/Ridola_garanzie-diritti-etc.pdf) (data ultima consultazione 20/3/2021);

UNHCR, *Key Legal Considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the COVID-19 response*, 16 marzo 2020, url: [www.refworld.org](http://www.refworld.org), (data ultima consultazione 20/3/2021);

D. Vanheule, J. Van Selm, C. Boswell, *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'immigrazione*, Studio, 15 aprile 2011, url: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/453167/IPOL-LIBE\\_ET\(2011\)453167\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/453167/IPOL-LIBE_ET(2011)453167_IT.pdf) (data ultima consultazione 20/3/2021);

F. Vassallo Paleologo, *La richiesta di autorizzazione a procedere sul caso Open Arms (1-20 agosto 2019). Nota a Tribunale di Palermo. Collegio per i reati ministeriali, 30 gennaio 2020*, in <https://www.giustiziasieme.it/it/attualita-2/878-la-richiesta-di-autorizzazione-a-procedere-sul-caso-open-arms-1-20-agosto-2019-nota-a-tribunale-di-palermo-collegio-per-i-reati-ministeriali-30-gennaio-2020> (data ultima consultazione 20/3/2021).



