



NUMERO SPECIALE 2/2019

Italia, Europa:  
i diritti fondamentali e  
la rotta dei migranti

a cura di Melissa Miedico e Graziella Romeo



ISSN 1826-3534

Numero speciale / Special Issue 2/2019



# Sommario

## INTRODUZIONE

- Diritti fondamentali e migrazione, di *Graziella Romeo* ..... 5

## PARTE I

- La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico, di *Luca Maserà* ..... 18
- Tutela avverso il provvedimento di espulsione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, di *Davide Zecca*..... 44

## PARTE II

- La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri, di *Laura Montanari* ..... 63
- Uno sguardo Oltralpe. Aspetti problematici della disciplina dell'immigrazione in Francia, di *Caterina Severino*..... 81
- L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati: quali garanzie? Un'analisi comparata e interdisciplinare, di *Simone Penasa*..... 99
- La tutela giurisdizionale dei migranti e il ruolo dell'avvocato 'immigrazionista', di *Paolo Oddi*.. 116

## CONCLUSIONI

- *Il fenomeno migratorio: una risorsa da valorizzare*, di *Melissa Miedico* ..... 125

**NOTIZIE SUGLI AUTORI** ..... 140





# Diritti fondamentali e immigrazione

**di Graziella Romeo**

Assistant Professor di Diritto costituzionale  
Università Bocconi di Milano

**Sommario:** **1.** Introduzione: il diritto dell'immigrazione nell'era della preferenza per i connazionali. – **2.** Esiste una cultura giuridica europea dell'immigrazione? – **3.** La chiusura delle comunità politiche e la prospettiva del cosmopolitismo costituzionale. – **4.** Considerazioni conclusive.

## **1. Introduzione: il diritto dell'immigrazione nell'era della preferenza per i connazionali**

Il titolo di questa sezione monografica è “Italia, Europa: i diritti fondamentali nella rotta dei migranti”. La tesi che questo progetto editoriale intende sviluppare è che le vicende concernenti i flussi migratori debbano essere pensate in due prospettive: l'appartenenza dell'Italia all'Europa, intesa quale spazio fisico e giuridico, e la centralità dei diritti fondamentali, a partire dai quali le politiche dell'immigrazione devono essere costruite.

Vi sono, dunque, due idee alla base di questo progetto. La prima è la necessità di inquadrare il tema del fenomeno migratorio in una “cultura giuridica europea dell'immigrazione”. La seconda è l'opportunità di riconoscere l'esistenza, nelle circostanze di fatto in cui avviene la migrazione, di due dimensioni, le quali sollecitano l'ordinamento giuridico in direzioni potenzialmente antitetiche: la dimensione collettiva/di massa del fenomeno migratorio e la dimensione individuale della particolare posizione giuridica soggettiva del migrante, portatore di una pretesa che si articola diversamente a seconda della specifica condizione di provenienza, dell'età e, più in generale, della situazione personale.

Il riferimento alla cultura giuridica europea merita di essere precisato. Il diritto europeo ha sviluppato un apparato di norme in tema di immigrazione, intesa quest'ultima nel senso del flusso di cittadini di Paesi terzi che avanzano la pretesa a una collocazione più o meno stabile sul territorio dell'Unione europea. Cionondimeno, si tratta di un sistema normativo disarticolato, soprattutto per ragioni legate all'impostazione iniziale dell'assetto competenziale all'interno dell'UE. Infatti, per un verso, l'immigrazione è stata a lungo concepita come una questione di diritto domestico, sottratta alla competenza delle istituzioni comunitarie, a meno di pertenerne a vicende che esibivano i caratteri della transnazionalità<sup>1</sup>. Per l'altro, l'introduzione, nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, di

---

<sup>1</sup> Il riferimento è qui al riparto di competenze precedente alle riforme introdotte con il Trattato di Amsterdam e, in particolare, con l'art. B. È infatti con quest'ultimo Trattato che le politiche sull'immigrazione vengono finalmente “comunitarizzate”, abbandonando il terzo pilastro della cooperazione rafforzata e approdando nel primo.

norme relative a questa materia<sup>2</sup> ha condotto alla produzione di normativa secondaria che ha soprattutto finalità di coordinamento delle discipline nazionali esistenti, sebbene con il dichiarato intento di rafforzarne i profili di tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei migranti<sup>3</sup>. Negli anni più recenti la Commissione, con l'agenda sulla migrazione, ha annunciato un approccio olistico alla gestione del fenomeno, individuando nella protezione dei migranti lungo le rotte e nell'organizzazione della distribuzione dei rifugiati due elementi fondamentali della politica dell'Unione di breve e lungo periodo<sup>4</sup>. L'agenda europea inquadra così le decisioni emergenziali, ovvero l'approccio *hotspot* e la ricollocazione dei richiedenti asilo dai paesi di primo approdo ad altri Stati Membri<sup>5</sup>, in una strategia finalizzata a una gestione integrata delle migrazioni extra-UE. I due meccanismi da ultimo citati, tuttavia, hanno sollevato una lunga scia di resistenze, sia da parte di governi che sarebbero, di lì a breve, divenuti euroscettici<sup>6</sup>, che da parte di paesi in preda a derive illiberali, così rendendo il fenomeno migratorio un potente catalizzatore di sentimenti anti-europeisti o, per essere più precisi, anti-integrazionisti<sup>7</sup>.

Tutto ciò non sembra aver determinato esclusivamente un rallentamento nell'articolazione di una politica migratoria europea comune efficace, ma anche e soprattutto un complessivo effetto di alterazione della percezione della reale consistenza del problema dell'immigrazione clandestina in ciascun paese europeo. I dati dell'Eurobarometro, analizzati dalla Fondazione dell'Istituto Cattaneo rispetto alle vicende italiane, evidenziano come, in quasi tutti gli Stati Membri, i cittadini europei avvertano la presenza degli immigrati provenienti da paesi terzi in proporzioni nettamente superiori ai dati di realtà<sup>8</sup>.

---

<sup>22</sup> Si tratta, in particolare, degli art. 67, 79 e 80 TFUE sulla politica comune in materia di immigrazione, i quali costituiscono la base giuridica per la normativa secondaria sfociata nella creazione del "sistema europeo comune di asilo" (*Common European Asylum System*).

<sup>3</sup> V. la direttiva 2013/33/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, n 26 giugno 2013 sulle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo e protezione internazionale.

<sup>4</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 13 maggio 2015, COM(2015) 240 finale.

<sup>5</sup> L'approccio dei punti di crisi è stato dapprima annunciato dalla Commissione Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio: Gestire la crisi dei rifugiati: misure operative, finanziarie e giuridiche immediate nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione, del 23 settembre 2015, COM(2015) 490 finale. Successivamente, il Consiglio lo ha incorporato nella decisione sulla cosiddetta *relocation*: decisione del Consiglio del 22 settembre 2015, UE/2015/160.

<sup>6</sup> Deve essere menzionato in questo contesto l'*opt-out* del Regno Unito rispetto al piano di *relocation*.

<sup>7</sup> Le vicende ungheresi sono emblematiche. È, infatti, rispetto all'obbligo di dare seguito alla decisione sulla *relocation* che il governo ungherese ha chiesto alla Corte costituzionale un'interpretazione delle disposizioni costituzionali sugli obblighi internazionali volta ad accertare se la decisione del Consiglio corrispondesse o meno al tipo di obbligo derivante dalla partecipazione dell'Ungheria all'UE che imponeva al governo di darvi attuazione. Negli stessi mesi, il governo del Primo ministro Orban ha indetto un *referendum* sull'obbligo di partecipare alla distribuzione dell'onere di accoglienza dei rifugiati e, infine, si è unito al ricorso del governo slovacco contro il Consiglio, risolto poi dalla Corte di giustizia nel senso della conferma della legittimità della decisione. Sul punto si rinvia *infra* alla nota 11.

<sup>8</sup> V. lo studio condotto dalla Fondazione dell'Istituto Cattaneo disponibile all'indirizzo *internet* <http://www.cattaneo.org/wp-content/uploads/2018/08/Analisi-Istituto-Cattaneo-Immigrazione-realt%C3%A0-e-percezione-27-agosto-2018-1.pdf> (ultimo accesso: 15 marzo 2019). La distanza tra il numero

In questo clima, è piuttosto semplice per alcuni attori politici presentare l'immigrazione come il primo e principale fattore di instabilità sociale, economica e, in un certa misura, persino politica. Nel linguaggio del confronto politico e del dibattito pubblico, il flusso migratorio è sempre più caratterizzato nei termini di una vicenda di straordinaria entità e gravità, destinata ad aggravare le eventuali crisi sistemiche in atto, a dissolvere i legami identitari tra consociati e, ancora, a deresponsabilizzare i decisori politici rispetto alla condizione dei connazionali.

## 2. Esiste una cultura giuridica europea dell'immigrazione?

Nonostante questa premessa, deve essere rammentato che, negli anni in cui l'Europa si è confrontata con flussi migratori di crescente entità, la giurisprudenza ha offerto un contributo decisivo alla delineazione di una cultura giuridica europea dell'immigrazione.

La Corte di giustizia, per esempio, è intervenuta più volte in questa materia. Per lungo tempo, la prospettiva dei giudici di Lussemburgo è stata quella del rafforzamento della posizione del migrante lavoratore<sup>9</sup> e della situazione giuridica dei cittadini di Paesi terzi che avessero stabilito interessi di vita nel territorio dell'Unione<sup>10</sup>. La Corte ha, in certo senso, ripercorso anche in questa materia le tappe dell'evoluzione del concetto di cittadinanza europea che, da istituto incentrato sulla figura del lavoratore attivo, è progressivamente divenuta catalizzatrice (e attivatrice) di un più ampio spettro di tutele. Di recente, infatti, la Corte ha spostato l'attenzione anche sul non cittadino che non sia attivo nel territorio dell'Unione ed ha evidenziato l'esistenza, nel diritto europeo, di garanzie procedurali in favore del migrante che voglia essere riconosciuto come rifugiato<sup>11</sup>. Ancora, i giudici di Lussemburgo hanno

---

percepito e la reale consistenza della comunità dei non cittadini di origine non UE è massima in Italia, se comparata con il resto dei paesi dell'Unione.

<sup>9</sup> V. per esempio la pronuncia Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sentenza del 24 aprile 2012, in causa C-571/10, *Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) et al.*, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo ai quali una normativa nazionale o regionale per la concessione di un sussidio per l'alloggio riserva un trattamento diverso da quello riservato ai cittadini nazionali residenti nella medesima provincia o regione nell'ambito della distribuzione dei fondi destinati a tale sussidio. La Corte di giustizia ha ritenuto che tale indirizzo normativo violi la disposizione della Direttiva 2003/109, che prevede che tali soggetti godano di trattamento pari ai cittadini nazionali per le prestazioni sociali.

<sup>10</sup> Il riferimento è soprattutto a Corte di giustizia dell'Unione Europea, sentenza 8 marzo 2011, in causa C-34/09, *Zambrano c. ONEm*, sul diritto di soggiorno del genitore nel territorio di uno Stato membro, cittadino di un paese terzo, di cittadini dell'Unione, ricavato dall'art. 20 TFUE.

<sup>11</sup> Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sentenza del 15 febbraio 2016, in causa C-601/15 PPU, *J.N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, a proposito della necessità che le limitazioni al trattenimento di un richiedente protezione internazionale per motivi connessi alla tutela della sicurezza nazionale o dell'ordine pubblico debbano operare entro i limiti dello stretto necessario e sentenza del 4 giugno 2013, in causa C-300/11, *ZZ c. Secretary of State for the Home Department*, a proposito dei limiti entro i quali è concesso precludere all'interessato la conoscenza delle motivazioni che fondino il diniego della libertà di circolazione o soggiorno di un cittadino dell'Unione per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica. Sul punto v. A. PAJNO, *Rapporti tra le Corti. Diritti fondamentali ed immigrazione*, in *federalismi.it*, n. 21/2017. V. inoltre Corte di giustizia dell'Unione

richiamato la necessità del contributo solidaristico da parte di tutti gli Stati Membri alla gestione dei flussi migratori<sup>12</sup>, così valorizzando i principi di solidarietà e corresponsabilità contenuti nell'art. 80 TFUE, una delle basi giuridiche per la produzione di norme secondarie in materia di immigrazione. Da questi brevi cenni, appare chiaro che il contributo dell'UE alla costruzione di una cultura giuridica europea dell'immigrazione è sinora stato parziale ed episodico, ma non modesto o irrilevante.

Sul piano del diritto sostanziale dell'immigrazione nello spazio giuridico europeo, molto significativo è stato anche l'apporto della Corte europea dei diritti dell'uomo sia nella definizione dei diritti dei migranti al momento in cui giungono, sprovvisti di titoli di soggiorno, sul territorio nazionale con una prima pretesa di accoglienza<sup>13</sup>, sia nella determinazione del contenuto dei diritti del non cittadino residente, a prescindere dalla natura regolare o irregolare della sua presenza<sup>14</sup>, attraverso il ricorso al principio di proporzionalità e la massima valorizzazione del diritto al rispetto della vita familiare. È poi alla Corte EDU che si deve l'individuazione dell'art. 3 CEDU come base giuridica, complementare rispetto a quella fornita dall'art 33 della Convenzione ONU sui rifugiati<sup>15</sup>, per il divieto di respingimento alla frontiera e per la proibizione dell'espulsione e dell'extradizione in presenza di rischio di tortura o di trattamenti inumani e degradanti<sup>16</sup>.

Ugualmente rilevanti sono le precisazioni che giungono dalla giurisprudenza costituzionale nazionale in relazione allo statuto giuridico dello straniero. Questo complesso di decisioni giurisprudenziali consente,

---

Europea, Grande Sezione, sentenza 26 luglio 2017, in causa C-646/16, *Jafari c. Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl* e sentenza del 26 luglio 2017, in causa C-490/16, *A.S. c. Slovenia*, a proposito del divieto di trasferimento di un richiedente protezione internazionale verso lo Stato membro competente ai sensi del Regolamento Dublino III qualora tale trasferimento comporti un rischio reale che l'interessato subisca trattamenti inumani o degradanti.

<sup>12</sup> Corte di giustizia Unione Europea, Grande Sezione, sentenza del 6 settembre 2017, cause riunite C-643/15 e C-647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea*, a proposito della decisione del Consiglio in materia di cosiddetta *relocation* degli immigrati dai paesi di primo approdo a paesi terzi, contestata dai governi slovacco e ungherese sulla base di vizi procedurali e di merito. La Corte di giustizia ha infine confermato la validità della decisione, richiamando anche gli obblighi di solidarietà che gravano su tutti gli stati dell'Unione.

<sup>13</sup> V. le pronunce Corte europea dei diritti dell'uomo, Sessione plenaria, sentenza del 28 maggio 1985, ricorso n. 9214/80, serie A, n. 94, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, a proposito dell'estensione del diritto alla vita familiare e Grande Camera, sentenza del 28 febbraio 2008, ricorso n. 37201/06, *Saadi c. Italia* e IV Sezione, sentenza del 28 giugno 2011, ricorso n. 8319/07 e 11449/07, *Sufi e Elmi c. Regno Unito*, in relazione alla violazione degli art. 2 e 3 in caso di espulsione senza adeguata valutazione delle circostanze di fatto in cui versa il Paese di destinazione. Sulla violazione dei medesimi articoli interpretati nel senso della codificazione dell'obbligo di *non-refoulement* v. Grande Camera, sentenza del 21 gennaio 2011, ricorso n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*.

<sup>14</sup> V. per es. Corte europea dei diritti dell'uomo, II Sezione, sentenza 7 aprile 2009, n. 1860/07, caso *Cherif ed altri c. Italia*, in materia di espulsione disposta per motivi di ordine e sicurezza pubblica. A riguardo la Corte ha ribadito che, pur non esistendo un diritto per lo straniero di entrare o di risiedere in un particolare paese e pur potendo gli Stati contraenti espellere uno straniero a fini di mantenimento dell'ordine pubblico, le decisioni in materia, quando vadano a ledere il diritto alla vita familiare, devono rivelarsi necessarie in una società democratica.

<sup>15</sup> Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, nota anche come Convenzione di Ginevra, adottata il 28 luglio 1951.

<sup>16</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza 23 febbraio 2012, n. 27765/09), caso *Hirsi Jamaa and others v. Italy*.

infatti, di delineare una sensibilità costituzionale europea, sintetizzabile nell'adesione all'idea che il costituzionalismo sia per sua natura cosmopolitico<sup>17</sup>. Così, il *Conseil constitutionnel* ha sanzionato le limitazioni dei diritti fondamentali del non cittadino che si traducono in discriminazioni irrazionali, esclusivamente fondate sulla nazionalità. Più di recente, il giudice costituzionale francese ha ricostruito, sulla base del principio di *fraternité*, l'esistenza di un obbligo di solidarietà nei confronti dei migranti, in modo da escludere il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nelle ipotesi in cui un cittadino si adoperi per aiutare un migrante irregolare in difficoltà<sup>18</sup>.

La Corte costituzionale italiana ha sviluppato una giurisprudenza complessa e articolata in materia di immigrazione, sintetizzabile, ai fini del presente lavoro, nell'individuazione: a) di una serie di posizioni giuridiche fondamentali che non possono essere oggetto di differenziazione di trattamento tra cittadino e non cittadino, quale che sia la natura della sua presenza sul territorio nazionale; b) dell'elemento del radicamento territoriale, esprimibile nei termini dell'esistenza di interessi di vita stabilmente fondati nello stato italiano e capace di qualificare la pretesa di protezione del non cittadino anche nelle ipotesi in cui quest'ultimo non posseda un titolo di permanenza valido<sup>19</sup>.

Ora, si è poc'anzi associata questa giurisprudenza al termine "cosmopolitismo". Il riferimento a una sensibilità cosmopolitica intende qui evidenziare l'esistenza di una tesi, diffusa nella giurisprudenza dei giudici delle leggi, secondo la quale il diritto costituzionale intende preservare il radicamento dei processi decisionali nelle comunità politiche anche quando esprime valori di convivenza universale. In altri termini, il cosmopolitismo costituzionale europeo non implica una completa rinuncia all'identità sottesa al testo costituzionale, ma un dialogo continuo e costante tra la comunità politica radicata e l'*altro*. L'identità consiste, insomma, nell'apertura dialogica, piuttosto che nella conversazione di sé o nella perpetuazione di una convivenza tra individui che condividono la medesima origine. Questo dialogo potrebbe, infine, attivare un percorso finalizzato al pieno inserimento del non cittadino in quella comunità<sup>20</sup> che ne risulta inevitabilmente trasformata proprio perché, nella prospettiva del cosmopolitismo costituzionale, il processo politico non è "messo fuori gioco" dall'esigenza di tutelare la posizione di coloro che non ne prendono parte, ma è semmai sollecitato a mutare gli strumenti dell'integrazione sociale e le forme della partecipazione alla vita della comunità. Ciò che il cosmopolitismo costituzionale richiede è la ridefinizione della comunità politica su basi diverse da quelle identitarie, a

---

<sup>17</sup> Sul punto sia consentito rinviare, per i riferimenti alla giurisprudenza italiana, francese, inglese e della Corte EDU, a G. ROMEO, *Measuring Cosmopolitanism in Europe: Standards of Judicial Scrutiny Over the Recognition of Rights to Non-Citizens*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, 907 (2014).

<sup>18</sup> Su questi aspetti si rinvia al contributo di C. SEVERINO in questo numero monografico.

<sup>19</sup> Su questi aspetti si rinvia al contributo di L. MONTANARI in questo numero monografico.

<sup>20</sup> V. E. PARIOTTI, *La giustizia oltre lo Stato: forme e problemi*, Torino, 2004, 43, P.A. sostiene infatti che il superamento di un'impostazione stato-centrica in materia di diritti è il portato della componente costituzionale della democrazia.

prescindere da quale sia la forma in cui l'identità si aggrega (religiosa, etnica, nazionale, culturale). Il cosmopolitismo costituzionale costruisce il percorso della partecipazione politica nella consapevolezza dell'esistenza di differenze irriducibili in nuclei di identità contrapposti e perennemente in lotta per l'esclusione dell'*altro* da una parte, e la resistenza all'allontanamento dall'altra. Tale consapevolezza, poi, conduce alla necessità di trovare accomodamenti di interessi, che possono ben risolversi – e talvolta si risolvono – nell'assegnazione di priorità a coloro i quali abbiano legami qualificati con il territorio di un determinato stato. Così può succedere che all'immigrato irregolare vengano riconosciute solo le prestazioni essenziali inerenti al diritto fondamentale alla salute<sup>21</sup> e non la pienezza di quest'ultimo o ancora, e più significativamente, che il percorso di cittadinanza – con il conseguente riconoscimento del diritto di voto – passi attraverso test linguistici e culturali per attestare l'esistenza di un legame profondo tra l'individuo e lo stato<sup>22</sup>.

Il cosmopolitismo costituzionale deve essere dunque tenuto distinto tanto dall'universalismo, quanto dalla teoria dei diritti umani, in quanto esso tenta di fornire risposta a una domanda diversa da quella affrontata sia dall'universalismo, che dalla *human rights theory*. Questa domanda consiste nella ricerca di formule per assicurare la convivenza politica di individui portatori di interessi e di identità complesse, non necessariamente catturabili dalla formula “diritto umano universale”. Al quadro della complessità delle comunità politiche non sono, in altri termini, sottratti elementi di specificazione al fine di renderlo governabile da un insieme di regole minime comuni o, per meglio dire, di *minimum standard*, come invece propongono di fare le teorie universalistiche dei diritti<sup>23</sup>.

Questa cultura giuridica europea dell'immigrazione è un prodotto in buona parte giurisprudenziale e dottrinale, mentre il decisore politico ha un atteggiamento generalmente più oscillante. A una fase di espansione dei diritti del non cittadino, coincidente con gli anni novanta del Novecento<sup>24</sup>, sono seguite ondate di rimodulazione della legislazione esistente in una duplice prospettiva. Innanzitutto si è assistiti a un progressivo inasprimento delle regole sull'ingresso dei cittadini non europei in ragione della prioritizzazione della sicurezza nazionale, a causa del crescente allarme per la diffusione dell'estremismo jihadista in Europa. In secondo luogo, si è andati incontro a una lenta ma costante riduzione delle tutele

---

<sup>21</sup> Il riferimento è, ancora, alla giurisprudenza costituzionale italiana e in particolare alla sent. n. 252/2001.

<sup>22</sup> V. per esempio i test linguistici e culturali previsti dalla legislazione olandese e da quella tedesca. Su questi aspetti sia consentito rinviare a G. ROMEO, *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, Padova, CEDAM, 2011.

<sup>23</sup> Sul punto v. S. VERTOVEC, R. COHEN, *Conceiving Cosmopolitanism. Theory, Context, and Practice*, Oxford, Oxford U.P., 2002, 4. Gli autori definiscono il cosmopolitismo come segue: «Cosmopolitanism suggests something that simultaneously: a) transcends the seemingly exhausted nation state model; b) is able to mediate actions and ideals oriented both to the universal and to the particular, the global and local; c) is culturally anti-essentialist; and d) is capable of representing variously complex repertoires of allegiance, identity, and interest».

<sup>24</sup> Si pensi in Italia al Testo Unico sull'immigrazione, d.lgs 25 luglio 1998, n. 286.

sociali, vero motore dell'integrazione, del non cittadino per via della generalizzata contrazione della spesa pubblica associata alla prestazione di servizi essenziali<sup>25</sup>. L'effetto complessivo prodotto da queste concause sembra essere una divaricazione sempre più evidente tra il trattamento dell'immigrato lavoratore regolare e la condizione dell'insieme degli individui che migrano in Europa alla ricerca di *chances* di vita migliori, vuoi perché fuggono da una qualche forma di persecuzione, vuoi perché mirano a costruire per sé prospettive di realizzazione personale impraticabili nei paesi di origine. Questa divaricazione, a sua volta, segna tendenzialmente il confine tra l'immigrazione regolare, perché assistita da un permesso di soggiorno per motivi di lavoro, e l'immigrazione irregolare perché sprovvista di un titolo di ingresso e di permanenza sul territorio nazionale. In questo contesto, lo *status* di rifugiato è la situazione giuridica che meglio assiste la pretesa di protezione che giunge da coloro che intendono stabilirsi in Europa per fuggire da condizioni di vita insostenibili. Si tratta, tuttavia, di una soluzione inappagante e provvisoria dal momento che essa poggia su di un'interpretazione estensiva di un istituto – il rifugio politico – congegnato per tutelare individui portatori di istanze in buona parte diverse da quelle che giungono ora dal “sud del mondo”. Diversamente detto, vi sono ragioni, distinte dalla consapevolezza della dimensione politica dei problemi che affliggono le popolazioni che decidono di migrare in Europa, che dovrebbero spingere a un ripensamento delle soluzioni giuridiche apprestate a fronte delle ondate di migrazione. Queste ragioni hanno a che fare con le disuguaglianze globali e con le difficoltà di realizzazione lavorativa e personale in una fase di estrema competizione economica tra ordinamenti<sup>26</sup>. Uno degli interrogativi più complessi ai quali si giunge percorrendo la strada del cosmopolitismo costituzionale è proprio questo: esiste un obbligo, per ciascuno stato nazionale, di solidarietà rispetto a una pretesa di eguaglianza delle *chances* di partenza che non sia radicata nell'appartenenza alla medesima comunità politica?<sup>27</sup>

### **3. La chiusura delle comunità politiche e la prospettiva del cosmopolitismo costituzionale**

La difficoltà di rispondere, in primo luogo con gli strumenti del diritto, a questo interrogativo è evidente dagli sviluppi più recenti delle politiche dell'immigrazione in Europa. Rispetto alla sensibilità costituzionale europea dell'immigrazione cui si è fatto cenno, si assiste oggi, in Italia e altrove, a segnali,

---

<sup>25</sup> Su questi aspetti sia consentito rinviare ancora a G. Romeo, *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, cit. 43.

<sup>26</sup> V. I. TRUJILLO, *Giustizia globale: le nuove frontiere dell'eguaglianza*, Bologna, 2007.

<sup>27</sup> V. sul punto le riflessioni di M.C. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge, Harvard U.P., 2006, 30 e 230 e, con specifico riguardo ai doveri di assistenza e solidarietà declinati su scala globale ID., *Duties of Justice, Duties of Material Aid: Cicero's Problematic Legacy*, in 8 *J. Pol. Phil.*, 2000, 176.

evidentemente contraddittori, di chiusura delle comunità politiche nazionali, talvolta accompagnati dalla denuncia dell'esistenza di un'inconcludente retorica dei diritti umani.

Per rimanere entro i confini nazionali, devono essere menzionati: il diniego dell'ingresso ai porti per le navi che trasportano migranti clandestini<sup>28</sup>, l'introduzione di norme che puniscono il soccorso in mare nella misura in cui questa condotta sia approssimata all'agevolazione dell'immigrazione clandestina<sup>29</sup>, la riduzione delle forme di protezione internazionale in favore dei rifugiati<sup>30</sup>, la velocizzazione delle procedure di concessione dello *status* di rifugiato al costo dell'abolizione di un grado di appello<sup>31</sup>, il progressivo trasferimento del controllo delle frontiere presso i luoghi di partenza dell'immigrazione, anche al costo del sacrificio dei più basilari principi umanitari<sup>32</sup>. L'insieme di questi strumenti rappresenta

---

<sup>28</sup> Il riferimento è alla nota vicenda delle navi *Diciotti* e *Sea Watch*. Non risultano tuttavia provvedimenti formali adottati dal governo per disporre la chiusura dei porti italiani.

<sup>29</sup> Su questi aspetti si rinvia al contributo di L. MASERA in questo numero monografico.

<sup>30</sup> Cfr. Art. 1, d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (in Gazzetta Ufficiale, Serie generale, n. 231, del 4 ottobre 2018), nel testo coordinato con la l. di conversione 1 dicembre 2018, n. 132 (in Gazzetta Ufficiale, Serie generale, n. 281, del 3 dicembre 2018), 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.

<sup>31</sup> Cfr. l. 13 aprile 2017, n. 46 (in Gazzetta Ufficiale, Serie generale, n. 90 del 18 aprile 2017) che ha disposto l'istituzione presso i Tribunali sedi di Corte d'appello delle sezioni specializzate in materia di protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea e modificato il rito applicabile alle cause in materia di protezione internazionale, abrogando il grado di appello avverso i provvedimenti di diniego della protezione internazionale. Su questi aspetti v. A. FAVI, *La rilevanza dell'appello e dell'audizione nel procedimento di protezione internazionale. Riflessioni a margine della sentenza della Corte di appello di Bari n. 1117/2018*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2018, disponibile all'indirizzo internet <http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-rilevanza-dell-appello-e-dell-audizione-nel-pro-09-07-2018.php> (ultimo accesso: 25 febbraio 2019). L'A. rileva come, dal punto di vista del diritto euro-unitario, l'abolizione del grado di appello privi il ricorrente di un diritto al ricorso effettivo, sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dal momento che si tratta dell'abrogazione di un secondo grado di merito, utile al più completo accertamento delle circostanze di fatto sulle quali si basa la domanda di protezione internazionale. V. inoltre S. ALBANO, *Protezione internazionale, il diritto di impugnazione e le sezioni specializzate*, in *Questione giustizia*, n. 3, 2018, che ragiona sulla sopravvivenza del diritto di impugnazione del provvedimento di rigetto del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie adottato dal questore nei termini di diritto all'esame della sussistenza dei requisiti soggettivi per il riconoscimento della protezione internazionale. Il giudizio del giudice dinanzi al Tribunale conserva dunque la natura di giudizio sull'accertamento del diritto e non sull'atto amministrativo. In questo contesto deve anche essere menzionata l'abolizione dell'obbligatorietà della presenza fisica del richiedente protezione internazionale nel corso dell'intervista da parte della commissione territoriale competente per la valutazione della sua posizione.

<sup>32</sup> Il riferimento è qui al d.l. 10 luglio 2018, n. 84, con cui sono state cedute alla guardia costiera libica dodici motovedette per il controllo della rotta dei migranti, dalla Libia alle coste italiane. Il decreto legge solleva più di un dubbio di legittimità costituzionale, in primo luogo perché la Libia non è uno stato firmatario della Convenzione ONU sui rifugiati e non è dunque legato al rispetto delle norme in essa contenute. Inoltre, la Camera dei deputati ha infine respinto l'emendamento volto a introdurre in sede di conversione, all'art. 2 del decreto con cui si dispone la cessione delle motovedette, la menzione dell'obbligo, condizionante rispetto all'impiego del materiale ceduto, di rispettare i diritti umani. Cfr. agli atti parlamentari disponibili all'indirizzo <http://documenti.camera.it/apps/emendamenti/getProposteEmendative.aspx?contenitorePortante=leg.18.eme.ac.1004&tipoSeduta=1&sedeEsame=referente&urnTestoRiferimento=urn:leg:18:1004:null:null:com:03:referente&tipoListaEmendamenti=1> (ultimo accesso: 15 marzo 2019).

una testimonianza di una sempre più evidente tendenza ad assegnare priorità alla protezione del territorio e, più in generale, della *polis* nazionale ad ogni costo e in assenza di operazioni di bilanciamento degli interessi in gioco ispirate alla tutela dei diritti. Al contempo, le istanze di conservazione delle risorse nazionali in favore dei concittadini, fondate sul presupposto che sia *naturale* indirizzare la solidarietà verso i coloro che appartengono per nascita a una certa comunità politica<sup>33</sup>, sono rappresentate nel dibattito pubblico come scelte politiche urgenti ed essenziali per garantire la pace sociale e la stabilità economica degli stati<sup>34</sup>. E ciò nonostante non siano pochi gli studi e le rilevazioni degli economisti sul contributo degli immigrati alla tenuta finanziaria dei sistemi di *welfare*, soprattutto in una prospettiva di lungo periodo<sup>35</sup>.

Questi elementi di tensione tra una sensibilità costituzionale europea incline al cosmopolitismo e una crescente riscoperta della comunità politica nazionale definita su base identitaria<sup>36</sup> pongono in risalto, ancora una volta, la duplice natura collettiva e individuale del fenomeno migratorio. Si assiste, in altri termini, a tentativi continui di occultare nella dimensione collettiva – l’immigrazione come problema di sicurezza e di ordine pubblico – l’esistenza di sfere di posizioni giuridiche individuali, radicate in un tessuto normativo e giurisprudenziale costruito nel corso degli anni dalle istituzioni nazionali ed europee. Per questa ragione, questo monografico affronta l’immigrazione come evento prima di tutto individuale,

---

<sup>33</sup> Sul punto v. I. TRUJILLO, *Giustizia globale: le nuove frontiere dell’eguaglianza*, cit., 33-34 la quale contesta il “dogma della preferenza per i connazionali”, sostenendo che non vi sia nulla nel concetto di giustizia che ne escluda l’applicazione al di fuori dei confini di una certa (e tendenzialmente omogenea) comunità politica.

<sup>34</sup> Gli studi di scienza politica evidenziano molto chiaramente come le vicende relative all’immigrazione siano rappresentate come priorità dell’agenda politica nazionale, specialmente in momenti di crisi: S. GIANFREDA, *Politicization of the refugee crisis?: a content analysis of parliamentary debates in Italy, the UK, and the EU*, in *Rivista italiana di scienza politica*, vol. 48, n.1, 2018, 85 ss. Sempre dalla scienza politica giungono poi contributi interessanti sul significato politica dell’immigrazione, tendenzialmente utilizzata, nel dibattito italiano, in chiave elettorale come *positional issue*, ossia come elemento in grado di definire l’ideologia politica complessiva del partito politico: v. O. URSO, *The politicization of immigration in Italy. Who frames the issue, when and how*, in *Rivista italiana di scienza politica*, vol. 48, n.3, 2018, 365 ss.

<sup>35</sup> Sul punto è sufficiente citare la relazione annuale del presidente dell’Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale. Il presidente ha evidenziato in particolare il contributo dei lavoratori stranieri alla tenuta del sistema pensionistico italiano, evidenziando come peraltro spesso alla contribuzione non corrisponda una domanda di previdenza, nel senso che in molti casi gli stranieri lasciano l’Italia per fare ritorno al paese di origine prima del momento in cui avrebbero diritto alla corresponsione della pensione: cfr. *Relazione annuale del presidente INPS*, 4 luglio 2017, 14-16, disponibile all’indirizzo [http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2017/07/Relazione\\_Presidente\\_XVI\\_30\\_6\\_17.pdf](http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2017/07/Relazione_Presidente_XVI_30_6_17.pdf) (ultimo accesso: 15 marzo 2019).

<sup>36</sup> Sul punto v. J.P. FRØLUND THOMSEN, A. RAFIQI, *The impact of mass-level ideological orientations on immigration policy preferences over time*, pubblicato on line su *Rivista italiana di scienza politica*, 2018, <https://www.cambridge.org/core/journals/italian-political-science-review-rivista-italiana-di-scienza-politica/article/impact-of-masslevel-ideological-orientations-on-immigration-policy-preferences-over-time/A01852BC1C1BE88072ABFA94523CB9B8> (ultimo accesso: 25 febbraio 2019). Gli autori dimostrano come i partiti che esprimono un’ideologia di destra abbiano iniziato a rappresentare l’immigrazione come un problema di aggressione all’identità nazionale negli anni immediatamente successivi al 2000, quando cioè le spinte della globalizzazione si sono rese più evidenti.

di cui pure si fa esperienza in una dimensione collettiva. Tale prospettiva di analisi consente, infatti, di cogliere nella complessità della legislazione sull'immigrazione, la condizione giuridica del singolo e, dunque, di individuare le pretese di cui egli è portatore in seno alla comunità politica nella quale intende rifugiarsi o, più in generale, stabilirsi. La prospettiva dei diritti del singolo permette infatti di identificare il fondamento giuridico delle pretese di prioritizzazione della tutela dell'essere umano a fronte delle esigenze di protezione della comunità politica sovrana. Anche al di là della discussione sulla consistenza numerica del fenomeno migratorio in Europa e, dunque, a prescindere dall'esistenza di una reale "crisi migratoria"<sup>37</sup>, la domanda essenziale per il diritto costituzionale è infatti: quali sono i fondamenti giuridici della pretesa di assegnare priorità alla tutela dell'essere umano di fronte agli altri interessi pubblici e in particolare di fronte all'interesse nazionale di protezione dell'integrità del territorio. Come i contributi di questo numero monografico chiariscono nel dettaglio, i fondamenti giuridici sono numerosi e, soprattutto, radicati nella cultura giuridica dei paesi dell'Unione europea. È in altri termini a questa cultura che bisogna fare appello per riscoprire l'opportunità di collocare le vicende nelle migrazioni nella prospettiva dei diritti fondamentali dei singoli, a prescindere o finanche nonostante l'esistenza di preoccupazioni sistemiche rispetto agli effetti di lungo periodo delle dinamiche migratorie.

Questa prospettiva non consiste in un generico appello ai diritti umani. Al contrario, questo progetto editoriale intende circostanziare le pretese di tutela rispetto al preciso momento in cui si esprimono e rispetto alla specifica condizione di chi ne è portatore. Nell'elezione di questo punto di vista è chiara anche l'autonomia concettuale del diritto dell'immigrazione rispetto alla teoria degli *human rights*. Quest'ultima tratta le differenze tra gli esseri umani come sempre meno rilevanti per la definizione di regole di condotta e diritti individuali<sup>38</sup>, mentre il primo muove dal presupposto che la specifica condizione del singolo, compresa la sua provenienza geografica, abbia un rilievo nel momento di articolare la pretesa di riconoscimento di un diritto a essere ammesso nel territorio di uno stato e, dunque, al godimento delle *chances* di vita e realizzazione personale che possano dischiudersi. Il diritto dell'immigrazione, interpretato alla luce dei diritti fondamentali, cerca di trovare un canale di comunicazione tra la teoria dei diritti umani, quale universo delle possibilità di protezione, e la concreta articolazione di pretese nel contesto di una comunità politica che ha legittimi strumenti di selezione di quella porzione delle istanze di riconoscimento di diritti che può o, in alcuni casi, deve essere accolta.

---

<sup>37</sup> Su questo rilevante profilo si rinvia al contributo di M. Miedico in questo numero monografico.

<sup>38</sup> Secondo la felice sintesi di R. RORTY, *Truth and Progress. Philosophical Papers*, Vol. 3, Cambridge, Cambridge U.P., 1998, 11.

#### 4. Considerazioni conclusive

Questo progetto intende, in ultima analisi, distinguere le considerazioni “di sistema”, relative cioè alla gestione dell’immigrazione come evento che coinvolge una pluralità di interessi pubblici, dalla particolare situazione del singolo, le cui pretese di tutela coincidono di frequente con il contenuto essenziale del termine diritto umano.

La necessità di una prospettiva di analisi di questo tipo discende dalla circostanza per cui i temi attinenti alla gestione dell’immigrazione assorbono spesso, almeno nel dibattito pubblico, quelli relativi all’esistenza di posizioni giuridiche individuali, tutelate dall’ordinamento interno e da quello internazionale, come se il migrante-individuo possa essere confuso nella (o identificato con la) folla dei migranti-fenomeno.

Di conseguenza, questo progetto monografico muove dalla condizione del migrante al momento dell’approdo sul territorio dello Stato, nella prospettiva di individuare i diritti soggettivi in capo ai singoli nelle fasi in cui il radicamento nella comunità politica è inesistente. Successivamente, l’attenzione si sposta sulle tutele garantite all’individuo destinatario del provvedimento di espulsione, a colui al quale è dunque precluso lo stabilimento nel territorio nazionale. La seconda parte è invece dedicata allo statuto giuridico (e, più nel dettaglio, costituzionale) dei non cittadini che esibiscono diversi livelli di radicamento nella comunità politica, anche in ragione della loro condizione personale. In questo contesto è ospitato un contributo sull’ordinamento francese, il quale mira a offrire uno sguardo su un Paese dell’Unione geograficamente prossimo all’Italia e direttamente interessato dalle ondate migratorie che raggiungono il suolo nazionale. Uno spazio *ad hoc* è anche dedicato alla condizione del minore di età, studiata dalla particolare prospettiva delle procedure di individuazione dell’età anagrafica (*age assessment*), nella consapevolezza della difficoltà – nelle concrete fasi della “filiera dell’immigrazione” – di identificare i soggetti meritevoli di particolari tutele. L’ultimo contributo, prima delle conclusioni, torna sul tema delle garanzie in favore degli immigrati dalla prospettiva dell’avvocato immigrazionista, al fine di evidenziare – ancora una volta – la consistenza della rivendicazione individuale e, dunque, di interrogare il diritto dell’immigrazione dal punto di vista del singolo e non solo (o non più) della collettività che migra o che deve essere “difesa” dalla migrazione di massa.

In ogni contributo, il concetto di comunità politica, l’ente giuridico (e l’entità sociale) che le politiche migratorie intendono proteggere dai movimenti di massa, è posto in discussione. La prospettiva dei diritti fondamentali rovescia, infatti, i termini del rapporto tra i membri *optimo iure* della *polis* e lo straniero. Il fondamento della pretesa di esclusione di coloro i quali non hanno (ancora) raggiunto il livello della

significanza politica è soppiantato dal peso delle rivendicazioni individuali, radicate nel diritto costituzionale domestico<sup>39</sup>, prima ancora che nel diritto sovranazionale.

Questo monografico affronta, dunque, il tema dell'immigrazione eleggendo il punto di vista dei diritti fondamentali, senza però trascurare del tutto l'esistenza di una dimensione collettiva dell'immigrazione poiché lo scopo è, in ultima analisi, affrontare la realtà dei problemi. Le pretese individuali, infatti, si aggregano sino a diventare, talvolta, rivendicazioni di gruppo<sup>40</sup>, così ancora interrogando la comunità politica non solo rispetto alle vicende dei singoli, ma rispetto al movimento storico dei migranti. In questo senso, le soluzioni giuridiche devono esibire un doppio orientamento (e un doppio senso di responsabilità), verso il migrante-individuo e verso i migranti-collettività.

Tutto ciò implica richiamare il decisore politico rispetto alla necessità di rifuggire tanto soluzioni antistoriche, quanto opzioni anacronistiche. Il diritto, infatti, da un lato, non può ignorare la direzione dei flussi della mobilità umana contemporanea, dal "sud" al "nord" del mondo, dall'altro non può offrire soluzioni che prescindono da una comprensione piena dei dati della realtà storica.

---

<sup>39</sup> Su questi aspetti v. per esempio U. ALLEGRETTI, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in G. GOZZI (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione*, Bologna, 1997, 181, il quale sostiene la natura cosmopolitica dei diritti costituzionali o almeno di quella parte dei diritti costituzionali che non possiedono un nesso di principio con il rapporto di cittadinanza.

<sup>40</sup> Si veda la recentissima richiesta di risarcimento del danno per violazione del diritto alla libertà personale presentata al tribunale civile di Roma da parte di quarantuno migranti che si trovavano a bordo della nave Diciotti. La vicenda è stata ampiamente riportata dai quotidiani italiani, v. A. ZINITI, *Nave Diciotti, 41 migranti chiedono il risarcimento danni a Conte e Salvini. Il ministro: "Mi faccio una grassa risata"*, ne *La Repubblica*, 21 febbraio 2019, disponibile all'indirizzo internet

<https://www.repubblica.it/cronaca/2019/02/21/news/nave-diciotti-41-migranti-chiedono-il-risarcimento-d-anni-a-conte-e-salvini-219702343/> (ultimo accesso: 25 febbraio 2019).



# Parte I

# La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico

**di Luca Masera**

Professore associato di Diritto penale  
Università degli studi di Brescia

**Sommario:** **1.** Il quadro generale: dal codice di condotta al divieto di sbarco. **2.** I procedimenti a carico delle ONG: uno scenario ancora in via di definizione. **3.** La tipicità del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, con uno sguardo all'ordinamento francese. **4.** Lo stato di necessità e la drammatica situazione dei campi per migranti in Libia. **5.** Conclusioni.

## **1. Il quadro generale: dal codice di condotta al divieto di sbarco**

Non più tardi di nove mesi fa, in un articolo dedicato al medesimo tema oggetto di questo contributo<sup>41</sup>, avevamo ricostruito il percorso che, nel volgere di pochi mesi, aveva portato nel dibattito pubblico gli operatori umanitari che praticano attività di soccorso in mare dall'essere considerati eroi che salvano vite, al venire additati alla stregua di trafficanti e fiancheggiatori delle organizzazioni criminali operanti in Libia<sup>42</sup>. Ora, nel febbraio 2019, l'ascesa al governo del Paese della nuova maggioranza ha impresso un'ulteriore accelerazione a tale processo di progressiva criminalizzazione delle ONG operanti in mare. In estrema sintesi, l'Italia nell'ottobre 2014 aveva interrotto l'operazione *Mare Nostrum*, iniziata un anno prima a seguito della tragedia del 3 ottobre 2013, quando più di 350 persone erano morte a poche centinaia di metri dalle spiagge di Lampedusa. La gestione dei soccorsi nel Mediterraneo centrale era allora stata assunta dall'Unione europea con l'operazione *Triton*, che tuttavia aveva un mandato ben diverso da *Mare Nostrum* (fine precipua della missione europea non era, come per quella italiana, il soccorso dei migranti in situazioni di pericolo, bensì il controllo delle frontiere esterne dell'Unione), e disponeva di mezzi assai limitati, che in molte occasioni non consentivano di predisporre un intervento efficace.

Con il passaggio da *Mare Nostrum* a *Triton*, i naufragi aumentano in modo drammatico. Tra gli episodi più terribili, basti qui ricordare la tragedia del 18 aprile 2015, con l'annegamento nel Canale di Sicilia di un numero di persone stimato tra le 800 e le 900; ed il naufragio che, a macabra celebrazione

---

<sup>41</sup> L. MASERA, *L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Quest. giust. – Riv. trim.*, n. 2/2018, p. 225 ss.

<sup>42</sup> Così P. BARRETTA, *Da eroi a trafficanti: le accuse ai protagonisti delle operazioni di ricerca e soccorso in mare*, in *Quest. giust.*, 4.7.2017.

dell'anniversario, il 18 aprile 2016, vede la morte di oltre 400 persone nel medesimo tratto di mare interessato dalla tragedia dell'anno precedente.

È in questa fase che assumono un ruolo attivo sullo scenario dei soccorsi in mare le imbarcazioni delle ONG. Di fronte all'orrore del ripetersi ormai quasi routinario di tragedie di dimensioni immani, e di fronte alla chiara volontà degli Stati costieri e dell'Unione europea di non predisporre un sistema di soccorsi in grado di evitarli, la società civile europea si mobilita (soprattutto nei Paesi nordeuropei) per provare almeno a ridurre i numeri della strage<sup>43</sup>. Il plauso all'iniziativa è generale, anche da parte della nostra opinione pubblica, e le navi delle ONG vengono stabilmente inserite nel sistema complessivo di gestione dei soccorsi in mare gestito dalle nostre autorità navali (civili e militari), al punto che nella seconda metà del 2016 quasi il 40% delle operazioni di soccorso viene condotto dalle ONG stesse, sotto il coordinamento della Guardia costiera italiana.

Nei primi mesi del 2017, il clima nei confronti dei soccorritori comincia rapidamente a cambiare. Il numero degli stranieri che giungono via mare sulle nostre coste è sempre più elevato, e le reazioni dell'opinione pubblica iniziano a diventare ostili, accentuate dalla difficile congiuntura economica e dalla pervicace creazione di un sentimento di timore nei confronti dei migranti ad opera di molti media e partiti politici.

L'avversione verso le ONG, che sino ad allora avevano goduto di un'ottima rappresentazione mediatica, inizia con un sospetto che viene da Bruxelles. In un rapporto del mese di febbraio 2017 redatto da *Frontex* (l'agenzia europea che si occupa della gestione delle frontiere esterne dell'Unione) viene per la prima volta veicolato a livello istituzionale il larvato messaggio per cui le attività delle ONG costituiscono un *pull factor* delle partenze dalla Libia, in quanto gli operatori umanitari, pur agendo in buona fede, ottengono in realtà il risultato di agevolare le attività delle bande criminali che gestiscono le partenze dalle coste africane<sup>44</sup>.

Le perplessità di *Frontex* trovano presto una sponda anche nel nostro sistema istituzionale. Nelle settimane successive, infatti, il Procuratore della Repubblica di Catania Carmelo Zuccaro, con ripetute dichiarazioni ai media, dà notizia di indagini in corso da cui emergerebbero contatti tra le ONG e le organizzazioni criminali che operano in Libia. In un contesto politico e mediatico ove non è raro che venga usato il termine di "invasione" per descrivere il flusso di migranti dalle coste libiche, gli scenari di cointeressenze tra ONG straniere e bande criminali libiche evocati dal Procuratore vengono immediatamente ripresi ed enfatizzati dai leaders dei partiti di opposizione (in particolare Lega e M5S),

---

<sup>43</sup> Per una interessante riflessione sul ruolo della società civile rispetto alla crisi migratoria degli ultimi anni, cfr. in particolare J. ALLSOPP, *Solidarity, smuggling and the European refugee crisis: civil society and its discontents*, in *Dir, imm, citt.*, n. 3/2017, p. 1 ss.

<sup>44</sup> Il riferimento è al *Risk Analysis Report* di *Frontex* del febbraio 2017, ripreso anche nel lavoro di Barretta già citato *supra*.

che contestano al Governo l'incapacità di gestire il fenomeno in atto, e non esitano ad indicare nelle ONG i corresponsabili dell'elevato numero di sbarchi.

La pressione sulle autorità di governo per l'adozione di provvedimenti che diminuiscano gli approdi si fa di settimana in settimana più forte. L'impegno a fare il possibile perché si consegua tale risultato diventa una assoluta priorità per la compagine governativa, ed in specie per il Ministro dell'interno Marco Minniti, che in svariate occasioni pubbliche mostra di condividere le preoccupazioni del Procuratore di Catania circa il ruolo ambiguo svolto da alcune delle ONG impegnate nei soccorsi.

L'atteggiamento di diffidenza del Governo nei confronti delle ONG trova una veste anche formale con la diffusione, verso la fine del mese di luglio 2017, di un "*Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare*", alla cui sottoscrizione viene subordinata la possibilità per le ONG di collaborare con le autorità italiane nella gestione dei soccorsi<sup>45</sup>. Sul presupposto che "l'attività di salvataggio non può essere disgiunta da un percorso di accoglienza sostenibile e condiviso con gli altri

---

<sup>45</sup> Il testo dell'accordo è agevolmente scaricabile dal sito del Ministero dell'interno. I 13 punti sono comunque i seguenti: "1) l'impegno a non entrare nelle acque territoriali libiche, salvo in situazioni di grave e imminente pericolo che richiedano assistenza immediata, e di non ostacolare l'attività di *Search and Rescue* (SAR) da parte della Guardia costiera libica (..); 2) impegno a rispettare l'obbligo di non spegnere o ritardare la regolare trasmissione dei segnali AIS (*Automatic Identification System*) e LRIT (*Long Range Identification and Tracking*), qualora installati a bordo (Cap. V SOLAS) (..); 3) l'impegno a non effettuare comunicazioni o inviare segnalazioni luminose per agevolare la partenza e l'imbarco di natanti che trasportano migranti, fatte salve le comunicazioni necessarie nel corso di eventi SAR per preservare la sicurezza della vita in mare (..); 4) impegno a comunicare al competente MRCC l'idoneità tecnica (relativa alla nave, al suo equipaggiamento e all'addestramento dell'equipaggio) per le attività di soccorso, fatte salve le applicabili disposizioni nazionali ed internazionali concernenti la sicurezza dei natanti e le altre condizioni tecniche necessarie alla loro operatività (..); 5) l'impegno ad assicurare che, quando un caso SAR avviene al di fuori di una SRR ufficialmente istituita, il comandante della nave provveda immediatamente ad informare le autorità competenti degli Stati di bandiera, ai fini della sicurezza, e il MRCC competente per la più vicina SRR, quale "*better able to assist*", salvo espresso rifiuto o mancata risposta di quest'ultimo (..); 6) impegno ad osservare l'obbligo previsto dalle norme internazionali di tenere costantemente aggiornato il competente MRCC o l'OSC (*On Scene Coordinator*) designato da quest'ultimo in merito allo scenario in atto ed all'andamento delle operazioni di soccorso (..); 7) l'impegno a non trasferire le persone soccorse su altre navi, eccetto in caso di richiesta del competente MRCC e sotto il suo coordinamento anche sulla base delle informazioni fornite dal Comandante della nave (..); 8) impegno ad assicurare che le competenti autorità dello Stato di bandiera siano tenute costantemente informate dell'attività intrapresa dalla nave ed immediatamente informate di ogni evento rilevante ai fini di "*maritime security*" (..); 9) impegno a cooperare con l' MRCC, eseguendo le sue istruzioni ed informandolo preventivamente di eventuali iniziative intraprese autonomamente perché ritenute necessarie ed urgenti (..); 10) l'impegno a ricevere a bordo, eventualmente e per il tempo strettamente necessario, su richiesta delle Autorità italiane competenti, funzionari di polizia giudiziaria affinché questi possano raccogliere informazioni e prove finalizzate alle indagini sul traffico di migranti e/o la tratta di esseri umani, senza pregiudizio per lo svolgimento delle attività umanitarie in corso (..); 11) l'impegno a dichiarare, conformemente alla legislazione dello Stato di bandiera, alle autorità competenti dello Stato in cui l'ONG è registrata tutte le fonti di finanziamento per la loro attività di soccorso in mare (..); 12) l'impegno ad una cooperazione leale con l'Autorità di Pubblica Sicurezza del previsto luogo di sbarco dei migranti, anche trasmettendo le pertinenti informazioni di interesse a scopo investigativo alle Autorità di Polizia (..); 13) impegno a recuperare, durante le attività, una volta soccorsi i migranti e nei limiti del possibile, le imbarcazioni improvvisate ed i motori fuoribordo usati dai soggetti dediti al traffico/tratta di migranti e ad informare immediatamente l'ICC (*International Coordination Centre*) dell'operazione TRITON (..)".

Stati membri”, e richiamandosi alle conclusioni raggiunte nella riunione informale dei Ministri della giustizia e degli interni dell’UE svoltasi a Tallinn il 6 luglio, ove era stata accolta con favore la proposta italiana di formulare “una serie di regole chiare” che le ONG impegnate nei soccorsi in mare avrebbero dovuto rispettare, il Governo individua 13 “impegni” che le ONG devono assumere, pena la possibile “adozione di misure da parte delle Autorità italiane nei confronti della relative navi”<sup>46</sup>.

Taluni degli impegni richiesti nel testo (in specie quello di collaborare con la Guardia costiera libica nel riportare i naufraghi in Libia e quello di accettare la presenza a bordo di funzionari della polizia italiana) non risultano accettabili per alcune ONG, che si rifiutano di sottoscrivere il testo; la maggioranza di esse accetta invece di aderire al codice, e prosegue secondo le nuove regole l’impegno nell’affiancare le autorità italiane nella gestione dei soccorsi. Comunque, nei mesi successivi all’emanazione del Codice il numero di ONG presenti nel Mediterraneo centrale diminuisce in modo costante, sino a ridursi nel corso del 2018 a poche unità navali (2-3 al massimo) attive nei soccorsi.

Nei mesi successivi all’arrivo al governo della nuova maggioranza parlamentare si è assistito ad un ulteriore e significativo deterioramento del rapporto delle ONG con le autorità italiane. Le ONG sono ormai additate in maniera esplicita dal Governo (ed in specie dal Ministro dell’interno Matteo Salvini, che si distingue per l’aggressività dei toni e delle pratiche) come un fattore di disturbo della politica adottata in materia di immigrazione.

Il progetto del Governo in carica in materia di immigrazione e di soccorsi in mare, in effetti, è delineato in modo chiaro. L’obiettivo imprescindibile da raggiungere è che dalla Libia arrivi via mare il numero minore possibile di migranti. Visto che dopo la sentenza *Hirsi* della Corte EDU del 2012 non è più possibile intercettare le navi dei migranti e riportarli in Libia, devono essere i libici ad impedire il loro arrivo sulle coste italiane. Era del resto l’approccio già inaugurato con gli accordi firmati dal Governo Gentiloni con le autorità libiche nel febbraio 2017: l’Italia fornisce denaro e mezzi alla Guardia costiera libica, perché sia in grado innanzitutto di impedire le partenze, e inoltre di gestire i soccorsi in mare dei migranti che comunque riescano a partire, in modo da riportarli da dove sono venuti.

Il fatto che i campi di detenzione libici, ove in larga misura vengono rinviati i migranti soccorsi in mare dalle autorità libiche, siano dei luoghi atroci, veri e propri gironi infernali per coloro che vi si trovano

---

<sup>46</sup> Per un’analisi del testo – il cui valore giuridico è quanto mai discutibile, trattandosi di un semplice accordo stipulato dall’autorità governativa, privo di rango normativo, anche regolamentare – cfr. le numerose e ben argomentate critiche mosse nella *Posizione sulla bozza di “Codice di condotta per le ONG coinvolte nel salvataggio di migranti in mare”* (a cura di C. PITEA e S. TREVISANUT) pubblicato sul sito di ASGI il 25 luglio, ed il commento alla sua definitiva approvazione pubblicato il 1 agosto; per ulteriori spunti di riflessione, cfr. i lavori di I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare, via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Dir., imm., citt.*, n. 3/2017, p. 22. ss., e 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.

rinchiusi, non è un elemento capace di mettere in discussione le politiche governative di “respingimenti per procura” operate mediante il nostro sostegno alle autorità libiche. L’argomento che in questo modo ci rendiamo complici delle terribili violazioni dei diritti fondamentali che si verificano in Libia viene, infatti, nel dibattito pubblico immediatamente messo a tacere come utopico e “buonista” dalla considerazione che l’Italia non può accogliere tutti gli sventurati del continente africano, ed i flussi in qualche modo vanno ridotti, perché insostenibili per il nostro sistema sociale.

Posto dunque l’obiettivo di impedire l’arrivo dei migranti, facendo in modo che i soccorsi siano gestiti dai libici, l’attività delle ONG risulta senza dubbio un fattore di intralcio. Le navi delle ONG si rifiutano infatti di riportare sulle coste libiche i migranti che soccorrono in mare, dal momento che la normativa internazionale impone ai soccorritori di condurre i naufraghi nel “luogo sicuro” più vicino (*place of safety*, indicato solitamente con l’acronimo POS), e tale non può essere considerata la Libia per i migranti, che devono sbarcare in Italia (o a Malta, qualora le autorità concedano l’autorizzazione allo sbarco, evenienza in verità assai rara) per vedere riconosciuto l’esercizio dei propri diritti fondamentali. L’azione delle ONG risulta dunque distonica rispetto al progetto politico del nostro Governo, che per questa ragione ha ormai individuato nelle ONG degli avversari da contrastare senza infingimenti.

La parola d’ordine del Ministro dell’interno è al momento attuale la “chiusura dei porti”: le ONG straniere che soccorrono in mare i migranti in fuga dalla Libia non sono più ammesse a sbarcare in Italia. In realtà, né il Ministero dei trasporti, né il Ministero dell’interno hanno emanato alcun provvedimento formale che disponga il divieto per tali imbarcazioni di entrare nei porti italiani. Quando tuttavia la nave di una ONG carica di naufraghi chiede alle autorità italiane l’indicazione di un POS dove poter sbarcare, il Ministero dell’interno cui spetta tale indicazione si rifiuta di fornirla, sino a quando altri Paesi europei non abbiano dato disponibilità ad accogliere almeno alcuni dei migranti.

L’ultimo caso è della fine di gennaio 2019, quando il Ministro dell’interno per 10 giorni ha rifiutato di concedere l’autorizzazione allo sbarco di 47 migranti (di cui 15 minori) che erano stati soccorsi in acque internazionali dalla nave Sea-Watch3, battente bandiera olandese, e di proprietà di una ONG tedesca. Alla nave era stato concesso di ripararsi dal maltempo ormeggiando nel porto di Siracusa, ma gli stranieri non potevano sbarcare sino a quando non si fosse concluso un accordo sulla loro redistribuzione in altri Paesi europei. Per sbloccare la situazione, il capitano della nave e alcuni migranti avevano presentato un ricorso d’urgenza ai sensi dell’art. 39 del Regolamento della Corte EDU, chiedendo ai giudici di Strasburgo di intimare allo Stato italiano di porre fine all’illegale privazione di libertà cui erano sottoposti i migranti bloccati sulla nave, consentendo il loro sbarco immediato. La Corte non aveva accolto la richiesta di ordinare lo sbarco, anche se aveva ricordato al Governo il suo dovere di garantire ai migranti

la necessaria assistenza<sup>47</sup>. Dopo estenuanti trattative in sede europea per individuare i Paesi disponibili ad accogliere i migranti, 9 Paesi europei avevano infine accettato di farsi carico ciascuno di un certo numero di migranti, e dopo 10 giorni di attesa veniva consentito la discesa a terra dei naufraghi nel porto di Catania. Una volta sbarcati i migranti, alla nave accedevano per le verifiche di competenza la Guardia di finanza e la Capitaneria di porto. Le indagini della Procura escludevano che in capo al capitano ed all'equipaggio potesse configurarsi, come sostenuto invece dal Ministro dell'interno, un'ipotesi di concorso nel reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare di cui all'art. 12 d.lgs. 286/98 (TUI), posto che la Sea-Watch3 era intervenuta per soccorrere un'imbarcazione destinata a sicuro naufragio. La procedura amministrativa si concludeva invece con il fermo temporaneo della nave, cui per ragioni di natura tecnica veniva impedito di riprendere il mare.

La gestione del caso Sea-Watch3 individua quello che attualmente è il *modus operandi* delle nostre autorità nei confronti delle navi delle ONG. La loro attività di soccorso viene in primo luogo disincentivata dalla ripetuta dichiarazione che, anche qualora esse traggano in salvo migranti in imminente pericolo di vita in mare, l'autorità portuale italiana in ogni caso non consentirà lo sbarco dei naufraghi sulle coste italiane. Quando poi le condizioni meteorologiche o la mancanza di alternative abbiano comunque costretto le imbarcazioni delle ONG a riparare in acque territoriali italiane, come nel caso appena riferito, l'autorizzazione allo sbarco viene concessa solo quando altri Paesi europei diano la loro disponibilità a farsi carico dei migranti soccorsi.

All'interno di tale quadro generale, il presente lavoro vuole indagare la specifica questione del ruolo che, rispetto a questo dichiarato contrasto all'azione delle ONG da parte del Governo, ha rivestito e riveste la magistratura penale.

Non ci occuperemo qui del problema, oggi peraltro quanto mai attuale, se la strategia di chiusura dei porti, con il conseguente trattenimento degli stranieri sulle navi in attesa di un accordo di redistribuzione, configuri o meno un illecito penale. Come ben noto, il 24 gennaio 2019 il Tribunale dei ministri di Catania ha avanzato al Senato richiesta di autorizzazione a procedere contro il Ministro dell'interno Salvini per il delitto di sequestro di persona<sup>48</sup>, in relazione proprio al caso di 177 migranti soccorsi in acque internazionali dalla nave militare Diciotti, e rimasti bloccati nel porto di Catania per 5 giorni, sino a quando alcuni Paesi europei hanno acconsentito a farsene carico. In attesa della decisione del Senato, il Ministro Salvini ha confermato la pratica dei porti chiusi e del trattenimento dei migranti sulle navi, che

---

<sup>47</sup> Cfr. il comunicato sul sito di Asgi del 30 gennaio, 2019, dal titolo *Sea-Watch: la Corte europea per i Diritti umani ordina all'Italia di tutelare i diritti dei migranti*.

<sup>48</sup> Per un commento al provvedimento, sia consentito il rinvio a L. MASERA, *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti*, in *Quest. giust.*, 29.1.2019

come appena visto ha trovato applicazione da ultimo nel caso Sea-Watch3, di cui sono evidenti le analogie con il caso Diciotti, almeno per quanto riguarda la privazione di libertà dei migranti a bordo delle navi. Nelle prossime settimane vedremo quindi in che modo si orienterà il Senato rispetto alla richiesta del Tribunale dei ministri etneo, e vedremo altresì se rispetto a casi simili a quello della Diciotti, come per l'appunto quello della Sea-Watch3, altri uffici giudiziari vorranno seguire la strada della contestazione del delitto di sequestro di persona.

Se con la richiesta di autorizzazione a procedere la magistratura ha quindi assunto da ultimo un'iniziativa di forte contrasto dei metodi utilizzati dal Governo per gestire il fenomeno dei soccorsi in mare e degli sbarchi, nei mesi precedenti le attività investigative di diverse Procure siciliane si erano invece orientate in senso molto diverso, con la sottoposizione a indagine per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare delle ONG che operano soccorsi in mare, arrivando in alcuni casi a chiedere ed ottenere l'emanazione di provvedimenti cautelari reali.

In questo contributo passeremo innanzitutto in rassegna i diversi procedimenti aperti nei confronti delle ONG (§ 2), per analizzare poi le questioni giuridiche più rilevanti in tali procedimenti (§ 3 e 4), e concludere con qualche rapida considerazione di sintesi circa il ruolo della giurisdizione penale rispetto al fenomeno dei soccorsi in mare (§ 5).

## **2. I procedimenti a carico delle ONG: uno scenario ancora in via di definizione**

L'interesse della magistratura penale per le attività delle ONG inizia, come visto appena sopra, con le dichiarazioni rese ai media dal Procuratore della Repubblica di Catania nei primi mesi del 2017, circa casi sottoposti a indagine in cui i migranti portati in Italia dalle navi delle ONG non sarebbero stati soccorsi in una condizione di pericolo di naufragio, bensì sarebbero stati consegnati agli equipaggi delle ONG direttamente dai trafficanti, con cui le ONG avrebbero intrattenuto continui rapporti.

La prima concreta iniziativa giudiziaria prende forma però nei mesi estivi, proprio nei giorni immediatamente successivi all'emanazione del Codice di condotta da parte del Governo. Il 2 agosto 2017 il GIP presso il Tribunale di Trapani, accogliendo la richiesta avanzata dalla Procura il 17 luglio, dispone il sequestro preventivo *ex art. 321 co. 1 c.p.p.* della nave *Inventa*, in gestione alla ONG tedesca *Jugend Rettet*, in quanto l'equipaggio avrebbe in diverse occasioni (nelle prime settimane di giugno) concordato direttamente la consegna in mare dei migranti con le bande criminali libiche: condotte integranti secondo i giudici trapanesi gli estremi del concorso nella fattispecie delittuosa di favoreggiamento dell'ingresso irregolare di cui all'art. 12 co. 3 e 3 *bis* TUI<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Il testo del decreto di sequestro è stato pubblicato su *Quest. giust.* il 18.9.2017, con nota di R. BARBERINI, *Il sequestro della Inventa: ONG e soccorso in mare*.

Sono passati quasi quindici anni dal celebre caso della nave *Cap Anamur*, che come noto si era concluso cinque anni dopo i fatti, nell'ottobre 2009, con l'assoluzione di tutti gli imputati da parte del Tribunale di Agrigento, in quanto la loro condotta di trasferimento in Italia dei migranti soccorsi in acque internazionali era stato ritenuto giustificato dalla scriminante di cui all'art. 51 c.p., posto che il soccorso era da considerarsi imposto da una pluralità di fonti di diritto internazionale ed interno<sup>50</sup>. Con il sequestro della *Iuventa* torna nuovamente a porsi il problema della rilevanza penale di condotte di cui è comunque fuori discussione il carattere umanitario e privo di finalità lucrativa.

La vicenda giudiziaria è ancora lontana da una conclusione definitiva. La fase cautelare è stata decisa dalla Cassazione nel senso della conferma del decreto di sequestro con una decisione del 23 aprile 2018<sup>51</sup>, in cui peraltro i giudici di legittimità non prendono posizione sulle questioni attinenti la correttezza dell'imputazione, risultando oggetto di discussione solo profili attinenti alla giurisdizione e alla legittimità del sequestro di un bene appartenente a soggetto diverso dai presunti autori del reato. A breve poi la Procura trapanese dovrà decidere se concludere la fase di indagine con richiesta di archiviazione o di rinvio a giudizio dell'equipaggio della *Iuventa*.

Se i fatti che sono stati posti a fondamento del provvedimento cautelare di sequestro troveranno conferma in sede di merito, sicuramente ci troviamo in una situazione che si situa al limite estremo di liceità delle attività di soccorso umanitario. Secondo infatti la ricostruzione accusatoria, la *Iuventa* non ha soccorso delle imbarcazioni alla deriva, ma ha in più occasioni preso accordi con le associazioni criminali che gestiscono le partenze, in modo da accogliere a bordo della motonave i migranti in fuga dalla Libia (con altresì la restituzione in alcune occasioni ai trafficanti delle imbarcazioni usate per il trasferimento). I fatti così ipotizzati integrano secondo il Tribunale gli estremi del concorso nel reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare *ex art. 12 co. 3 e 3 bis TUI*, pur senza che all'equipaggio della *Iuventa* venga contestato il concorso anche nel reato associativo di cui sarebbero chiamati a rispondere i trafficanti, qualora individuati<sup>52</sup>. In effetti, considerata la vastissima tipicità del delitto in contestazione, ove sono punite tutte le condotte “dirette a procurare illegalmente l'ingresso” dello straniero nel territorio dello Stato, e la sua natura di reato a consumazione anticipata; e considerata altresì l'evidente agevolazione all'attività dei trafficanti fornita secondo la Procura dall'equipaggio della *Iuventa* con la prassi delle

---

<sup>50</sup> Trib. Agrigento, 7.10.2009, n. 954, in *Dir., imm., citt.*, n. 2/2010, con nota di F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il caso Cap Anamur – Assolto l'intervento umanitario*, p. 87 ss. Per una recente ricostruzione del caso e dei suoi aspetti di similitudine rispetto alle vicende odierne, cfr. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il Caso Cap Anamur. Assolto l'intervento umanitario. E oggi?*, pubblicato il 19.3.2018 sul sito dell'Associazione diritti e frontiere – ADIF.

<sup>51</sup> Cass., Sez. I, 23.4.2018, n. 56138, inedita.

<sup>52</sup> Trib. Trapani, 2.7.2017, cit., p. 140: “Appare doveroso sottolineare che gli appartenenti alla ONG tedesca non vanno in alcun modo considerati come affiliati ai gruppi criminali operanti in territorio libico non condividendone né metodi, né finalità”.

“consegne concordate” e della restituzione delle imbarcazioni usate per il trasbordo: sembra difficile individuare argomenti per ritenere che una tale ricostruzione in fatto, qualora provata, non integri gli estremi di un concorso dei responsabili della *Iuventa* nel reato di cui all’art. 12 TUI, posto che – è bene rammentarlo – il favoreggiamento dell’ingresso è punibile quale che sia la finalità che muova l’agente (il fine di profitto, anche indiretto, configura solo la circostanza aggravante di cui all’art. 3 *ter* lett. b, che non è stata contestata nel caso in esame)<sup>53</sup>.

Quanto poi al profilo dell’antigiuridicità, il Tribunale esclude che le condotte contestate possano ritenersi scriminate *ex* art. 51 c.p. dall’adempimento del dovere di soccorso in mare, che entra in gioco solo quando i soggetti soccorsi si trovino in una situazione di pericolo legata alle condizioni di navigazione, insussistente negli episodi contestati, e non può comunque venire in rilievo rispetto alle condotte di agevolazione delle attività dei trafficanti<sup>54</sup>. Il provvedimento di sequestro non prende invece neppure in considerazione la configurabilità dello stato di necessità.

Proprio l’estensione che si intenda attribuire alla causa di giustificazione di cui all’art. 54 c.p. risulta invece decisiva nella seconda vicenda che vede implicata in un procedimento penale la nave di una ONG impegnata in attività di soccorso.

Il caso è complesso, e molto diverso da quello appena riferito. In estrema sintesi, la nave *Open Arms*, che per conto della ONG spagnola *Proactiva Open Arms* svolge attività di soccorso in mare, riceve il 15 marzo 2018 una comunicazione da parte della Guardia costiera italiana, che le segnala la presenza di un gommoni con diversi migranti a bordo a 40 miglia da Tripoli, e le richiede in quanto nave più vicina di recarsi sul posto per valutare la situazione. Nel frattempo la Guardia costiera libica comunica a quella italiana di essere in grado di intervenire, e le autorità italiane ingiungono alla *Open Arms* di interrompere l’operazione. L’equipaggio spagnolo decide di recarsi comunque sul posto, e constatate le precarie

---

<sup>53</sup> Trib. Trapani, cit., p. 138: “Nel caso in esame, non è in discussione che l’ingresso illegale sul territorio dello Stato italiano sia stato ‘procurato’ dai trafficanti libici mediante un’organizzazione professionale che trasporta continuamente cittadini stranieri nel Mediterraneo per poi lasciarli alle attività internazionali di soccorso, ma piuttosto affermare con uguale certezza che l’equipaggio della *Iuventa* ha posto in essere condotte che hanno permesso ai medesimi trafficanti di portare a termine il loro scopo ed anche di organizzare con successo nuovi viaggi, condotte che hanno sicuramente trovato origine nella volontà di evitare ogni rischio di naufragio dei barconi ma che hanno valicato i limiti della legalità laddove hanno garantito l’impunità dei criminali dediti alla tratta di essere umani e facilitato il recupero da parte di questi ultimi delle imbarcazioni utilizzate per il trasporto dei migranti. Non vi può essere, pertanto, dubbio nell’affermare che, con le condotte poste in essere, l’equipaggio della *Iuventa* ha concorso nella commissione della condotta illecita posta in essere dagli ignoti trafficanti libici rendendo sicuramente più agevole la consumazione”.

<sup>54</sup> Trib. Trapani, cit., p. 143: “Non vi può essere dubbio che i comportamenti posti in essere dall’equipaggio della *Iuventa* nelle fasi precedenti e successive al salvataggio non si pongono come espressione del dover di soccorso imposto dalla Convenzione di Montego Bay ma come condotte ulteriori finalizzate a mantenere buoni rapporti con i trafficanti di essere umani e agevolarne l’attività volta a far entrare più migranti possibili nel territorio nazionale con conseguente inapplicabilità della causa di giustificazione prevista dall’art. 51 del codice penale”.

condizioni del gommone, nonostante le ripetute indicazioni delle autorità italiane di lasciare ai libici in arrivo le attività di soccorso (in ottemperanza alle disposizioni del Codice di condotta sottoscritto dalla ONG spagnola), inizia ad operare il trasbordo dei migranti stipati sul gommone. Nel frattempo le navi della Guardia costiera libica arrivano sul posto, e pretendono la consegna dei migranti soccorsi, sino al punto di ostacolare le operazioni di soccorso in atto con manovre pericolose per l'integrità dei migranti e dell'equipaggio spagnolo; l'episodio si conclude con la desistenza dei libici, e l'allontanamento senza danni della *Open Arms* con i migranti a bordo. La nave spagnola chiede indicazioni alle autorità italiane su come procedere, segnalando una situazione di grave pericolo per un neonato di tre mesi e la madre; gli italiani replicano che l'effettuazione del soccorso al di fuori del loro coordinamento rende responsabile di fornire istruzioni l'autorità della bandiera (e quindi la Guardia costiera spagnola), ed indicano comunque alla *Open Arms* di rivolgersi alle autorità maltesi, visto che la nave era giunta nel frattempo a sole quattro miglia dalle coste maltesi. Gli spagnoli, dopo avere affidato ai maltesi i due soggetti in imminente pericolo di vita, proseguono la navigazione verso l'Italia, senza dare seguito alle indicazioni delle autorità italiane e spagnole di chiedere ai maltesi di poter sbarcare tutti i migranti. La *Open Arms* naviga di propria esclusiva iniziativa sino alle acque italiane, sino a quando giunge dal Ministero dell'interno l'autorizzazione ad attraccare nel porto di Pozzallo.

La Procura distrettuale della Repubblica di Catania – competente in quanto ritenuta configurabile la fattispecie associativa di cui all'art. 416 co. 6 c.p., in concorso con l'art. 12 co. 3 e e *bis* TUI – ottiene il 27 marzo 2018 dal Tribunale etneo la convalida del sequestro preventivo della *Open Arms* disposto in via d'urgenza il giorno 18<sup>55</sup>. La questione controversa, come già accennato sopra, è la configurabilità o meno dello stato di necessità, che le difese degli indagati invocavano non tanto per le condizioni del gommone (la situazione non era probabilmente talmente grave da non potersi attendere l'intervento dei libici), quanto per il fatto che “il rientro dei migranti in Libia significava per gli stessi l'andare incontro a gravi ripercussioni, con esposizione a violenze di ogni tipo e, comunque, la ricollocazione in campi profughi dove le condizioni di vita sono intollerabilmente spaventose, e dove i diritti umani non vengono minimamente rispettati”<sup>56</sup>.

Il Tribunale, pur non negando le drammatiche condizioni in cui versano i migranti nei campi libici, ricorda come la tutela della vita dei migranti sia temperata a livello normativo con le esigenze statali al

---

<sup>55</sup> Trib. Catania, 27.3.2018, in *Quest. giust.*, 31.3.2018, con nota di S. PERELLI, *Il sequestro della nave Open Arms: è reato soccorrere migranti in pericolo di vita?*; cfr. anche il commento di D. MANCINI, *Ancora dubbi sui limiti all'intervento umanitario di ONG nel Mediterraneo (sequestro penale e soccorso di necessità)*, in *www.unicost.eu*.

<sup>56</sup> Così Trib. Catania, cit., p. 11 s.

controllo dei flussi migratori<sup>57</sup>. I soccorsi in mare devono avvenire secondo precise modalità, dettate in particolare dal Codice di condotta, che l'ONG spagnola, pur avendolo sottoscritto, ha nell'occasione violato<sup>58</sup>. Tale violazione comporta, secondo il Tribunale, il superamento della soglia entro cui il trasferimento in Italia di stranieri irregolari può considerarsi legittimo<sup>59</sup>, posto che “non può essere consentito alle ONG di creare autonomi corridoi umanitari al di fuori del controllo statale ed internazionale”<sup>60</sup>.

Quanto poi allo stato di necessità invocato dalle difese, il Tribunale ne esclude la sussistenza, dal momento che la presenza della nave libica pronta a prendere a bordo i migranti esclude quanto meno il requisito dell'inevitabilità del pericolo. Le considerazioni relative al pericolo di torture e trattamenti inumani cui i migranti sarebbero stati esposti qualora riportati in Libia, non assumono secondo i giudici alcuna rilevanza ai fini della valutazione della scriminante perché “si tratta di eventi che la legislazione italiana e quella internazionale non hanno preso in considerazione”<sup>61</sup>. Così il Tribunale conclude la propria ricostruzione sul punto: “va ribadito il concetto che la legislazione di cui al T.U. sull'immigrazione non contempla come scriminante il fine della solidarietà in capo al soggetto agente, risultando – allo stato della legislazione – del tutto irrilevanti le motivazioni personali, che lo hanno spinto all'azione ritenuta

---

<sup>57</sup> Trib. Catania, cit., p. 12: “Non può essere negletto che il problema migratorio pone molteplici e gravissime questioni di ordine politico, economico, sociale e giuridico, che le legislazioni nazionali e internazionali hanno affrontato e affrontano, cercando di contemperare interessi spesso tra loro confliggenti, quali la salvaguardia della vita umana dei migranti (assicurata mediante gli accordi tra più Stati di soccorso in mare), e la tutela dell'ordine pubblico, e delle esigenze di sicurezza e di pacifica convivenza all'interno di ogni singolo Stato (assicurata mediante un razionale contingentamento del flusso migratorio, con l'imposizione di precise regole: ad es. il T.U. sull'immigrazione, i trattati internazionali, il cd. Codice di Condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio).

<sup>58</sup> Trib. Catania, cit., p. 13: “Qualora i migranti versino in imminente pericolo di vita, il salvataggio può e deve essere effettuato, rispettando, però, delle precise regole, che sono dettate dai trattati internazionali (Convenzione di Amburgo del 1979) e dai diversi programmi europei di salvataggio che si sono succeduti nel tempo, e dei quali costituisce appendice il Codice di Condotta prima citato, che il Ministero dell'Interno Italiano ha voluto varare per regolamentare la materia, e per mettere ordine nell'azione delle ONG. Tale Codice è stato sottoscritto volontariamente anche dalla ONG cui fa capo la Open Arms, la quale però nel caso di specie non si è minimamente attenuta a quanto stabilito dal detto Codice di comportamento”.

<sup>59</sup> Trib. Catania, *ibidem*: “E' vero che il citato Codice di Condotta non costituisce un compendio di regole, la cui violazione determina automaticamente l'insorgenza di un reato, e della conseguente sanzione penale, però la infrazione di questo autoregolamento rivela il rifiuto di operare all'interno di precisi precetti prefissati dallo Stato Italiano, e solo all'interno dei quali l'ingresso nel Territorio Nazionale non viene più ritenuto clandestino (le violazioni del Codice di Condotta, quindi, comportano la qualificazione di quei comportamenti che determinano l'ingresso di clandestini in Italia come contrarie al dettato della fattispecie criminosa di cui all'art. 12 del T.U. sull'immigrazione). In sostanza, di fronte a comportamenti che non rispettano il Codice di Condotta, viene meno quella sorta di acquiescenza statale (esimente) ad azioni che, altrimenti, potrebbero rientrare nella fattispecie penalmente rilevante prevista dall'art.12 T.U. sull'immigrazione”.

<sup>60</sup> Trib. Catania, cit., p. 14: il passaggio appena riportato è evidenziato con particolare enfasi dalla sentenza (il testo è in carattere grassetto e sottolineato).

<sup>61</sup> Trib. Catania, *ibidem*.

penalmente sanzionabile, anche se tali motivazioni sono avvertite da parte dell'opinione pubblica come connotate da condivisibile valore umanitario e non da spinte egoistiche”.

Il Tribunale etneo convalida dunque il sequestro, in quanto ritiene sussistente il *fumus boni iuris* rispetto al delitto di cui all'art. 12 TUI, ma non reputa invece sufficienti gli elementi indiziari posti a sostegno della contestazione del reato associativo, l'unico peraltro idoneo a fondare la competenza per materia del tribunale distrettuale. Gli atti vengono allora trasmessi all'ufficio territorialmente competente, il GIP presso il Tribunale di Ragusa, che con una decisione del 16 aprile rigetta la richiesta di conferma del decreto di sequestro avanzata dalla Procura ragusana<sup>62</sup>.

Le opposte conclusioni dei giudici ragusani rispetto a quelli catanesi derivano da una diversa interpretazione della norma sullo stato di necessità. Il Tribunale di Ragusa ricorda che gli obblighi di soccorso in mare, come delineati dalle convenzioni internazionali di cui l'Italia è parte, non si “esauriscono nel mero recupero in mare dei migranti, ma devono completarsi con lo sbarco in un luogo sicuro (POS, *place of safety*)”<sup>63</sup>, e tale non può considerarsi un luogo come la Libia attuale, ove i migranti sono esposti a rischi considerevoli di torture e trattamenti inumani e degradanti. Il pericolo che il giudice deve tenere in considerazione per valutare la sussistenza dello stato di necessità è anche quello cui sarebbero stati esposti i migranti al loro ritorno in Libia, che ovviamente non poteva considerarsi evitabile con l'intervento della Guardia costiera libica: la decisione della *Open Arms* di non consegnare i migranti ai libici può dunque considerarsi giustificata, secondo il giudice ragusano, ai sensi dell'art. 54 c.p.<sup>64</sup>.

In ordine poi alla decisione del capitano della *Open Arms* di non chiedere a Malta la possibilità di sbarcare i migranti soccorsi, in aperta violazione delle indicazioni ricevute dalle autorità italiane e di bandiera, il giudice ritiene che essa non valga ad escludere la sussistenza dello stato di necessità, non disponendosi al momento di alcuna prova che le autorità maltesi fossero concretamente disponibili a prestare l'accoglienza eventualmente richiesta. “Entrambe le condotte contestate – conclude il decreto – sia in zona SAR libica, sia in zona SAR Malta, si risolvono in una disobbedienza alle direttive impartite dalle autorità preposte al coordinamento dei soccorsi, che però non vale ad impedire la configurabilità della causa di giustificazione dello stato di necessità”<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Trib. Ragusa, 16.4.2018, pubblicato su *Quest. giust.* il 19.4.2018, con nota di M. Patarnello, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*

<sup>63</sup> Trib. Ragusa, cit., p. 13.

<sup>64</sup> Trib. Ragusa, cit., p. 14 s.: “Allo stato degli atti manca la prova della sussistenza di *place of safety* in territorio libico (ad esempio sotto l'egida di istituzioni internazionali), in grado di accogliere i migranti soccorsi nelle acque SAR di competenza, nel rispetto dei loro diritti fondamentali. In difetto di tale prova, e quindi delle evitabilità del pericolo di un danno grave alla persona, danno che, alla luce di quanto sopra detto, non può ritenersi puramente ipotetico e non attuale, la scriminante dello stato di necessità rimane in piedi”.

<sup>65</sup> Trib. Ragusa, cit., p. 16.

Le conclusioni del GIP hanno trovato poi definitiva conferma da parte del Tribunale del riesame, che con provvedimento dell'11 maggio ha rigettato l'istanza del pubblico ministero, confermando l'ordinanza di dissequestro del giudice di prime cure<sup>66</sup>.

Nel novembre 2018, tuttavia, la Procura ragusana, reiterando le valutazioni respinte in sede cautelare, ha depositato avviso di conclusione delle indagini preliminari, ipotizzando, a carico del capitano della nave e del responsabile della ONG per la missione, non solo il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, per cui era stato chiesto e negato il sequestro, ma anche il reato di *violenza privata* di cui all'art. 610 c.p., in quanto gli indagati – con le loro condotte di violazione delle direttive impartite dalle autorità italiane e con la decisione di non chiedere l'autorizzazione all'approdo a Malta, dirigendosi in acque italiane – “costringevano le autorità italiane a concedere loro l'approdo in un porto del territorio italiano per sbarcare i 216 migranti soccorsi”<sup>67</sup>.

La Procura di Catania ha da ultimo intrapreso una sorprendente iniziativa nei confronti delle ONG, ottenendo nel novembre 2018 dal GIP il sequestro della nave *Acquarius* delle ONG *Medici senza frontiere* e *Sos Mediterranée*, sulla base dell'ipotizzata commissione di *reati in materia ambientale*<sup>68</sup>. Il provvedimento di sequestro ritiene sussistente il reato di cui all'art. 452 *quaterdecies* c.p. (*Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti*), in riferimento a rifiuti sanitari a rischio infettivo quali indumenti contaminati indossati da extracomunitari, scarti degli alimenti somministrati agli stessi e materiali sanitari utilizzati a bordo per l'assistenza medica, che secondo l'accusa venivano sistematicamente qualificati, conferiti e smaltiti come rifiuti solidi urbani o speciali non pericolosi, eludendo la normativa più severa prevista per i rifiuti sanitari a rischio infettivo, e conseguendo, così, ingenti risparmi di spesa. Il Tribunale del riesame etneo, con decisione del 15 gennaio 2019, ha tuttavia accolto il ricorso avanzato dall'armatore della nave, disponendo il dissequestro della stessa: chi scrive non ha purtroppo avuto modo di reperire le motivazioni di tale decisione.

Abbiamo dato conto dei procedimenti nei confronti delle ONG, dei quali siano stati pubblicati i testi dei provvedimenti adottati, ma altri ne sono stati aperti di cui è stata data notizia<sup>69</sup>. La fase preliminare in cui

---

<sup>66</sup> Trib. Ragusa, 11.5.2018, inedita. Il Tribunale conferma l'impossibilità di individuare in Libia quel porto sicuro, ove la normativa internazionale chiede vengano sbarcati i soggetti soccorsi in mare, e ritiene di conseguenza configurabile come il GIP lo stato di necessità; vengono poi aggiunte anche considerazioni relative alla difficoltà di ritenere riscontrato l'elemento soggettivo del dolo di favoreggiamento in condotte animate da uno spirito umanitario e caratterizzate comunque dal mantenimento dei contatti con le autorità.

<sup>67</sup> Proc. Ragusa, 20.11.2018, in *Quest. giust.*, 18.12.2018, v. A. NATALE, *Riflessioni sull'avviso di conclusione delle indagini della Procura di Ragusa nei confronti di Open Arms e sulla funzione del diritto e del processo penale*.

<sup>68</sup> Trib. Catania, 15.11.2018, in *Ques. giust.*, 29.11.2018, con nota di G. AMENDOLA, *Migranti e traffico illecito di rifiuti*.

<sup>69</sup> Nell'interessante lavoro di F. GRECO, *Le ONG in acque agitate tra Sicilia orientale e Sicilia occidentale*, in *Quest. giust.*, 18.7.2018, si fa ad esempio riferimento alla richiesta di archiviazione avanzata dalla Procura distrettuale di Palermo

ancora si trovano i procedimenti (a quanto ci consta, non è ancora stato disposto alcun rinvio a giudizio nei confronti dei membri delle ONG) rende difficile abbozzarne una valutazione complessiva, tanto più che, come appena visto, ogni vicenda presenta peculiarità di fatto tali da incidere in modo significativo sulla sua qualificazione giuridica.

La prima impressione che si ricava è comunque quella di una sovraesposizione mediatica delle inchieste, rispetto alla loro effettiva portata. I procedimenti aperti nei confronti delle ONG hanno contribuito non poco alla creazione di un clima di sospetto se non di ostilità nei loro confronti, anche se ancora non è chiaro se vi siano o meno elementi probatori idonei a sostenere le accuse in dibattimento. A distanza ormai di 18 mesi dall'adozione delle prime misure cautelari, solo in un caso una Procura ha comunicato la chiusura delle indagini, mentre in tutti gli altri casi le indagini preliminari non sono ancora concluse, a conferma che il materiale probatorio non è ancora ritenuto sufficiente, dagli stessi uffici della pubblica accusa, a sostenere il vaglio dibattimentale delle imputazioni prospettate in sede cautelare.

Vedremo nei prossimi mesi se e per quali reati verranno celebrati dei processi a carico di membri delle ONG. Un dato però è sicuro: l'effetto mediatico di criminalizzazione dei soccorsi in mare si è già prodotto, a prescindere dai concreti esiti giudiziari delle inchieste.

Nell'ultimo paragrafo proveremo allora ad esporre alcune considerazioni sul significato che le indagini nei confronti delle ONG hanno assunto nel dibattito pubblico, specie in un momento in cui le stesse ONG sono fatte oggetto di espliciti attacchi da parte delle autorità di governo. Prima però vogliamo articolare alcune riflessioni di taglio più strettamente tecnico, in ordine ai profili problematici che vengono in considerazione al momento di contestare alle navi dei soccorritori il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina: reato che, con rare eccezioni di cui abbiamo dato conto sopra, rappresenta la fattispecie incriminatrice intorno alla quale ruotano tutti i procedimenti sin qui analizzati.

### **3. La tipicità del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, con uno sguardo all'ordinamento francese**

Provando allora ad articolare alcune riflessioni di portata generale sul fondamento giuridico della criminalizzazione delle attività di soccorso umanitario, bisogna prendere le mosse da una fondamentale (per quanto ovvia) considerazione: per come è formulato all'art. 12 TUI il delitto di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, non vi sono dubbi che, almeno a livello di tipicità (oggettiva e soggettiva), le condotte pur compiute con finalità solidaristiche, ma che agevolano in qualsiasi modo l'arrivo in Italia di

---

alla fine di maggio del 2018, e motivata dal riconoscimento, in ordine all'ipotizzato reato di cui all'art. 12 TUI, delle scriminanti dell'adempimento di un dovere e dello stato di necessità.

stranieri privi di titolo per l'ingresso, integrano gli estremi dei gravi delitti previsti ai co. 1 e 3 dell'art. 12 TUI.

Sul punto la giurisprudenza è granitica, e del resto il tenore letterale delle norme non lascia margini di dubbio. A differenza che per le condotte di favoreggiamento della permanenza dello straniero irregolarmente presente sul territorio, punibili ai sensi dei co. 5 e 5 *bis* dell'art. 12 solo se compiute con finalità di ingiusto profitto, per le ipotesi di favoreggiamento dell'ingresso non vi è alcun elemento testuale da cui possa derivarsi l'esclusione del reato quando il movente dell'agente sia umanitario e non lucrativo. Anzi, la previsione all'art. 12 co. 3 *ter* lett. b) di una specifica circostanza aggravante quando le condotte di favoreggiamento siano accompagnate dalla finalità "di trarne profitto, anche indiretto", denota in modo inequivoco la punibilità di tali condotte anche se sprovviste di qualsivoglia intento lucrativo.

Per evitare di punire le condotte di soccorso in mare e di successivo trasferimento in Italia dei migranti (almeno quando esse siano compiute nell'ambito delle indicazioni fornite dalle autorità competenti), la giurisprudenza non nega che tali condotte integrino il fatto tipico di cui all'art. 12, ma argomenta sul piano dell'*antigiuridicità*, di cui viene negata la sussistenza in quanto il fatto sarebbe coperto dalla *causa di giustificazione* dell'adempimento di un dovere o dello stato di necessità.

Esemplare al riguardo ci pare il diffuso orientamento giurisprudenziale, che per fondare la giurisdizione italiana quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali ricorre alla figura dell'*autoria mediata*: i soccorritori non sono punibili in virtù dell'adempimento all'obbligo di salvataggio, mentre ai trafficanti è addebitabile *ex art. 54 co. 3 c.p.* l'effettivo ingresso degli stranieri in Italia sulle navi dei soccorritori in quanto responsabili della situazione di pericolo che ha fatto sorgere il dovere di soccorso<sup>70</sup>. Un presupposto di tale indirizzo è appunto che la condotta dei soccorritori sia tipica ai sensi dell'art. 12 TUI, ma non sia punibile in quanto giustificata dall'adempimento all'obbligo di salvataggio in mare. Tale principio di diritto trova conferma in tutta la giurisprudenza più recente, ed è dato per pacifico anche da tutti i provvedimenti che abbiamo analizzato nel paragrafo precedente.

Il soccorso umanitario può risultare non punibile quando sussistano gli estremi di una causa di giustificazione (l'adempimento del dovere o lo stato di necessità: ma su questo ci soffermeremo tra pochissimo), ma non vi sono dubbi che, *de iure condito*, gli estremi dei delitti di favoreggiamento dell'ingresso risultino integrati anche quando l'agevolazione è motivata da ragioni squisitamente umanitarie.

---

<sup>70</sup> Cfr. per tutti per tale orientamento Cass., sez. I, 28.2.2014, n. 14510, in *Dir. pen. cont.*, 4.6.2014, con nota di A. GILIBERTO, *Sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali*.

Tale situazione non è peraltro peculiare del nostro sistema penale. La punizione delle condotte di favoreggiamento dell'ingresso di stranieri irregolari nel territorio dell'Unione, anche se prive di finalità di lucro, è innanzitutto oggetto di un preciso obbligo di incriminazione ai sensi dell'art. 2 della direttiva 2002/90/CE, che tuttavia consente agli Stati la possibilità di non adottare sanzioni quando l'agevolazione sia stata compiuta "allo scopo di prestare assistenza umanitaria" allo straniero<sup>71</sup>.

A livello comparato, poi, la repressione delle condotte solidaristiche nel nostro ordinamento è a ben vedere meno estesa che altrove, come testimonia l'acceso dibattito cui da anni si assiste intorno al *délit de solidarité* previsto nell'ordinamento francese.

Sino al 2013, il codice francese sull'immigrazione puniva a titolo di reato non solo (come tuttora) il favoreggiamento senza fine di lucro dell'ingresso di stranieri irregolari, ma anche l'agevolazione a fini solidaristici della permanenza dello straniero irregolare; condotta che invece, giova ripeterlo, non è mai stata ritenuta reato nel nostro ordinamento, dove il favoreggiamento della permanenza è sempre stato punito solo se commesso con finalità di ingiusto profitto.

Il sistema francese aveva condotto la giurisprudenza a condanne che avevano scosso l'opinione pubblica. Il *leading case* è quello di un cittadino marocchino regolarmente soggiornante da anni in Francia, che era stato condannato per il reato di *aide au séjour irrégulier* per avere ospitato nella sua casa, insieme alla figlia, il genero in attesa di completare la procedura di ricongiungimento familiare. In applicazione della norma penale che puniva anche le condotte di agevolazione prive di finalità lucrativa, i giudici francesi (il caso era giunto sino in Cassazione) avevano ritenuto il suocero responsabile del reato, pur disponendo la dispensa dalla pena. Il caso era poi stato portato anche all'attenzione della Corte EDU, che con una decisione del novembre 2011 aveva escluso la violazione dell'art. 8 CEDU, in quanto l'ingerenza prodotta nella vita familiare del ricorrente non poteva ritenersi sproporzionata rispetto alle esigenze di ordine pubblico tutelate dalla norma penale, considerata in particolare la mancata applicazione della pena prevista per il reato.

La vicenda aveva attirato l'attenzione dell'opinione pubblica e del mondo politico impegnato nella campagna per le elezioni presidenziali della primavera del 2012, ed il candidato socialista Hollande aveva posto la riforma del *délit de solidarité* tra i punti salienti del programma in materia di immigrazione. Vinte

---

<sup>71</sup> Art. 2 dir. 2002/90/CE: "*Comportamenti illeciti* – 1. Ciascuno Stato membro adotta sanzioni appropriate: a) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri; b) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti, a scopo di lucro, una persona che non sia cittadino di uno Stato membro a soggiornare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa al soggiorno degli stranieri. 2. Ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata".

le elezioni (presidenziali e legislative) del 2012, la maggioranza socialista dà seguito all'impegno elettorale, ma non procede a privare di rilevanza penale le condotte di agevolazione al soggiorno irregolare.

Con la riforma, varata con la l. n. 1560 del 31.12.2012, rimane ancora punibile “*toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irrégulier d'un étranger en France*” (art. 622-1 CESEDA), ma viene aggiunta la previsione per cui non può essere punita l'agevolazione del soggiorno irregolare “*lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci*” (art. 622-4 CESEDA).

Nel luglio 2018, proprio sulla disposizione appena riportata è poi intervenuto con una importante sentenza il *Conseil constitutionnel*, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 622-4 in quanto limita l'applicabilità della scriminante umanitaria alle sole ipotesi di aiuto al *soggiorno* irregolare, e non anche alle ipotesi di aiuto alla *circolazione* di soggetti già irregolarmente soggiornanti nel territorio francese (il giudizio *a quo* concerneva alcuni militanti di ONG francesi che avevano fornito ai migranti provenienti in modo irregolare dall'Italia un aiuto gratuito a spostarsi dalla frontiera all'interno del territorio francese)<sup>72</sup>.

La decisione attribuisce per la prima volta espresso valore costituzionale al *principio di fraternità*, che impone innanzitutto secondo i giudici una interpretazione estensiva degli spazi di liceità delle condotte solidaristiche delineati dal legislatore nel 2012. Il riferimento allora della norma a determinate modalità di aiuto (consigli giuridici, prestazioni di alloggio, vitto e cure mediche) deve essere inteso in senso meramente esemplificativo, rientrando nell'ambito di applicazione della norma tutte le forme di aiuto prestato a fini umanitari, a condizione comunque che, come prescrive la norma stessa, si tratti di prestazioni volte ad assicurare allo straniero irregolare condizioni di vita “digne e decenti”, preservando la sua “dignità e integrità fisica”.

L'incostituzionalità della art. 622-4 CESEDA emerge invece in relazione alla sua esplicita limitazione alle ipotesi di aiuto al soggiorno, che ne esclude l'applicabilità alle ipotesi di aiuto all'ingresso e alla circolazione, cioè alle altre due ipotesi di aiuto allo straniero irregolare previste dalla norma incriminatrice di cui all'art. 622-1. La Corte non si spinge ad affermare che il principio di fraternità, cui pure viene riconosciuto valore costituzionale, comporti il divieto di punire condotte, anche mosse da finalità umanitarie, di aiuto all'*ingresso* irregolare dello straniero. Il principio di fraternità è suscettibile di essere bilanciato con altri valori costituzionali, ed il mantenimento dell'ordine pubblico secondo il *Conseil*

---

<sup>72</sup> Cons. const. n. 2018-717/718 QPC, 6.7.2018, in *Quest. giust.*, 7.9.2018, con nota di S. BENVENUTI, *Il Conseil constitutionnel cancella il délit de solidarité... o no? L'aiuto all'ingresso, al soggiorno e alla circolazione di stranieri irregolari nel territorio francese in una recente decisione del Conseil constitutionnel*



costituisce comunque un “*objectif de valeur constitutionnelle*” che giustifica la differenziazione tra aiuto alla circolazione e aiuto all’ingresso: l’aiuto all’ingresso, anche se mosso da intenti umanitari, fornisce un “contributo alla creazione di una situazione illecita”, che ne rende ragionevole il diverso trattamento rispetto alle ipotesi di aiuto allo straniero che già soggiorna in modo irregolare in territorio francese, ove tale contributo non sussiste. Contraria al corretto bilanciamento dei principi in gioco risulta però la scelta di non applicare la scriminante anche alle ipotesi di aiuto alla *circolazione* dello straniero irregolare già presente in Francia, che possiedono un contenuto di disvalore non diverso dalle altre forme di aiuto al soggiorno irregolare.

Nella giurisprudenza costituzionale francese non è prevista la possibilità di sentenze interpretative, e il *Conseil* non può di conseguenza che dichiarare *tout court* illegittimo il riferimento dell’art. 622-4 al soggiorno irregolare, con il risultato di rendere la scriminante applicabile a tutte le ipotesi di aiuto di cui all’art. 622-1: non solo quindi alle ipotesi di aiuto alla circolazione, ma anche a quelle di aiuto all’ingresso, rispetto alle quali peraltro, come appena visto, i giudici ritengono legittima la mancata applicazione della scriminante. Per evitare allora il prodursi della conseguenza “manifestamente eccessiva” di ritenere non punibili le condotte di aiuto all’ingresso mosse da fini umanitari, il *Conseil* posticipa di sei mesi (sino a dicembre 2018) l’efficacia della propria decisione, lasciando così tempo al legislatore per intervenire.

Puntualmente, nel settembre 2018, all’interno di un vasto intervento legislativo di riforma del diritto dell’immigrazione e della protezione internazionale, l’art. 38 della l. n. 2018/78<sup>73</sup> è intervenuto sul testo dell’art. 622-4 CESEDA, e recependo le indicazioni del *Conseil constitutionnel*, ha previsto l’applicabilità della scriminante umanitaria alle ipotesi di aiuto al soggiorno e alla circolazione, e non già all’ingresso dello straniero irregolare.

Anche dopo la riforma socialista e le ulteriori modifiche introdotte a seguito della pronuncia del *Conseil*, il sistema francese rimane dunque più repressivo del nostro. Il legislatore si è timidamente limitato ad individuare delle ipotesi in cui l’agevolazione del soggiorno o della circolazione non è punibile, senza tuttavia spingersi a richiedere sempre ai fini della punibilità uno specifico intento di profitto. Fuori dalle situazioni descritte dalla norma, di totale gratuità della prestazione, il prestare aiuto ad uno straniero irregolare dietro la fornitura di un compenso rimane punibile anche se manca alcuna finalità di *ingiusto* profitto; ed infatti non sono rari anche dopo la riforma i processi, anche di notevole impatto mediatico,

---

<sup>73</sup> Legge n. 2018-778 del 10.9.2018, intitolata «*pour une immigration maîtrisée, un droit d’asile effectif et une intégration réussie*». Il legislatore del 2018, oltre a chiarire l’ambito di applicabilità della scriminante, ne ha anche modificato la formulazione, recependo anche in questo caso le indicazioni del *Conseil* circa l’estensione della stessa a tutte le forme di aiuto con finalità umanitaria: secondo il nuovo art. 622-4, l’aiuto alla circolazione o al soggiorno non è punibile “*lorsque l’acte reproché n’a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire*”.

celebrati a carico di attivisti o comuni cittadini che ad esempio hanno prestato alloggio o hanno fornito un passaggio a stranieri irregolarmente soggiornanti nel territorio francese. Nel nostro ordinamento, invece, almeno per quanto riguarda l'agevolazione del soggiorno (o della circolazione) e non dell'ingresso, non ci si è mai spinti a considerare reato l'aiuto fornito senza una finalità di ingiusto profitto, e quindi privo di un connotato di sfruttamento.

In ordine invece al favoreggiamento dell'ingresso, ci pare difficile – considerato il quadro europeo e comparato, e l'attuale momento politico interno – immaginare una riforma che introduca anche per tali ipotesi il dolo specifico di ingiusto profitto. La dicotomia tra favoreggiamento dell'ingresso (punibile sempre) e del soggiorno (punibile solo se commesso a fini lucrativi) trova riscontro anche nel diritto dell'Unione, e un'eventuale decisione italiana di equiparare sotto tale profilo le due situazioni risulterebbe problematica sotto il profilo della conformità europea della disciplina, oltre che distonica rispetto alle altre legislazioni europee.

In effetti, una riforma che andasse in tale direzione non potrebbe a nostro avviso che far parte di un complessivo ripensamento dell'attuale disciplina degli ingressi, di cui le norme incriminatrici qui allo studio rappresentano un tassello fondamentale. Se si decidesse di non punire più condotte di agevolazione all'ingresso prive di finalità di ingiusto profitto, ciò significherebbe infatti consentire in buona sostanza la creazione anche ad opera dei privati di corridoi umanitari, attraverso i quali fare accedere al nostro territorio soggetti provenienti da Paesi ove non sono rispettati i loro diritti fondamentali.

Insomma, aggiungere alla fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso irregolare il dolo specifico di ingiusto profitto comporterebbe delle conseguenze sistematiche molto significative, tali da mettere radicalmente in discussione le politiche securitarie che negli ultimi anni hanno portato all'edificazione della “*fortress Europe*”. Dal punto di vista di chi scrive, sarebbe un ripensamento quanto mai auspicabile, anche se oggi ben difficile da immaginare; ma rimane la considerazione che una riforma della fattispecie in esame nel senso di cui sopra non potrebbe comunque essere il frutto di un'iniziativa limitata ai soli profili penali, ma dovrebbe rappresentare un tassello di una più ampia rifondazione dell'intero sistema di gestione degli ingressi, in Italia ed in Europa.

#### **4. Lo stato di necessità e la drammatica situazione dei campi per migranti in Libia**

Se dunque l'attuale fattispecie tipica del delitto di favoreggiamento dell'ingresso irregolare ricomprende anche le ipotesi di agevolazione non lucrativa dell'arrivo degli stranieri, e se una riforma di tale disciplina pare quanto mai lontana da venire, è sul terreno dell'antigiuridicità che vanno a nostro avviso cercate le ragioni che possono fondare la non punibilità delle condotte di soccorso in mare e di successivo sbarco dei migranti sulle nostre coste.

Nelle situazioni “normali” di soccorso prestato ad imbarcazioni in difficoltà e sotto il coordinamento delle autorità navali italiane, viene pacificamente in considerazione la scriminante dell’*adempimento di un dovere*, posto che l’assistenza dei natanti in condizioni di difficoltà rappresenta un preciso dovere previsto da una pluralità di fonti, nazionali ed internazionali. È bene poi precisare che, al ricorrere di una situazione di pericolo tale da far scattare il dovere di soccorso, nessun rilievo sotto il profilo penalistico può avere il rispetto o meno del Codice di condotta o delle indicazioni fornite dalle autorità competenti; comunque, se il soccorso era doveroso ai sensi del diritto del mare, esso non può essere oggetto di rimprovero in sede penale. Bisogna dunque fare attenzione a non attribuire al Codice di condotta un ruolo improprio, quasi che il suo rispetto sia un requisito necessario perché il trasferimento in Italia dei migranti soccorsi risulti giustificato. La violazione delle disposizioni ivi previste può comportare conseguenze nei rapporti tra l’autorità italiana e l’ONG, che può essere esclusa per il futuro dal coinvolgimento in attività di soccorso, ma in nessun modo può incidere sull’applicazione di una scriminante (l’adempimento del dovere di soccorso in mare) che nulla ha a che vedere con il rispetto degli ordini dell’autorità.

Le vicende giudiziarie delle navi *Iuventa* ed *Open Arms* mostrano come la questione diventi più complessa quando il soccorso, pur motivato da genuine finalità umanitarie, risulti prestato in condizioni che non configurano un imminente pericolo di naufragio, o, come nel caso della nave *Open Arms*, intervenga anche quando erano in grado di provvedere al salvataggio le forze navali di uno Stato costiero (nel caso di specie, la Guardia navale libica).

Ipotizziamo allora in termini generali di trovarci a valutare situazioni in cui l’intervento umanitario sia andato al di là dei limiti entro cui si esplica l’obbligo di soccorso in mare, e dunque il fatto non possa ritenersi coperto dalla scriminante di cui all’art. 51 c.p. Decisiva in tali ipotesi risulta la possibilità di applicare lo *stato di necessità* (*sub specie* ovviamente di soccorso di necessità). La soluzione del problema, come mostrano le divergenti opinioni dei giudici che si sono sinora espressi sul caso *Open Arms*, dipende da come si intenda il requisito del *pericolo* di un danno grave alla persona, che rappresenta la preconditione logica e normativa della scriminante.

Se la valutazione circa la sussistenza di un tale elemento si considera limitata ai soli rischi relativi alla navigazione ed alla possibilità di naufragio, lo stato di necessità arriva ad avere in sostanza lo stesso ambito applicativo dell’adempimento di un dovere: la medesima situazione, che in generale configura il presupposto dell’art. 54 c.p. (il “pericolo attuale di un danno grave alla persona”), nell’ambito del diritto della navigazione dà luogo ad un più stringente dovere di intervento, che rende doveroso l’intervento solo consentito dalla norma codicistica. Ma la conseguenza è comunque quella di non ritenere applicabile ai soccorritori alcuna causa di giustificazione quando manchi un concreto pericolo di naufragio.

Il Tribunale di Ragusa mostra come non sia questo l'unico modo di intendere la nozione di pericolo. Le stesse fonti internazionali che fondano l'obbligo di soccorso prevedono che l'attività di salvataggio debba concludersi in un *porto sicuro*, tale non potendosi intendere un luogo dove il soggetto soccorso sia esposto a gravi rischi per la propria incolumità o per i propri diritti fondamentali. Il pericolo attorno a cui ruota lo stato di necessità non è più allora solo quello cui i migranti erano esposti in mare, ma anche quello cui andrebbero incontro se si trovassero costretti a tornare da dove sono partiti.

È chiaro che, così inteso l'ambito di delimitazione del pericolo, in una situazione come quella della *Open Arms* sussistono tutti gli ulteriori elementi costitutivi dello stato di necessità *ex art. 54 c.p.* Il *pericolo* è *attuale*, nel senso che è attuale, una volta i migranti siano tornati in Libia, il pericolo di torture e violenze; ha sicuramente ad oggetto un *danno grave alla persona*, considerate le terribili condizioni dei campi libici per migranti; non era *evitabile* che attraverso la sottrazione ai libici dei migranti ed il loro trasferimento in un luogo sicuro; la lesione cagionata all'interesse pubblicistico del contrasto all'immigrazione irregolare è sicuramente *proporzionata* rispetto ai diritti fondamentali dei migranti che così si sono andati a tutelare.

A noi pare che la soluzione propugnata dal Tribunale ragusano meriti di essere condivisa, specie in considerazione della peculiare situazione in cui versa oggi la Libia.

Quale sia il vero e proprio inferno in cui sono costretti a vivere i migranti nei campi di detenzione libici, è un dato che oggi può senz'altro ritenersi acquisito. Non solo sono innumerevoli i rapporti delle più prestigiose agenzie internazionali di tutela dei diritti umani che testimoniano gli orrori che da anni si consumano in questi campi, dove ancora oggi sono rinchiusi decine di migliaia di persone<sup>74</sup>. Nell'aprile 2018, è stata la stessa Procura presso la Corte penale internazionale, nell'acquisire il rapporto del Segretario generale delle Nazioni unite sulla sorte dei migranti in Libia, a comunicare l'avvio di un'indagine preliminare all'apertura di un'inchiesta formale per *crimini contro l'umanità* in relazione ai fatti che si verificano in Libia a carico dei migranti<sup>75</sup>. Tra i possibili indagati, ha precisato la Procura nel suo comunicato, vi sarebbero non solo i capi delle bande criminali che gestiscono i campi di detenzione, ma anche i responsabili della Guardia costiera libica, che come noto riceve significativo sostegno finanziario ed operativo dal nostro Governo.

A livello interno, nel dicembre 2017 la Corte d'assise di Milano ha condannato all'ergastolo un cittadino somalo che gestiva in Libia uno di questi campi dell'orrore, ritenendolo direttamente responsabile di

---

<sup>74</sup> Cfr. da ultimo il durissimo rapporto dell'Alto commissario per i Diritti umani presso le Nazioni unite del 18 dicembre 2018, dal titolo *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation of migrants and refugees in Libya*.

<sup>75</sup> Il testo del comunicato e notizie sullo stato delle indagini sono agevolmente reperibili sul sito ufficiale della Corte.

centinaia di casi di violenza sessuale e di tortura, e di diversi casi di omicidio<sup>76</sup>. Non si possono leggere le motivazioni della sentenza senza rimanere attoniti: le descrizioni di vita all'interno del campo, riferite dalle diciassette persone offese sentite nel procedimento, sono senz'altro paragonabili ai più atroci racconti che la storia del secolo scorso ci ha insegnato a ricordare<sup>77</sup>.

Di fronte all'enormità dell'orrore che si sta consumando in un Paese a noi vicino, non mancano poi le voci di coloro che giungono ad ipotizzare una corresponsabilità in tali crimini delle stesse autorità italiane, che peraltro rivendicano con orgoglio il sostegno prestato a quella stessa Guardia costiera libica, che la Procura presso la CPI indica come possibile indagata per crimini contro l'umanità. In una sessione del Tribunale permanente dei popoli dedicata a queste questioni, nel dicembre 2017 a Palermo, si sono a lungo esplorate le ragioni che possono fondare una responsabilità giuridica del Governo italiano per concorso nei crimini di cui sono vittime i migranti in Libia<sup>78</sup>; tesi sostenuta anche in un interessante contributo scientifico, che indaga in modo specifico i profili di diritto penale internazionale<sup>79</sup>.

Il contesto appena descritto non può non essere tenuto in considerazione nel valutare la liceità delle condotte della *Open Arms*. Lasciare i migranti nelle mani della Guardia costiera libica che ne pretendeva la consegna, come avrebbe imposto il rispetto del Codice di condotta predisposto dal Governo italiano, avrebbe significato condannarli, una volta tornati sulla terraferma, ad un futuro pressoché certo di torture e di violenze. Possiamo davvero immaginare che l'unica soluzione che si prospetta al giudice sia la condanna per favoreggiamento dell'ingresso irregolare di chi ha salvato quegli uomini e quelle donne dagli orrori da cui scappavano?

Lo stato di necessità rappresenta il luogo dogmatico di emersione del *sensu di umanità* di un ordinamento giuridico. Quando la lesione di un interesse pur meritevole di tutela è determinata dalla necessità di salvare una persona da un pericolo di particolare gravità, le ragioni della punizione fanno un passo indietro, ed il fatto lesivo, se proporzionato alla gravità del pericolo, non deve considerarsi illecito. Affermare che, quando viene in considerazione l'interesse al controllo delle frontiere, risulti irrilevante ogni pericolo che non sia strettamente connesso al rischio di naufragio, ci pare una conclusione che si pone in radicale contrasto con la logica solidaristica che permea la scriminante nella sua *species* del soccorso di necessità.

---

<sup>76</sup> Corte ass. Milano, 10.10.2017, in *Dir. pen. cont.*, 16.4.2018, con scheda di S. BERNARDI, *Una condanna della corte d'assise di Milano svela gli orrori dei "centri di raccolta e transito" dei migranti in Libia*.

<sup>77</sup> Sulla sentenza della Corte milanese e sulla situazione dei campi libici, cfr. anche i contributi contenuti nel volume dal titolo *L'attualità del male – La Libia dei Lager è verità processuale*, a cura di M. Veglio, Torino, 2018.

<sup>78</sup> Cfr. la sentenza del Tribunale permanente dei popoli relativa alla sessione su "La violazione dei diritti delle persone migranti e rifugiate", svoltasi a Palermo, 18-20.12.2017, disponibile in *Quest. giust.*, 11.4.2018, con scheda di M. VENTRONE, *Il Tribunale permanente dei popoli condanna l'Italia e l'Unione europea per concorso in crimini contro l'umanità a causa delle politiche sull'immigrazione*.

<sup>79</sup> Cfr. F. PACELLA, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2018, p. 5 ss.

Sarebbe inutile nascondersi dietro la logica semplicistica del *dura lex, sed lex*: È lo stesso ordinamento positivo a consentire, mediante il ricorso ad una interpretazione non aprioristicamente restrittiva dello stato di necessità, di ritenere legittime condotte che pur integrano gli estremi di un reato (la *dura lex* di cui all'art. 12 TUI), quando esse siano funzionali alla difesa degli interessi fondamentali della persona umana. Già, quindi, a livello di norme di rango ordinario, senza necessità di invocare parametri sovra-legislativi costituzionali o convenzionali, vi è la possibilità di escludere la rilevanza penale di condotte del tipo di quella della *Open Arms*. Anzi, la strada dell'applicazione dello stato di necessità ex art. 54 c.p. non è neppure l'unica che si prospetta all'interprete.

In dottrina, pervengono al medesimo risultato gli autori che ritengono la condotta delle ONG non antigiusdica in ragione di una estensione analogica della speciale ipotesi di scriminante, sicuramente più ampia rispetto allo stato di necessità, prevista all'art. 12 co. 2 TUI, secondo cui “fermo restando quanto previsto dall'art. 54 c.p., non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato”<sup>80</sup>. Superando in via analogica l'esplicito riferimento della norma alla presenza in Italia degli stranieri soccorsi, si potrebbe estendere la norma stessa anche ai casi in esame, in ragione della medesima istanza solidaristica che rappresenta la *ratio* della disposizione speciale<sup>81</sup>.

La giurisprudenza sinora non ha mai aperto spiragli in questa direzione, e a noi pure pare in effetti un po' forzata l'estensione analogica ai casi di soccorso in mare di una disposizione, che nella sua dicotomia tra fatti di favoreggiamento del soggiorno (i soli ai quali si applica secondo il suo tenore letterale) e dell'ingresso, riproduce una distinzione che trova molteplici conferme in sede normativa, tanto interna (il diverso dolo specifico per le due ipotesi di favoreggiamento del soggiorno o dell'ingresso) che europea (l'art. 2 della dir. 2002/90/CE, che adotta la medesima distinzione). In altri termini, non pare davvero irragionevole, alla luce di uno sguardo sistematico alla disciplina, che la risposta punitiva sia meno rigorosa quando si tratta di condotte di aiuto allo straniero che già risiede illegalmente in Italia, piuttosto che di agevolazione del suo ingresso irregolare nel nostro territorio. Ma se la differenziazione di tali ipotesi deve ritenersi un principio informatore del sistema, diventa poco plausibile una interpretazione per analogia che tale differenziazione ha invece l'effetto precipuo di negare.

Una volta poi intrapresa la strada qui auspicata di ritenere rilevanti ai fini del riconoscimento dello stato di necessità i pericoli derivanti dal respingimento dei migranti verso la Libia, anche ipotesi come quella

---

<sup>80</sup> Per un'analisi di tale disposizione cfr. per tutti S. ZIRULIA, *Art. 12 d.lgs. 286/1998*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, IV ed., 2015, p. 2735 ss.

<sup>81</sup> Per l'applicabilità in via analogica di tale disposizione anche alle ipotesi di soccorso in mare, cfr. in particolare i lavori di S. Perelli e M. Patarnello citati sopra.

della *Iuventa* meritano a nostro avviso di essere ripensate. A noi pare che, pur ammettendo come provate le forme di “consegna concordata” ipotizzate dall’accusa, il discorso rispetto allo stato di necessità non cambi di molto. Le ONG hanno pur sempre tenuto le condotte illecite di concorso con i trafficanti nel reato di favoreggiamento dell’ingresso irregolare al fine di sottrarre all’orrore dei campi libici il numero maggiore possibile di soggetti. Se (come a noi pare doveroso) il pericolo da valutare ai sensi dell’art. 54 c.p. è anche il pericolo cui i migranti sono esposti in Libia, ogni condotta che abbia come effetto quello di sottrarre delle persone a quell’orrore può rientrare nell’ambito di applicabilità della causa di giustificazione.

Certo, così ragionando si agevolano indirettamente anche i trafficanti, che possono servirsi delle ONG per ottenere il loro intento criminoso. Ma se guardiamo alla Libia con gli occhi dei migranti, essa è oggi un’immensa distesa di campi di concentramento dalle condizioni di vita impossibile. Sono giustamente diventati degli eroi coloro che, nella seconda guerra mondiale, hanno concluso accordi con i nazisti per salvare dai *lager* quante più persone di origine ebraica possibile; oggi, in uno Stato democratico, puniamo invece come criminali coloro che fanno quanto possibile per strappare da un orrore non dissimile centinaia di persone, perché per ottenere tale risultato hanno concluso degli accordi con le bande che gestiscono le partenze?

## 5. Conclusioni

Nella ricostruzione del percorso che ha condotto, nel volgere di pochi mesi, a considerare le ONG che praticano soccorsi in mare come dei “nemici del popolo”, miranti a ostacolare per ragioni ideologiche i legittimi progetti politici del Governo in materia di immigrazione, la magistratura penale ha avuto, come abbiamo potuto constatare, un ruolo di assoluto rilievo.

Abbiamo visto sopra come, ad inizio del 2017, le dichiarazioni del Procuratore di Catania circa possibili legami tra le ONG e i trafficanti siano state riprese ed enfatizzate dal mondo politico, al punto da diventare un elemento importante per la decisione del Governo di adottare quel *Codice di condotta per le ONG*, che segna il momento di definitiva rottura del rapporto di fiducia e cooperazione tra le stesse ONG e le autorità italiane. Nei mesi successivi, ogni iniziativa giudiziaria nei confronti delle ONG ha trovato sempre ampia copertura mediatica, al punto da diventare ogni volta oggetto di vivace polemica politica.

Il Ministro dell’interno Salvini ha da ultimo introdotto l’abitudine di evocare in maniera esplicita l’intervento dell’autorità giudiziaria nei confronti delle ONG, che secondo il Ministro sono da ritenere responsabili del reato di cui all’art. 12 TUI. Nel recentissimo caso della Sea-Watch3, la scelta del Ministero dell’interno di indicare come porto di attracco non Siracusa, dove la nave era ormeggiata da giorni, ma

Catania, era stata letta da molti commentatori quale tentativo di attribuire la competenza per le indagini ad una Procura ritenuta vicina alle posizioni del Governo, viste le diverse iniziative avviate a Catania nei confronti delle ONG di cui abbiamo dato conto sopra. Il ribadito auspicio del Ministro nel caso di specie è stato peraltro disatteso, tenuto conto che la Procura, per le ragioni viste sopra, ha ritenuto non vi fosse motivo di sottoporre ad indagine l'equipaggio della nave.

Proprio tale ultimo episodio ci pare esemplare del rischio cui è esposta in questo momento la magistratura inquirente dei distretti interessati dagli sbarchi, di fronte ad un Ministro dell'interno che richiede in modo perentorio l'adozione di un certo orientamento di politica-criminale. La criminalizzazione dei soccorritori viene costantemente evocata come necessaria da buona parte della compagine governativa, ed è forte la pressione sull'autorità giudiziaria affinché assuma determinate iniziative nei confronti delle ONG.

Saranno i prossimi mesi a dirci l'esito che avranno le inchieste di cui abbiamo dato conto in questo lavoro, e come evolveranno i rapporti tra potere esecutivo e giudiziario in materia di immigrazione e sbarchi, anche alla luce della conclusione cui si perverrà nel caso della Diciotti. Qui vogliamo limitarci, in conclusione, a due brevissime riflessioni.

La prima riguarda il circuito comunicativo in cui si inserisce l'attività giudiziaria. Non è certo una novità che intorno alle inchieste della magistratura penale si sviluppi un'attenzione anche spasmodica del mondo politico e mediatico. Proprio in tali contesti è particolarmente importante che i magistrati inquirenti stiano attenti alle strumentalizzazioni cui le loro pur legittime iniziative sono esposte, e siano quanto mai prudenti nelle loro comunicazioni all'opinione pubblica. La criminalizzazione di un certo fenomeno non passa solo dalle sentenze di condanna, ma anche dalla percezione che di tale fenomeno ha la pubblica opinione. Con questa banale verità crediamo la magistratura inquirente che si occupa di queste inchieste debba seriamente confrontarsi, mostrando una cautela anche superiore al consueto nel diffondere notizie o valutazioni che possono avere un impatto enorme sulla percezione pubblica dei fenomeni.

Nel merito poi del giudizio circa la liceità delle condotte di soccorso, crediamo di avere già chiaramente espresso il nostro modo di vedere. A noi pare che, di fronte alle atrocità che accadono in Libia, per i giudici di uno Stato di diritto non sia possibile volgere lo sguardo altrove, e non considerare nella valutazione del rilievo penale delle condotte delle ONG il fatto che esse mirano a dare una speranza a persone che fuggono da quel vero e proprio inferno che è oggi la Libia per i migranti.

Il pur legittimo obiettivo di non indebolire l'apparato di controllo dei flussi migratori non può spingere i nostri giudici ad abbracciare una visione così feroce del diritto penale, tale da ritenere meritevole di sanzione chi non ha fatto altro che soccorrere delle persone disperate, senza alcuna finalità lucrativa. Nulla obbliga la magistratura penale a questo passo: una interpretazione del soccorso di necessità non



viziata da apriorismi punitivi può consentire di mandare esenti da pena i soccorritori, senza cedere alla logica disumana secondo cui quello che avviene in Libia non riguarda il giudice penale italiano.

L'Italia e l'Europa stanno scrivendo una brutta pagina della loro storia. Il cinismo con cui viene gestito il fenomeno delle morti in mare e delle torture nei campi libici sarà una macchia indelebile per il continente che rappresenta la patria dei diritti fondamentali. Almeno possiamo evitare che sui libri di storia debba leggersi l'orribile dettaglio che addirittura venivano puniti coloro i quali aiutavano le vittime a fuggire dall'inferno.

# Tutela avverso il provvedimento di espulsione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa

**di Davide Zecca**

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato  
Università degli studi di Pavia

**Sommario:** 1. Introduzione. 2. Il provvedimento di espulsione: soggetti e requisiti. 3. Lo sdoppiamento della giurisdizione. 3.1. Il giudizio dinanzi al giudice amministrativo. 3.2. Il giudizio dinanzi al giudice ordinario. 4. Quale criterio di riparto? 5. La necessità di uno standard di tutela omogeneo.

## 1. Introduzione

La legittimazione alla permanenza sul territorio dello Stato italiano dello straniero che vi faccia ingresso e abbia interesse a rimanervi è vincolata all'ottenimento di un opportuno titolo di soggiorno e all'inesistenza di cause di revoca dello stesso o di irrogazione di un provvedimento amministrativo di allontanamento.

Proprio con riferimento a quest'ultima categoria, l'atto amministrativo che incide più significativamente la sfera soggettiva dello straniero è l'espulsione. Si tratta di una misura che può essere disposta in una pluralità di fattispecie, anche diverse fra loro, e da una pluralità di autorità amministrative e non (v. ricostruzione *infra* §2).

Nell'ottica di protezione dell'interesse del soggetto destinatario del provvedimento di cui sopra, questo lavoro ritiene doveroso interrogarsi sull'adeguatezza della tutela offerta in sede giurisdizionale avverso tali misure e, inoltre, sulla sussistenza di differenze di trattamento (e, a cascata, di garanzie riconosciute) allorché, dinanzi a fattispecie quantomeno analoghe, il vaglio di legittimità e appropriatezza della determinazione amministrativa differisca sulla sola base dell'autorità che disponga l'atto (§3).

Nel tentativo di isolare un criterio che giustifichi, sotto un profilo concettuale e dogmatico, un moltiplicarsi delle sedi giurisdizionali nelle quali far valere l'illegittimità di un provvedimento a medesimi effetti (sfavorevoli per il privato) si intende chiarire se, da un punto di vista sistematico, i tradizionali principi che fondano il riparto di giurisdizione possano spiegare anche la scelta del legislatore nell'ambito in questione (§4).

L'identità degli interessi in gioco e la loro rilevanza sotto il profilo costituzionale giustificano la proposta, avanzata in questa sede, di unificazione della giurisdizione in tema di impugnazione degli atti

amministrativi di espulsione, consentendo altresì di ristabilire un crisma di sistematicità a un sistema che, *rebus sic stantibus*, non pare in grado di elaborare un criterio convincente per spiegare la divaricazione degli standard di tutela in una materia in cui sono in gioco diritti individuali meritevoli di efficace tutela (§5).

## 2. Il provvedimento di espulsione: soggetti e requisiti

Quando si affronta il tema dell'espulsione dello straniero è opportuno intendersi fin dal principio sull'oggetto dell'indagine, così da sgombrare il campo da eventuali equivoci terminologici che inquinino la correttezza della riflessione giuridica in materia. Il termine indica un provvedimento amministrativo che, al pari dei respingimenti, è disciplinato (principalmente) dal Capo II del Titolo II del Testo unico sull'immigrazione (T.U.I.)<sup>1</sup>: le due misure condividono la natura di atti esercizio del potere di allontanamento dello straniero (extracomunitario)<sup>2</sup> dal territorio dello Stato su iniziativa dell'autorità amministrativa. La differenza si rintraccia in che il respingimento si effettua nei confronti dello straniero che si presenti ai valichi di frontiera sprovvisto dei requisiti richiesti per l'ingresso nel territorio dello Stato o che acceda al territorio dello Stato sottraendosi ai controlli effettuati nei luoghi di cui sopra e sia fermato nei pressi degli stessi valichi di frontiera<sup>3</sup>. Diversamente, l'espulsione è disposta al di fuori dei casi che autorizzano il respingimento alla frontiera, in genere nei confronti dello straniero che si trovi già sul territorio dello Stato nel momento in cui la causa di espulsione viene ad esistenza o che, nonostante l'ingresso irregolare, non sia stato prontamente respinto alla frontiera.

Il potere esercitato dalla pubblica autorità si configura pertanto, in questa circostanza, come un potere di natura ablatoria, che incide cioè sulla sfera giuridica personale dello straniero limitando il suo interesse privato in vista di un superiore interesse pubblico. È opportuno far luce su chi siano in concreto le autorità competenti ad adottare un provvedimento di questo genere, poiché da tale determinazione discendono una serie di conseguenze significative sul piano concreto della tutela dell'interesse dello straniero.

In primo luogo, l'espulsione può essere disposta da un giudice penale come misura di sicurezza oppure come misura sostitutiva o alternativa alla detenzione. Nel primo caso, si annovera la facoltà di ordinare

---

<sup>1</sup> D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, emanato in esercizio della delega di cui all'art. 47, c.1 della cd. l. Turco-Napolitano (L. 6 marzo 1998, n. 40).

<sup>2</sup> Art. 1, cc. 1-2, legge Turco-Napolitano; l'espulsione può essere disposta anche nei confronti dello straniero cittadino di uno Stato membro dell'Unione Europea, ma soltanto in casi tassativi: per motivi di sicurezza dello Stato, per motivi imperativi di pubblica sicurezza, per altri motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza e per la cessazione delle condizioni che determinano il diritto di soggiorno, v. R. CHERCHI, *L'allontanamento dall'Italia dello straniero e del cittadino europeo*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*, Santarcangelo di Romagna, 2015, pp. 257-260.

<sup>3</sup> Art. 1, cc. 1-2, T.U.I.

L'espulsione dello straniero qualora lo stesso sia condannato per un reato per cui il codice di procedura penale preveda l'arresto in flagranza, a patto dell'accertamento della pericolosità sociale del soggetto<sup>4</sup>; inoltre, il giudice è tenuto a ordinare l'espulsione (o l'allontanamento dal territorio dello Stato per il cittadino di altro Paese dell'UE) qualora pronunci sentenza di condanna a una pena superiore ai due anni di reclusione<sup>5</sup>; infine, alla medesima misura di sicurezza è sottoposto lo straniero o il cittadino comunitario condannato a una pena restrittiva della libertà personale per un delitto contro la personalità dello Stato<sup>6</sup>. Nel secondo caso, alla pronuncia di una condanna penale per un reato non colposo o nel caso dell'applicazione della pena su richiesta (cd. patteggiamento), qualora la situazione dello straniero integri i requisiti per l'espulsione prefettizia (art. 13, c.2, T.U.I., su cui più diffusamente *infra*) e il giudice stesso, ritenendo di dover irrogare una pena detentiva non superiore ai due anni, determini l'insussistenza dei presupposti per la sospensione condizionale della pena, oppure alla pronuncia di una condanna per il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato<sup>7</sup>, il T.U.I. conferisce al giudice la facoltà di sostituire la sanzione penale con la misura amministrativa dell'allontanamento dal territorio dello Stato<sup>8</sup>. Parimenti, tale meccanismo di sostituzione è disposto, pur con alcune limitazioni, nei confronti dello straniero che, trovandosi in stato di detenzione, debba scontare una pena detentiva non superiore ai due anni e la cui situazione integri una delle fattispecie che legittimano l'espulsione ad opera del prefetto<sup>9</sup>. In tutti i casi di cui sopra, la misura dell'espulsione è collegata a una sanzione penale irrogata nei confronti dello straniero, logicamente di competenza del giudice penale che pronuncia la sentenza di condanna (salvo l'ultimo caso, ove la pena sia quella residua derivante da una condanna più severa: l'espulsione è allora disposta dal magistrato di sorveglianza<sup>10</sup>).

Diversa natura hanno invece le espulsioni degli stranieri eseguite non tramite provvedimenti in sede giurisdizionale, bensì per mezzo di atti della pubblica amministrazione: si fa riferimento a tali provvedimenti come espulsioni amministrative<sup>11</sup>. In particolare, i due soggetti che possono emanare un provvedimento amministrativo di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato sono il Ministro dell'interno e il prefetto, che del Ministro dell'interno è, peraltro, il rappresentante a livello locale. I presupposti per disporre un'espulsione da parte di ciascuno dei due organi sono (in parte) diversi, seppur

---

<sup>4</sup> Art. 15, c.1, T.U.I.

<sup>5</sup> Art. 235, c.1, c.p.

<sup>6</sup> Art. 312, c.1, c.p.

<sup>7</sup> Art. 10-bis, T.U.I.

<sup>8</sup> Art. 16, c.1, T.U.I.

<sup>9</sup> Art. 16, c.5, T.U.I.

<sup>10</sup> F. BARTOLINI, *Stranieri. Procedimenti per l'accogliimento e l'allontanamento*, Milano, 2015, p. 210.

<sup>11</sup> La distinzione si ritrova, *ex multis*, in A. LIBERATI, *La disciplina dell'immigrazione e i diritti degli stranieri*, Padova, 2009, p. 763.

rientrano tutti entro una delle seguenti categorie generali: pericolosità, reità o clandestinità dello straniero<sup>12</sup>.

Il T.U.I. prevede, in primo luogo, la competenza del Ministro dell'interno a disporre l'espulsione dello straniero, anche non residente sul territorio dello Stato, qualora ritenga che vi siano motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, previa comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro per gli Affari Esteri<sup>13</sup>. Parimenti, la stessa autorità può disporre (direttamente o indirettamente, delegando l'emanazione dell'atto al prefetto<sup>14</sup>) l'espulsione dello straniero nei confronti del quale esistono ragioni fondate di ritenere che la permanenza sul territorio dello Stato agevoli attività od organizzazioni terroristiche (anche in ambito internazionale)<sup>15</sup>. La stessa disposizione autorizzava, fino al 2011, l'emanazione di un analogo provvedimento anche nei confronti dello straniero che: ponesse in essere atti preparatori rilevanti sotto il piano oggettivo, volti al sovvertimento dell'ordinamento democratico, mediante la commissione di un particolare reato<sup>16</sup>, o che avesse fatto parte di associazioni politiche sciolte in esecuzione della cd. Legge Scelba<sup>17</sup> e che si ritenesse, in ragione del comportamento successivo, che perseverasse in condotte analoghe, o che compiesse atti preparatori volti alla ricostituzione del partito fascista, o che commettesse uno dei reati di impropria detenzione o uso delle armi ai sensi della legge in materia<sup>18</sup> e fosse considerato naturalmente disposto a commetterne uno dello stesso genere ai fini di sovvertimento dell'ordinamento democratico<sup>19</sup>. Le fattispecie di espulsione dello straniero a opera del Ministro dell'interno, che sono talvolta considerate entrambe, ciascuna per ragioni proprie, come ipotesi *extra ordinem* a fronte delle "ordinarie" espulsioni prefettizie<sup>20</sup>, condividono pertanto la caratteristica di avere come fondamento la pericolosità del non cittadino e sono pertanto sempre di carattere preventivo. L'espulsione a opera del prefetto si dà in più casi, che non rientrano in una singola categoria generale omogenea fra quelle di cui sopra. Il T.U.I. prevede tre circostanze per le quali l'autorità prefettizia dispone

---

<sup>12</sup> L'analisi dei procedimenti di allontanamento dello straniero è condotta sulla base di tale tripartizione da M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, pp. 258-259.

<sup>13</sup> Art. 13, c.1, T.U.I.

<sup>14</sup> Nel caso di delega, il prefetto non ha discrezionalità sull'emanazione o meno del provvedimento e il decreto di espulsione è comunque impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, come in ogni altro caso in cui sia disposto dal Ministro dell'interno, v. S. CENTONZE, *L'espulsione dello straniero*, Padova, 2006, pp. 154-155.

<sup>15</sup> Art. 3, d.l. 27 luglio 2005, n. 144.

<sup>16</sup> Si tratta delle condotte di cui al Capo I, Titolo VI, Libro II, c.p. (Delitti di comune pericolo mediante violenza) e agli artt. 284 (Insurrezione armata contro i poteri dello Stato), 285 (Devastazione, saccheggio e strage), 286 (Guerra civile), 306 (Banda armata), 438 (Epidemia), 439 (Avvelenamento di acque o di sostanze alimentari), 605 (Sequestro di persona) e 630 (Sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione) c.p.

<sup>17</sup> L. 20 giugno 1952, n. 645.

<sup>18</sup> L. 2 ottobre 1967, n. 895 e l. 14 ottobre 1974, n. 497.

<sup>19</sup> Art. 18, l. 22 maggio 1975, n. 152 (abrogato dall'art. 120, c. 1, lett d), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159).

<sup>20</sup> A. IANNUZZI, *Il diritto delle espulsioni*, Napoli, 2006, pp. 18-19 e 240-241.

l'espulsione, specificando che ciò avviene caso per caso, in ossequio al divieto di espulsioni collettive<sup>21</sup>. In primo luogo, la misura si applica allo straniero che sia entrato nel territorio dello Stato senza sottoporsi ai controlli di frontiera e non sia stato respinto secondo quanto previsto dallo stesso Testo Unico<sup>22</sup>. Inoltre, il provvedimento è disposto nei confronti dello straniero trattenutosi sul territorio dello Stato senza che il datore di lavoro abbia correttamente comunicato l'impiego e il trattamento contrattuale alla prefettura o all'ufficio territoriale del Governo (per i lavoratori dipendenti), o che non abbia fatto richiesta del permesso di soggiorno entro i termini previsti, o in caso di revoca, annullamento o rifiuto del permesso di soggiorno, o ancora nel caso il permesso di soggiorno sia scaduto da oltre sessanta giorni e non sia stata presentata richiesta di rinnovo, o infine quando lo straniero si trattiene sul territorio dello Stato senza dichiarare la propria presenza all'autorità di frontiera o al questore competente per la provincia in cui si trovi oppure, avendola dichiarata, si trattiene oltre tre mesi (od oltre il minor termine previsto dall'eventuale visto)<sup>23</sup>. In questi primi due casi, il prefetto applica la misura sull'espulsione in ragione dello status di clandestinità dei soggetti in questione, che non sono quindi provvisti di un valido titolo di ingresso o di permanenza sul territorio dello Stato.

Lo stesso T.U.I. prevede altresì che lo straniero sia espulso qualora appartenga a una delle categorie a cui si applicano le misure previste dal Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione<sup>24</sup>. Si tratta, in primis, di chi, sulla base di elementi di fatto, si debba ritenere abitualmente dedito a traffici delittuosi o chi si ritenga, per la condotta e il tenore di vita, viva abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose o, per il comportamento, sia dedito alla commissione di reati lesivi (anche sotto un mero profilo potenziale) dell'integrità fisica o morale di minorenni o la sanità, sicurezza e tranquillità pubblica<sup>25</sup>. Inoltre, la misura si applica anche all'indiziato di appartenenza ad associazione mafiosa, o di uno dei reati previsti dall'art. 51, c.3-bis e 3-quater, c.p.p. o del reato di trasferimento fraudolento e possesso ingiustificato di valori, nonché all'indiziato di aver partecipato a o di aver agevolato la commissione di atti di violenza e lesivi della sicurezza pubblica nell'ambito di manifestazioni sportive, del reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, del reato di associazione per delinquere finalizzata a commettere specifici delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione o del reato di atti persecutori (cd. *stalking*)<sup>26</sup>. Infine, il provvedimento colpisce anche i

---

<sup>21</sup> Art. 4, IV Prot. add. CEDU. Fra le più significative decisioni in materia v. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, §§ 183-186 e Grande Camera, sentenza 1 settembre 2015, ricorso n. 16483/12, *Khlajfja e altri c. Italia*, §§ 153-158.

<sup>22</sup> Art. 13, c.2, lett. a), T.U.I.

<sup>23</sup> *Ibidem*, lett. b).

<sup>24</sup> *Ibidem*, lett. c).

<sup>25</sup> Art. 1, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

<sup>26</sup> *Ibidem*, Art. 4.

soggetti su cui pesino fondati elementi per ritenere che utilizzino fondi o risorse per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali<sup>27</sup>. Il caso in esame è suscumbibile sotto la categoria delle espulsioni prefettizie per pericolosità dello straniero, che assumono dunque un carattere di natura preventiva.

Peraltro, a tale genere si potrebbe assimilare l'espulsione prefettizia vincolata derivante dal diniego o rifiuto di rinnovo del permesso di soggiorno da parte del questore, ove tale determinazione dipenda dalla considerazione dello straniero come una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone (nel caso di soggetto per cui sia richiesto il ricongiungimento familiare la minaccia deve essere concreta e attuale). Vale la pena notare come questa circostanza si sovrapponga in parte con una fattispecie che prevede anche l'espulsione ministeriale, con ciò configurando possibili discrepanze nella tutela giurisdizionale avverso il provvedimento pronunciato da una o l'altra autorità titolare del potere di espulsione (seppure si ritenga per la maggiore la spettanza al giudice amministrativo della giurisdizione sull'atto presupposto, più diffusamente *infra*).

Il prefetto ha inoltre facoltà di espellere il non cittadino che, entrato regolarmente sul territorio dello Stato, venga a difettare in seguito, in ragione di una specifica condanna penale (anche non definitiva e anche in caso di patteggiamento), di un requisito prescritto per l'ingresso<sup>28</sup>. In particolare, la misura si applica nei confronti di chi sia condannato per reati per cui sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza o per reati inerenti agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite. Parimenti, il prefetto può espellere lo straniero condannato con sentenza irrevocabile per uno dei reati previsti dalla legge relativa alla tutela del diritto di autore o per i reati di contraffazione e analoghi. In queste circostanze, il prefetto esercita il proprio potere in ragione della reità dello straniero, pertanto in un momento successivo alla commissione di un fatto di reato.

### **3. Lo sdoppiamento della giurisdizione**

Una volta determinate le ipotesi alla cui ricorrenza lo straniero può essere sottoposto alla misura dell'espulsione cd. amministrativa, è d'uopo identificare quale sia la sede in cui il non cittadino possa impugnare il provvedimento contestando la legittimità dell'esercizio di questo potere ablatorio da parte della pubblica amministrazione. A tal fine, vale la pena distinguere le espulsioni adottate dal Ministro

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, Art. 16.

<sup>28</sup> Art. 4, c.3, T.U.I.



dell'interno, devolute nella loro interezza (tanto per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato quanto per fini di prevenzione del terrorismo) alla giurisdizione del giudice amministrativo (in specie il TAR Lazio, sede di Roma, per la prima ipotesi, il TAR competente per territorio nel caso della seconda)<sup>29</sup>, e gli atti adottati dal prefetto, sottoposti invece al sindacato del giudice ordinario<sup>30</sup>. L'attribuzione della giurisdizione avverso un provvedimento avente il medesimo effetto, per quanto derivante da presupposti diversi, a differenti autorità giurisdizionali, basata su un criterio di riparto che la dottrina fatica a determinare con esattezza (v. *infra* §3), pone non indifferenti questioni in ordine all'effettività e all'eguaglianza della tutela in giudizio per i destinatari dei provvedimenti in parola. In particolare, come si vedrà nei paragrafi a seguire, l'incardinamento della giurisdizione presso l'autorità giudiziaria ordinaria o presso quella amministrativa influisce in maniera rilevante sulla natura del vaglio a cui il provvedimento è sottoposto. Infatti, in estrema semplificazione, da un esame della giurisprudenza in materia si ravvisa l'esistenza di uno scrutinio del giudice ordinario volto a verificare la sussistenza dei presupposti del provvedimento di espulsione di norma ben più penetrante di quello esercitato dal giudice amministrativo nel caso di impugnazione di un decreto di espulsione.

Per meglio delineare il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, i due paragrafi che seguono illustrano sinteticamente le peculiarità del procedimento di impugnazione del provvedimento di espulsione in ciascuna delle due sedi indicate, soffermandosi in particolare sull'intensità dello scrutinio svolto dal giudice sull'esistenza dei requisiti dell'atto.

### **3.1. Il giudizio dinanzi al giudice amministrativo**

In primo luogo, si precisa come il giudizio di impugnazione dei provvedimenti di espulsione dinanzi al giudice amministrativo sia stato sottoposto, nell'ambito delle misure previste dal recente decreto Minniti<sup>31</sup>, alla disciplina del cd. rito abbreviato<sup>32</sup>. Tale regime prevede il dimezzamento di tutti i termini processuali ordinari, salvi quelli espressamente menzionati dalla disposizione, oltre a disporre in relazione alla tempestiva fissazione dell'udienza di merito, a eventuali misure cautelari e alla sospensione dell'esecutività del dispositivo della pronuncia.

In questa sede, ciò su cui si ritiene più significativo riflettere è la natura del sindacato volto ad accertare l'esistenza dei requisiti per l'applicazione della misura dell'espulsione ai danni dello straniero da parte del

---

<sup>29</sup> Art. 13, c.11, T.U.I. (espulsioni per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato) e art. 3, c.4, d.-l. 27 luglio 2005, n. 144 (espulsioni per motivi di prevenzione del terrorismo).

<sup>30</sup> Art. 13, c.8, T.U.I.

<sup>31</sup> Art. 16, c.1, d.l. 17 febbraio 2017, n. 13.

<sup>32</sup> Art. 119, c.1, lett. m-sexies), d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

Ministro dell'interno. Sul tema, infatti, sono intervenute nel corso del tempo pronunce giudiziali di diverso indirizzo.

Una vicenda rilevante è quella che coinvolse il cittadino senegalese Mamour Fall, che svolgeva funzioni di ministro di culto islamico (imam) presso il comune piemontese di Carmagnola. Nel 2003 costui era stato destinatario di un provvedimento di espulsione emanato dal Ministro dell'interno sul presupposto di una sua presunta pericolosità per l'ordine pubblico o per la sicurezza dello Stato. In sede di impugnazione della misura, il TAR Lazio aveva dichiarato fondato il ricorso del ricorrente, argomentando che le scarse premesse e l'imprecisata documentazione (poi individuata in meri articoli di organi di stampa) a cui il decreto di espulsione faceva riferimento erano insufficienti a provare una condotta dello straniero in questione pericolosa per l'ordine costituito o per la sicurezza nazionale<sup>33</sup>. La sussistenza a carico del soggetto di sole esternazioni, per quanto plateali, con riferimento a fatti di politica internazionale era insuscettibile di cagionare qualsivoglia lesione all'ordine pubblico o alla sicurezza dello Stato, anche in considerazione del fatto che spesso la reale intenzione di organizzare simili atti si coniuga con un tentativo di mantenere riservate le comunicazioni a riguardo. Il giudice aggiungeva che, inoltre, la manifestazione del pensiero gode di copertura costituzionale e, tramite la clausola di apertura della Carta stessa, è altresì tutelata sotto il profilo del diritto internazionale, potendo essere compresa dall'autorità amministrativa soltanto ove idonea a determinare un pericolo concreto per l'ordine pubblico. Sulla base di tali ragioni, il giudice aveva quindi accolto il ricorso del cittadino senegalese e annullato il provvedimento di espulsione. La decisione in questione era pertanto stata pronunciata all'esito di un sindacato intrinseco, volto a condurre una verifica penetrante di attendibilità delle motivazioni fondanti il provvedimento di espulsione. Peraltro, questo tipo di vaglio di legittimità traeva probabilmente ispirazione dal severo standard richiesto un paio di anni prima dalla Corte di cassazione in un caso riguardante un'espulsione comminata dal prefetto per motivi di pericolosità dello straniero (v. *infra* §2.2). Tuttavia, questo orientamento non resistette all'impugnazione in grado d'appello, ove il Consiglio di Stato riformò la sentenza di prime cure asserendo che l'espulsione ministeriale, in quanto previamente comunicata dal Ministro dell'interno al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro per gli affari esteri, coinvolge la responsabilità politica degli stessi, perciò tanto configurandosi come atto esercizio di un'alta discrezionalità amministrativa<sup>34</sup>. Dall'attribuzione di tale natura alla valutazione condotta dagli organi della pubblica amministrazione discende la limitazione del vaglio sulla legittimità del provvedimento a un sindacato soltanto estrinseco, che sanzioni l'inadeguatezza della motivazione o l'illogicità o arbitrarietà della decisione della pubblica autorità. Dopo avere riesaminato le dichiarazioni

<sup>33</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. I ter, 10 dicembre 2004, n. 15336.

<sup>34</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88.

allegate al decreto di espulsione, il Consiglio di Stato ritenne legittima la considerazione delle stesse come idonee a minare l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, aggiungendo che, in sede di giurisdizione di legittimità, esorbita dal compito del giudice amministrativo la formulazione di una valutazione di merito alternativa o complementare a quella della pubblica autorità che ha emanato l'atto, spettando a esso solo di sanzionare l'eccesso di potere nell'esercizio delle funzioni attribuite a un determinato organo.

L'interpretazione dettata dal Consiglio di Stato ha inevitabilmente influenzato la giurisprudenza del TAR Lazio, il quale, a seguito della pronuncia di cui sopra, si è riferito una prima volta, nell'immediatezza della conclusione della summenzionata vicenda, all'espulsione ministeriale come a un atto caratterizzato da "alto tasso di discrezionalità"<sup>35</sup>. In una successiva vicenda, in cui la misura era stata adottata per motivi di prevenzione del terrorismo, lo stesso giudice ha più ampiamente argomentato che il giudizio sulla pericolosità è demandato alla competente autorità amministrativa, senza che il giudice amministrativo possa sovrapporvi le proprie valutazioni in sede di vaglio di legittimità<sup>36</sup>. In tale sede, infatti, a quest'ultimo non è concesso di muovere in dubbio l'attendibilità delle valutazioni svolte *ex-ante* dalla pubblica autorità, non trattandosi di una fattispecie rientrante nelle ipotesi di giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Per la peculiare struttura del giudizio prognostico in materia di prevenzione del terrorismo<sup>37</sup>, che sulla base di dati concreti prevede la formulazione di ipotesi sulla probabilità di realizzazione di determinate condotte, il vaglio di legittimità del giudice amministrativo si limita all'accertamento dell'effettiva esistenza dei dati posti a fondamento delle ipotesi o, in ogni caso, dei meri casi di macroscopico travisamento degli stessi o di formulazione di ipotesi inverosimili o altamente improbabili. L'insussistenza di palese illogicità o arbitrarietà della motivazione del provvedimento non può quindi precludere ad altro esito che una pronuncia di infondatezza di qualsiasi ricorso avverso un'espulsione ministeriale.

Non bisogna dimenticare che esiste un'altra circostanza in cui il giudice amministrativo è (seppur indirettamente) investito della giurisdizione su una fattispecie espulsiva: si tratta del caso della cd. espulsione automatica, che è disposta dal prefetto in conseguenza del diniego o della revoca del permesso di soggiorno e di altri casi minori esplicitamente menzionati all'art. 13, c.2, lett. b) T.U.I. In tale situazione, il provvedimento dell'espulsione è disposto dal prefetto e, in quanto tale, sottoposto alla giurisdizione del giudice ordinario in sede civile; tuttavia, il potere esercitato dall'autorità prefettizia è in realtà vincolato, poiché al venir meno del titolo di soggiorno o negli altri casi previsti dalla disposizione discende

---

<sup>35</sup> Tar Lazio, Roma, Sez. I ter, 23 marzo 2006, n. 5070.

<sup>36</sup> Tar Lazio, Roma, Sez. II, 4 luglio 2011, n. 5826.

<sup>37</sup> La pronuncia si riferisce espressamente ai presupposti della disposizione in parola definendoli "*indicati mediante un concetto giuridico indeterminato*" (ossia la pericolosità dello straniero).

automaticamente l'applicazione della misura, senza che il prefetto possa avere voce in capitolo. Tuttavia, esiste la possibilità di impugnare l'atto presupposto al decreto di espulsione: in quanto il diniego o la revoca del titolo di soggiorno sono adottati dal questore, tali provvedimenti sono impugnabili dinanzi al giudice amministrativo. A onor del vero, sul tema il Consiglio di Stato ha adottato un vaglio debole ed estrinseco, trattando la valutazione del questore non come esercizio di mera discrezionalità tecnica ma come atto di alta amministrazione, non esigendo pertanto l'integrazione di criteri elaborati in sede civile o il superamento di un giudizio di pericolosità di natura penale, limitando il sindacato a un giudizio di carattere presuntivo e soggettivo<sup>38</sup>. Peraltro, anche qualora il giudice amministrativo sancisca l'illegittimità del diniego o del rifiuto di rinnovo del permesso di soggiorno, la giurisprudenza prevalente tende a escludere che tale pronuncia cagioni un'automatica invalidità derivata dell'espulsione prefettizia per difetto dei requisiti richiesti, avendo la mera conseguenza di permettere allo straniero sanzionato con l'espulsione di presentare una nuova domanda per ottenere il permesso di soggiorno e di chiedere la revoca dell'espulsione al prefetto<sup>39</sup>. Parimenti, nella maggioranza dei casi i giudici ordinari escludono la sindacabilità dell'atto del questore in via incidentale nell'ambito di un giudizio di impugnazione di un decreto prefettizio di espulsione (come anche la possibilità del giudice ordinario di disapplicare l'atto)<sup>40</sup>. Peraltro, sul tema si è espressa altrimenti la Corte costituzionale in una significativa pronuncia sullo sdoppiamento della giurisdizione in tema di immigrazione<sup>41</sup> (v. *infra* §3), ammettendo il sindacato incidentale e la produzione di effetti di illegittimità derivata sul provvedimento di espulsione, ma il diritto vivente pare aver intrapreso una strada differente.

Si può pertanto dedurre da quanto illustrato che la tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo sia piuttosto penalizzante per lo straniero ricorrente, essendosi affermato un orientamento che tributa una certa deferenza alle valutazioni dell'autorità amministrativa competente (Ministro dell'interno o questore che sia), limitando a casi tendenzialmente straordinari l'annullamento del provvedimento di espulsione o la dichiarazione di illegittimità dell'atto ad esso presupposto.

### **3.2. Il giudizio dinanzi al giudice ordinario**

Il giudizio sull'impugnazione dei provvedimenti di espulsione dello straniero disposti dal prefetto si svolge secondo il cd. rito sommario<sup>42</sup>, che prevede un termine di decadenza di trenta giorni dalla notificazione dell'atto (sessanta se il destinatario è residente all'estero) per depositare il ricorso dinanzi al

---

<sup>38</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 26 gennaio 2006, n. 217 e Cons. Stato, Sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2848.

<sup>39</sup> Cass., Sez. VI-1, 22 giugno 2016, n. 12976.

<sup>40</sup> Cass., Sez. un., 16 ottobre 2006, n. 22217.

<sup>41</sup> Corte cost., ord. n. 414/2001.

<sup>42</sup> Art. 18, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150.

giudice di pace competente per la località in cui ha sede l'autorità che ha emanato l'atto. Il giudice adito definisce il giudizio entro venti giorni dal deposito del ricorso con ordinanza avverso la quale non è consentito proporre appello. I tempi stretti per la proposizione del ricorso e per la definizione del giudizio sono giustificati dall'immediata esecutività della misura, anche qualora la stessa sia oggetto di gravame<sup>43</sup>. Anche in questo caso, pare d'interesse analizzare la natura dello scrutinio sulla legittimità del provvedimento di espulsione, così da poter confrontare la tutela nel caso in oggetto con quella assicurata dinanzi al giudice amministrativo avverso provvedimenti aventi un analogo grado di afflittività nei confronti dello straniero.

Per quanto concerne l'espulsione comminata dal prefetto per pericolosità dello straniero, è utile riferirsi a una pronuncia della Corte di cassazione nel caso riguardante l'espulsione disposta dal prefetto di Torino nei confronti del cittadino marocchino Farhane Boukhari in ragione della presunta appartenenza dello stesso a una delle categorie menzionate dalla precedente versione dell'art. 13, c.2, lett. c), T.U.I.. La disposizione, modificata alcuni anni fa inserendo un rinvio alle categorie di soggetti alle quali si applicano le misure di prevenzione previste dal Codice antimafia<sup>44</sup> (v. *supra* par. §1), prevedeva infatti che il prefetto disponesse l'espulsione nei confronti dello straniero che si ritenesse, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dedito a traffici delittuosi, o, per la condotta e il tenore di vita, che vivesse abitualmente con i proventi di attività delittuose, o, per il proprio comportamento, dedito alla commissione di reati lesivi per l'integrità fisica o morale, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica<sup>45</sup>. Proprio a proposito di quest'ultima categoria, la Suprema corte ha sancito che, stante la natura di diritti soggettivi delle posizioni giuridiche dei soggetti in questione, non si possa attribuire all'autorità amministrativa un potere poggiante su requisiti tanto indeterminati da non poter essere sindacato in maniera effettiva in sede giurisdizionale. Pertanto, la sussunzione di un soggetto entro una delle categorie a cui si applicano le misure di prevenzione per le persone pericolose per la sicurezza e la moralità pubblica non può prescindere da un accertamento rigoroso dei presupposti di fatto, non potendosi tale operazione giustificare soltanto su base probabilistica. A tal fine, il giudice di legittimità ha tratto dalla giurisprudenza preesistente sulle misure di prevenzione alcuni criteri ai quali far riferimento per l'accertamento in concreto della pericolosità dello straniero: la verifica dei presupposti della pericolosità del soggetto deve essere oggettiva e non meramente soggettiva (insufficienza del sospetto e della presunzione), è tenuta ad accertarne

---

<sup>43</sup> Art. 13, c.3, T.U.I.

<sup>44</sup> Art. 4, c.2, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150.

<sup>45</sup> Art. 1, l. 27 dicembre 1956, n. 1423, come modificato dall'art. 2, l. 3 agosto 1988, n. 327.

L'attualità ed è vincolata all'obbligo di valutazione globale della personalità del soggetto, ivi comprese tutte le manifestazioni sociali della sua vita<sup>46</sup>.

Quanto premesso consente di identificare già alcune differenze con il sindacato svolto dal giudice amministrativo, in quanto il controllo non si limita al corretto esercizio del potere, ma si spinge alla verifica dell'esistenza dei presupposti dell'espulsione. In ciò, l'attività del giudice ordinario è particolarmente penetrante, tanto da vagliare anche apprezzamenti tecnico-discrezionali della competente amministrazione, proprio in ragione della situazione giuridica che si ritiene compressa dall'esercizio del potere amministrativo.

Con riferimento all'espulsione prefettizia successiva, che, come ricordato *supra*, discende automaticamente dalla perdita di determinati requisiti per l'ingresso (anche in seguito a condanne non definitive in sede penale), è d'uopo premettere che la disciplina è stata introdotta dalla cd. Legge Bossi-Fini<sup>47</sup> con l'evidente scopo di aggirare l'accertamento rigoroso che la giurisprudenza penale e costituzionale aveva elaborato con riferimento alle espulsioni penali successive (ossia quelle disposte in sede di giurisdizione penale, v. §1). Infatti, tanto la Corte di cassazione<sup>48</sup> quanto la Corte costituzionale<sup>49</sup> hanno assunto nel corso del tempo un atteggiamento scettico nei confronti delle presunzioni assolute di pericolosità e, in seguito, degli automatismi espulsivi, richiedendo un accertamento in concreto della pericolosità del soggetto non dissimile da quello condotto allorché sia in discussione l'applicazione di una misura di sicurezza. Introducendo quello che si può descrivere come un doppio automatismo espulsivo (obbligo di diniego o di rifiuto di rinnovo del permesso di soggiorno gravante sul questore al ricorrere di una condanna per determinati reati ai sensi degli artt. 4, c.3 e 5, c.5, T.U.I., dal quale discende l'obbligo del prefetto di disporre l'espulsione ai sensi dell'art. 13, c.2, lett b), T.U.I.), il legislatore del 2002 ha voluto dunque privare l'autorità amministrativa di qualsivoglia discrezionalità nella determinazione delle ragioni che giustificassero il diniego del permesso di soggiorno allo straniero per ragioni di pericolosità desumibili da condanne penali precedenti.

Tale assetto normativo è stato poi "salvato" dalla stessa Corte costituzionale, la quale ha riconosciuto l'ampia discrezionalità del legislatore nel ponderare le esigenze di sicurezza e ordine pubblico con il diritto individuale all'ingresso e alla circolazione nel territorio dello Stato (in questo caso ricondotto all'art. 16 Cost. anziché all'art. 13, come era avvenuto nella sentenza del 1995 sull'espulsione penale successiva)<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Cass. civ., Sez. I, 30 agosto 2002, n. 12721; analogamente, più di recente, Cass. civ., Sez. VI, 8 settembre 2011, n. 18482.

<sup>47</sup> L. 30 luglio 2002, n. 189, rubricata "Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo".

<sup>48</sup> *Inter alias*, Cass., Sez. III, 21 dicembre 2009, n. 48937.

<sup>49</sup> Corte cost. n. 58/1995.

<sup>50</sup> Corte Cost. n. 148/2008; critico a riguardo M. SAVINO, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, XV, 3/2013, pp. 37-56.

In particolare, argomenta la Consulta, la scelta del legislatore di determinare i requisiti di indesiderabilità dello straniero ai fini di tutela di interessi pubblici differenziandoli da quelli alla base del giudizio di pericolosità in sede penale non è manifestamente irragionevole. Analogamente, la Corte sostiene la non manifesta irragionevolezza dell'inclusione fra gli stessi requisiti di indesiderabilità di una condanna per reati in materia di stupefacenti, data la contiguità probabile di tali condotte con la realtà della criminalità organizzata, aggiungendo infine che l'espulsione non è configurabile come una sanzione di natura penale, bensì meramente amministrativa. In questa circostanza, pertanto, il sindacato svolto dalla Consulta è meramente estrinseco, volto cioè a verificare che la scelta legislativa non sia manifestamente irragionevole, senza considerarne il merito. Nel caso in questione, il principio di stretta legalità invocato dalla Corte costituzionale (il questore prima e il prefetto poi non valutano se lo straniero è pericoloso in concreto, ma l'uno nega il titolo di soggiorno e l'altro dispone l'espulsione basandosi esclusivamente sulla sussistenza di una determinata condanna penale) serve, invero, lo scopo di spogliare la pubblica amministrazione di qualsiasi potere discrezionale, riducendola al mero ruolo di esecutore di determinazioni arbitrarie del legislatore, che avoca a sé una inusitata discrezionalità. Tale obbiettivizzazione della valutazione della pericolosità del soggetto, dipendente solo dall'integrazione di un parametro legislativo specifico, esclude la considerazione di qualsiasi ragione che, diversamente, varrebbe a prevenire l'irrogazione di una misura amministrativa tanto afflittiva per lo straniero (es. la particolare tenuità, sotto il profilo della pericolosità sociale, del fatto oggetto di condanna<sup>51</sup>). Quanto illustrato vale *a fortiori* se si pone mente a quanto detto con riferimento alla resistenza dei giudici di merito e legittimità in ordine alla configurabilità del sindacato incidentale sull'atto di accertamento del questore (v. *supra* § 2.1).

Per quanto riguarda l'espulsione prefettizia nei casi di clandestinità, si tratta di un'ipotesi che non sottopone i problemi di vaglio giurisdizionale delle altre due ipotesi di cui all'art. 13, c.2, T.U.I., in quanto la determinazione dello status dello straniero richiede un mero accertamento in due fasi, volto alla verifica dell'irregolarità dell'ingresso (cioè della mancanza di un valido titolo per entrare nel Paese) prima e al riscontro del mancato respingimento (inesistenza dell'apposito decreto) poi.

#### **4. Quale criterio di riparto?**

Atteso che la normativa corrente prevede due fori separati per l'impugnazione del provvedimento di espulsione, a seconda che esso sia disposto dal Ministro dell'interno o dal prefetto, vale la pena, prima di

---

<sup>51</sup> TAR Emilia-Romagna, Sez. II, 27 giugno 2012, n. 443.

riflettere sui presupposti teorici del riparto della giurisdizione fra i due giudici, interrogarsi sulla legittimità costituzionale della soluzione adottata dal legislatore.

Sul punto si è pronunciata la Corte costituzionale, la quale ha riconosciuto, in due sentenze a distanza di pochi mesi, che, ai sensi dell'art. 113 Cost.<sup>52</sup>, rientra nella discrezionalità del legislatore la ripartizione della giurisdizione di una determinata materia, a seconda della tipologia e del contenuto dell'atto, fra il giudice ordinario e quello amministrativo e che, parimenti, la legge ordinaria può conferire al giudice ordinario anche il potere di annullare atti della pubblica amministrazione anziché poterli disapplicare soltanto<sup>53</sup>. Le pronunce della Consulta sembrano pertanto sorvolare sul problema dell'assenza, nella materia del diritto dell'immigrazione, di un'espressa attribuzione al giudice ordinario da parte della legge del potere di annullare un atto della pubblica amministrazione. Infatti, come è noto, l'art. 4, c.2 dell'allegato E alla legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo<sup>54</sup> detta al giudice ordinario un divieto di revocare o modificare un atto amministrativo, se non dietro ricorso alle competenti autorità amministrative. Il superamento per via giurisprudenziale di tale limite (che, per quanto risalente, è tuttora in vigore) desunto dall'attribuzione al giudice ordinario della giurisdizione sulle espulsioni disposte dall'autorità prefettizia apre la strada, nel caso di impugnazione di provvedimenti vincolati, alla facoltà del giudice di conoscere anche gli eventuali elementi fattuali che stiano alla base di una decisione negativa della pubblica amministrazione (con ciò fondando anche il potere di sindacato incidentale che la stessa Corte costituzionale già riconobbe nelle stesse sentenze di cui sopra, seppur dinanzi a una giurisprudenza di merito e legittimità di segno prevalentemente opposto, v. *supra* §2.1).

Se, dunque, tale sdoppiamento della giurisdizione supera il vaglio di legittimità costituzionale e consente quindi al giudice ordinario di apprestare una tutela (almeno nelle intenzioni del legislatore) più effettiva e tempestiva nei confronti di chi si rivolga a tale organo<sup>55</sup>, rimane tuttavia poco chiaro il criterio di riparto concettuale sottostante a tale assetto della tutela giurisdizionale in tema di immigrazione. È dato pacifico che, tradizionalmente, la linea di demarcazione fra la giurisdizione del giudice ordinario e quella del

---

<sup>52</sup> “Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa ... La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”.

<sup>53</sup> Corte Cost. ord. nn. 165/2001 e 414/2001.

<sup>54</sup> L. 20 marzo 1865, n. 2248.

<sup>55</sup> A tale aspirazione riconduce la *ratio* del regime corrente P.L. DI BARI, *Doppia tutela giurisdizionale in materia di soggiorno ed espulsione dello straniero ovvero la strada tortuosa per raggiungere un giudice a Berlino*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2002, pp. 101 ss.

giudice amministrativo corra lungo il confine che distingue le controversie aventi ad oggetto i diritti soggettivi da quelle in cui sia fatta questione di interessi legittimi (art. 103 Cost.<sup>56</sup> e art. 7 c.p.a.<sup>57</sup>).

Tuttavia, questa distinzione non pare reggere con riferimento al riparto di giurisdizione in tema di espulsione dello straniero: la situazione giuridica soggettiva in questione non sembra infatti mutare a seconda che il provvedimento sia disposto dal Ministro dell'interno o dal prefetto. D'altronde, in entrambe le situazioni il diritto dello straniero a permanere sul territorio dello Stato sopravvive fintanto che lo stesso soggetto sia autorizzato alla permanenza dall'autorità amministrativa e non costituisca un pericolo per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale; qualora le circostanze travalichino i limiti previsti, la pubblica autorità è legittimata ad intervenire incidendo sulla sfera giuridica dello straniero con un provvedimento di allontanamento. Tale situazione giuridica soggettiva ricade nella fattispecie dell'interesse legittimo oppositivo e, pertanto, la cognizione sulla sua impugnazione dovrebbe spettare al solo giudice amministrativo e non anche, come accade in un ragguardevole numero di casi, al giudice ordinario<sup>58</sup>. D'altronde, pur incidendo anche sulla libertà personale dello straniero, si tratterebbe comunque di un caso di "cattivo esercizio" di un potere legittimamente conferito all'autorità, non di un caso di esercizio di un potere inesistente in capo alla stessa. Si ritiene pertanto inadeguata la dicotomia classica diritti soggettivi-interessi legittimi per giustificare il sindacato del giudice ordinario su prerogative degli stranieri che, di norma, sarebbero di cognizione del giudice amministrativo.

Parimenti inutile a fini classificatori appare il tentativo di tracciare la linea di confine distinguendo tra giurisdizione che ha a oggetto un'attività discrezionale (in ipotesi, quella amministrativa sulle espulsioni ministeriali) e giurisdizione che ha a oggetto un'attività a natura vincolata (espulsioni prefettizie): per quanto tale costruzione possa astrattamente reggere con riferimento alla prima qualificazione, non vale per la seconda allorché si consideri l'espulsione preventiva a norma dell'art. 13, c.2, lett c), T.U.I. Infatti, la disposizione rinvia a una serie di fattispecie nelle quali è implicita una valutazione discrezionale dell'autorità prefettizia ai fini della determinazione della pericolosità prospettica dello straniero; sintomo di tale discrezionalità si rintraccia, peraltro, nello scrutinio penetrante prescritto in materia dalla Corte di cassazione, che ha sancito l'obbligo di un accertamento in concreto e ha escluso l'applicabilità di presunzioni assolute in materia (v. *supra* §2.2).

---

<sup>56</sup> *"Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi ..."*.

<sup>57</sup> D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, cd. Codice del processo amministrativo: *"Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi ..."*.

<sup>58</sup> S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato italiano*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2/2017, pp. 584 ss.

Incapace di spiegare il riparto di giurisdizione corrente è, infine, anche l'ormai superata teoria cd. dell'affievolimento o dei diritti indegradabili, secondo la quale il giudice ordinario conoscerebbe le controversie relative a quei diritti che, per la loro particolare natura, siano insuscettibili di compressione da parte dell'esercizio del potere amministrativo<sup>59</sup>; infatti, questo criterio è facilmente confutabile nel caso di specie osservando come la tutela avverso l'esercizio di poteri amministrativi incidenti in concreto sulla situazione giuridica soggettiva di un soggetto, anche assoluta (es. libertà personale), sia devoluta al giudice amministrativo, in evidente contraddizione all'assunzione di base della teoria della degradazione<sup>60</sup>.

Non potendosi pertanto fare ricorso ad alcuno dei criteri di riparto tradizionali, è inevitabile descrivere l'assetto della tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti di espulsione come irriducibile a un unico principio ordinatore, in quanto piuttosto orientata a fini concreti di speditezza dei procedimenti<sup>61</sup>, o comunque rispondente a un canone atipico: il legislatore rinuncia alla coerenza della propria impostazione teorica per disegnare un sistema che pare volto, in primis, ad assicurare l'effettività della tutela.

A tal fine, vi è chi ritiene che rimanga sottoposta alla giurisdizione del giudice amministrativo la verifica, oltre che della legittimità, altresì della ragionevolezza e della proporzionalità dell'esercizio di un potere pubblico, anche in un ambito in cui la determinazione della pericolosità di un individuo per l'ordine o la sicurezza pubblica rientra pur sempre nella sfera della discrezionalità amministrativa; pur riconoscendo che tale attività sia passibile di incidere su situazioni giuridiche soggettive fondamentali degli stranieri, viene così ritenuto adeguato l'incardinamento della giurisdizione presso il giudice tradizionale della pubblica amministrazione, investito del compito di effettuare un bilanciamento concreto fra l'interesse pubblico e quello individuale dello straniero<sup>62</sup>. In quest'ottica, la giurisdizione del giudice ordinario si giustificerebbe, invece, ravvisando come la verifica sul corretto esercizio del potere amministrativo cagioni una diretta incisione di situazioni giuridiche fondamentali degli stranieri, che, in quanto tali, non sono suscettibili di costituire oggetto del bilanciamento di cui sopra con interessi pubblici, essendo pertanto conoscibili dal giudice dei diritti.

Peraltro, sia consentito notare come la distinzione fra incisione diretta e indiretta della situazione giuridica soggettiva dello straniero sembra convincere maggiormente se riferita al riparto di giurisdizione in tema di immigrazione in generale, dstando invece alcune perplessità qualora limitata al campo dei provvedimenti di espulsione.

## **5. La necessità di uno standard di tutela omogeneo**

---

<sup>59</sup> F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, pp. 128 ss.

<sup>60</sup> M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1/2018, p. 224.

<sup>61</sup> S. D'ANTONIO, *op. cit.*, p. 592.

<sup>62</sup> M. NOCCELLI, *op. cit.*, pp. 225-226.

L'analisi delle differenze intercorrenti fra il giudizio innanzi al giudice amministrativo e quello dinanzi al giudice ordinario rende evidente l'esistenza di un'asimmetria di tutela per i destinatari di provvedimenti di espulsione a seconda che gli stessi siano disposti dall'una o dall'altra autorità dotata di suddetto potere pubblico ablatorio. Giova notare come un tale esercizio della discrezionalità del legislatore nella materia in questione, per quanto riconosciuto come costituzionalmente legittimo, ha l'esito di minare, con riferimento a un certo numero di casi, la protezione di alcuni diritti fondamentali degli stranieri, primo fra tutti il diritto alla libertà personale. Proprio alla luce di tale conseguenza, si ritiene sia da condividere l'opinione che tutte le controversie in materia di espulsione (e, addirittura, nell'intera materia dell'immigrazione) andrebbero devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, non facendosi in realtà, in questo caso, questione alcuna di interessi legittimi ma trattandosi sempre di diritti soggettivi<sup>63</sup>.

Un'altra ragione per cui si sostiene che sarebbe opportuno concentrare la tutela delle situazioni giuridiche soggettive degli stranieri davanti a una medesima sede giurisdizionale è legata alla stretta connessione che lega l'espulsione prefettizia vincolata agli atti amministrativi ad essa presupposti. Infatti, data l'impugnabilità dei primi davanti alla giurisdizione ordinaria e dei secondi dinanzi a quella amministrativa, può facilmente venire a determinarsi, a causa della tendenziale maggior lentezza della definizione del giudizio in sede amministrativa rispetto a quello in sede ordinaria, una situazione paradossale per cui il giudice ordinario si pronuncia sulla legittimità del provvedimento di espulsione prima che il giudice amministrativo abbia definito il giudizio sull'esistenza dei requisiti dell'atto presupposto, in carenza dei quali il prefetto non avrebbe avuto titolo a disporre l'espulsione<sup>64</sup>. Per evitare di dover far fronte a giudizi divergenti, dovuti ad esempio all'intervento di una pronuncia di illegittimità dell'atto presupposto che segua un giudizio che abbia accertato la legittimità del decreto di espulsione, sarebbe pertanto opportuno che anche il sindacato sugli atti di competenza del questore o comunque delle altre amministrazioni pubbliche ai quali consegue automaticamente l'obbligo di disporre l'espulsione fosse devoluto alla giurisdizione ordinaria (almeno fintanto che non sia percorribile la strada della sospensione del giudizio in sede civile per la sussistenza di una pregiudizialità giuridica e non di mero fatto fra le due questioni).

Tuttavia, anche ammettendo di condividere la posizione che identifica nell'autorità giudiziaria ordinaria l'organo che offre la più efficace garanzia giurisdizionale allo straniero espulso, vi sarebbe comunque la

---

<sup>63</sup> Associazione Studi Giuridici per l'Immigrazione, proposte di riforma legislativa per la legislatura 2013-2018, Gennaio 2013, Paragrafo IX, *Un processo equo e unitario*, disponibile all'url: [http://old.asgi.it/public/parser\\_download/save/i.10.punti.di.riforma.asgi.2013012.pdf](http://old.asgi.it/public/parser_download/save/i.10.punti.di.riforma.asgi.2013012.pdf) (ultimo accesso 30 ottobre 2018).

<sup>64</sup> N. ZORZELLA, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 4/2006, pp. 39-40.

necessità di riformare la disciplina della competenza del giudizio di impugnazione del decreto di espulsione. Infatti, ad oggi, competente a conoscere il ricorso avverso il provvedimento prefettizio è il giudice di pace del luogo in cui abbia sede la prefettura che abbia disposto l'allontanamento dello straniero. Come noto, l'organo in questione nasce per ragioni deflative del carico pendente dinanzi ai giudici "togati" e svolge funzioni in larga parte conciliative, senza attribuzione di alcun potere di comminare sanzioni penali limitative della libertà personale. Inoltre, si tratta di carica onoraria e non soggetta a valutazioni periodiche come avviene per i magistrati comuni. Tali circostanze pongono in dubbio l'opportunità di delegare a tale autorità l'esercizio di un potere passibile di spiegare effetti tanto incisivi sulla sfera giuridica dei soggetti ricorrenti e sollecitano un ripensamento della disciplina attuale, per esempio in favore di uno spostamento della competenza in materia in capo al tribunale in composizione monocratica<sup>65</sup>.

D'altronde, una riforma della giurisdizione (e, all'interno di essa, della competenza) in tema di immigrazione appare l'unica via percorribile per garantire l'eguaglianza in giudizio e la pienezza della tutela giurisdizionale allo straniero, atteso che la giurisprudenza tanto di legittimità quanto di merito ha ritenuto, sulla scorta della scelta discrezionale del legislatore in tema di riparto di giurisdizione, di sottoporre provvedimenti analoghi in quanto agli effetti ma differenti per ciò che concerne l'autorità disponente a sindacati di natura diversa, così impedendo il consolidamento di uno standard di tutela omogeneo in materia.

---

<sup>65</sup> Associazione Studi Giuridici per l'Immigrazione, *op. cit.*



# Parte II



# La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri

**di Laura Montanari**

Professore ordinario di Diritto pubblico comparato  
Università degli Studi di Udine

**Sommario:** **1.** Premessa: inevitabilità delle migrazioni e loro impatto. **2.** Le differenze tra cittadini e non cittadini, qual è il discrimine? **3.** Titolarità e godimento dei diritti da parte degli stranieri. **4.** Considerazioni conclusive.

## **1. Premessa: inevitabilità delle migrazioni e loro impatto**

Il tema di questo intervento è molto ampio, ma la scelta di analizzare la giurisprudenza della Corte costituzionale nasce dalla constatazione che lo studio dei diritti degli stranieri trova nell'opera della Corte un punto di riferimento essenziale: controllando la legittimità degli atti del legislatore, infatti, quest'ultima ha progressivamente delineato lo statuto dello straniero, attraverso una lettura della Carta fondamentale che non si ferma al dato testuale delle disposizioni<sup>1</sup>.

E' ovviamente impossibile ricostruire in questa sede tutta la giurisprudenza costituzionale in materia, mi limiterò perciò a tratteggiare alcuni quadri, finalizzati a mettere in evidenza le peculiarità della posizione dello straniero e, soprattutto, la problematicità dell'approccio che il nostro Paese mantiene nei confronti del fenomeno migratorio.

Prima di affrontare il caso italiano, però, può essere opportuno – in premessa – ribadire la necessità di una lettura globale delle tematiche in oggetto, non limitata alla situazione contingente di un singolo Stato, così da poter meglio cogliere i problemi ma anche le potenzialità delle migrazioni. In tale prospettiva è particolarmente utile avvicinare gli studi giuridici a quelli dei cultori di altre discipline, come quelle sociologiche e demografiche, ma anche storiche, filosofiche ed economiche, come è avvenuto nel Convegno da cui trae spunto questo contributo. Le riflessioni dei giornalisti più avveduti offrono anch'esse interessanti sollecitazioni. Si possono citare i titoli di due recenti volumi – entrambi pubblicati

---

<sup>1</sup> Numerosi sono i contributi che ricostruiscono la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, si possono citare: G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storica costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007; AAVV, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, atti del XXIV Convegno annuale dell'AIC; A. RUGGERI, *Note introduttive a uno studio sui diritti e sui doveri costituzionali degli stranieri*, in *Rivista AIC*, 2/2011; M. CARTABIA, *Gli «immigrati» nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR e A. SPADARO (a cura di), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Napoli, 2016, pp. 1 ss.; M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, pp. 41 ss.

nel 2016 – indicativi della complessità della situazione attuale: Domenico Quirico, *Esodo. Storia del nuovo millennio* e Massimo Franco, *L'assedio. Come l'immigrazione sta cambiando il volto dell'Europa e la nostra vita quotidiana*. I contenuti sono ovviamente molto articolati, ma i titoli (al di là di chi abbia operato la scelta) sono certamente evocativi<sup>2</sup>.

Si può partire, dunque, da alcune considerazioni che emergono da studi non giuridici e cioè dalla constatazione della “normalità” del fenomeno migratorio, dalla sua presenza costante nella storia dell’umanità, seppur diversamente caratterizzato nelle varie epoche. Nel loro libro *Libertà di migrare*, Valerio Calzolaio e Telmo Pievani affondano l’analisi nelle origini dell’umanità, ripercorrendo l’evoluzione storica sino all’epoca contemporanea<sup>3</sup>. Ma anche guardando ai periodi a noi più vicini, gli studiosi sono in grado di individuare delle costanti che caratterizzano il fenomeno migratorio: «Anche se ogni migrazione ha qualcosa di suo da raccontare, in realtà molti aspetti si ripetono nel tempo, specialmente per i possenti movimenti di persone che si susseguono dall’inizio della rivoluzione industriale. Tre parole si rincorrono sempre nelle storie migratorie: necessità, selezione, integrazione»<sup>4</sup>.

Ciò non significa perdere di vista le peculiarità della situazione in un certo momento storico (quello attuale) e in un certo ambito geografico (quello europeo), ma aiuta a allargare la prospettiva di analisi, a verificare i dati, a mettere alla prova le valutazioni espresse. Questo serve, ad esempio, a ridimensionare l’impatto del fenomeno sul piano economico e sociale, anche con riferimento al mercato del lavoro<sup>5</sup>.

La prospettiva globale porta poi a ridimensionare la posizione dell’Europa rispetto agli altri Continenti e dei Paesi dell’UE rispetto ad altri Paesi dell’area mediterranea, con riferimento in particolare all’accoglienza delle persone che fuggono dai conflitti<sup>6</sup>.

In ogni caso, ciò che emerge è soprattutto l’ampiezza e l’inevitabilità del fenomeno. Il rapporto pubblicato dall’Organizzazione internazionale per le migrazioni nel 2018, indica con riferimento al 2015 ben 244 milioni di migranti internazionali nel mondo, pari al 3.3% della popolazione globale, rilevando come «the prominence of migration as a public policy issue and newsworthy topic has perhaps never been more pronounced»<sup>7</sup>. La stessa Comunità internazionale ha ben presente la necessità di affrontare a livello

---

<sup>2</sup> Per i riferimenti completi: D. QUIRICO, *Esodo. Storia del nuovo millennio*, Vicenza, 2016 e M. FRANCO, *L'assedio. Come l'immigrazione sta cambiando il volto dell'Europa e la nostra vita quotidiana*, Milano, 2016.

<sup>3</sup> V. CALZOLAIO, T. PIEVANI, *Libertà di migrare*, Torino, 2016.

<sup>4</sup> S. ALLIEVI, G. DELLA ZUANNA, *Tutto quello che non vi hanno mai detto sull'immigrazione*, Roma-Bari, 2016, p. 3.

<sup>5</sup> Diversi Autori propongono un’analisi articolata del fenomeno, mettendo in luce anche le ricadute positive sul piano del lavoro e della gestione complessiva del *welfare*; si possono richiamare tra gli altri S. ALLIEVI, G. DELLA ZUANNA, *Tutto quello che non vi hanno mai detto sull'immigrazione*, op. cit.; S. Allievi, *Immigrazione. Cambiare tutto*, Roma-Bari, 2018; T. BOERI, *Populismo e stato sociale*, Roma-Bari, 2017; M. McBRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano – Una prospettiva giuslavoristica*, Bari, 2017.

<sup>6</sup> Si possono vedere i dati riportati nel *World Migration Report 2018*, pubblicato dall’ International Organisation for Migration e reperibile all’indirizzo internet [https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr\\_2018\\_en.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_en.pdf).

<sup>7</sup> *Ivi*, *Introduzione*, p. 2 e 1.

globale il fenomeno, come emerge dalla *New York Declaration for Refugees and Migrants* del 19 settembre 2016: «we acknowledge a shared responsibility to manage large movements of refugees and migrants in a humane, sensitive, compassionate and people-centred manner»<sup>8</sup>.

E', dunque, in questo contesto che vanno necessariamente collocate e analizzate le scelte dell'Italia. Il dibattito pubblico è oggi focalizzato sul tema delle persone che richiedono una forma di protezione internazionale, tenuto conto dell'impatto che per ragioni anche geografiche tale fenomeno ha sul nostro Paese. In questo intervento, tuttavia, non ci si occuperà della posizione di questi soggetti, che dovrebbe essere – almeno teoricamente – definita dalla normativa internazionale ed europea pertinente, né ci si occuperà dei cittadini europei, considerata la peculiarità del loro *status*. Ci si concentrerà, invece, sui diritti riconosciuti agli stranieri non comunitari – i cittadini dei Paesi terzi –, mettendo in luce, quando necessario, le differenze tra la situazione degli immigrati regolari e di quelli irregolari. E' dalle scelte fatte nei confronti di queste persone, infatti, che emerge con maggiore evidenza l'approccio dell'Italia al fenomeno migratorio, che può essere valutato alla luce delle considerazioni generali prima svolte.

Il testo è articolato in due parti: la prima si concentrerà sulla fondamentale differenza tra cittadini e stranieri, costituita – come vedremo – dal diritto di entrare (e uscire) liberamente nel territorio dello Stato; nella seconda verrà sviluppata una riflessione più ampia sugli altri diritti, per cercare di evidenziare alcune linee di tendenza.

## **2. Le differenze tra cittadini e non cittadini, qual è il discrimine?**

La riflessione sul tema dei diritti umani, sollecitata anche dallo sviluppo sempre più ampio di sistemi internazionali di garanzia, tende – almeno sul piano teorico – ad affievolire le distanze tra cittadino e straniero: i diritti fondamentali spettano alla persona in quanto tale, a prescindere dal suo rapporto giuridico (di cittadinanza/appartenenza) con lo Stato. Tuttavia, prima di riflettere sull'effettiva estensione dei diritti, nel nostro ordinamento, ai non cittadini, è opportuno soffermare l'attenzione su quella che rimane la differenza fondamentale tra cittadini e stranieri, che è costituita dal diritto di entrare ed uscire liberamente dal territorio dello Stato e di non essere espulsi<sup>9</sup>. Tutti gli altri diritti, a mio parere anche il diritto di voto, possono essere estesi agli stranieri, ma il presupposto è sempre la presenza (regolare... ma per alcuni diritti anche irregolare) sul territorio dello Stato<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> V. Resolution adopted by the General Assembly on 19 September 2016, A/RES/71/1, in particolare p.to 11; il documento offre importanti elementi di riflessione nella prospettiva di un "governo" globale del fenomeno migratorio.

<sup>9</sup> Lo spunto è tratto dalle significative riflessioni di G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, pp. 37 ss.

<sup>10</sup> Per una critica a questa impostazione, v. ad esempio E. CODINI, *La cittadinanza. Uno studio sulla disciplina italiana nel contesto dell'immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2017, spec. pp. 28 ss.

Gli strumenti internazionali così come le Costituzioni, compresa quella italiana, riconoscono il diritto ad emigrare<sup>11</sup>, ma a questo non corrisponde – per quanto l’asimmetria possa sembrare contraddittoria – un diritto ad immigrare. Non vi è il diritto di entrare nel territorio di uno Stato diverso da quello di cui si ha la cittadinanza. Il paradigma ancora oggi è quello dello Stato nazionale e dei suoi confini, come conferma la Corte costituzionale nelle sue decisioni. Anzi, nella realtà, in molti casi l’ingresso non viene garantito neppure ai soggetti meritevoli di protezione internazionale, cui spetterebbe di diritto almeno sino alla fine dell’esame della loro domanda.

Si può citare la sentenza 62 del 1994, in materia di espulsione, in cui la Corte svolge delle considerazioni molto precise e forti su questi aspetti: «l’essere il cittadino parte essenziale del popolo o, più precisamente, il "rappresentare, con gli altri cittadini, un elemento costitutivo dello Stato" comporta in capo allo stesso il "diritto di risiedere nel territorio del proprio Stato senza limiti di tempo" e il diritto di non poterne essere allontanato per alcun motivo. Al contrario, la mancanza nello straniero di un legame ontologico con la comunità nazionale, e quindi di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano, *conduce a negare allo stesso una posizione di libertà in ordine all’ingresso e alla permanenza nel territorio italiano*, dal momento che egli può "entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni (revocabili in ogni momento) e, per lo più, per un periodo determinato"» (corsivo aggiunto)<sup>12</sup>.

La frase richiamata esemplifica l’elemento differenziale tra cittadino e straniero, il c.d. diritto di incolato, di cui si è detto, ma nello stesso tempo pone un problema di lettura complessiva del fenomeno migratorio che si può riassumere in una domanda: la figura di straniero che oggi rileva è ancora quella di chi si ferma nel territorio dello Stato “per un periodo determinato”?<sup>13</sup>. In altri termini, è questo il quadro in cui ci collochiamo? La migrazione basata sui bisogni dei Paesi ospitanti, la migrazione circolare cui fa riferimento anche l’UE è davvero la prospettiva corretta per leggere i fenomeni che stiamo vivendo oggi? L’impostazione appena richiamata è alla base del ragionamento – pur svolto anche alla luce di altri principi – con cui la Corte ha “salvato” il c.d. reato di clandestinità<sup>14</sup>. Chiamata a pronunciarsi sull’art. 10 bis del TU sull’immigrazione, introdotto con la legge 94 del 2009, la Corte ha precisato che la norma non

---

<sup>11</sup> Cfr., a titolo d’esempio, l’art. 12, c. 2 del Patto sui diritti civili e politici «2. Ogni individuo è libero di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio»; l’art. 2, c. 2 del Prot. IV della Cedu «2. Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il suo» e l’art. 16, c. 2 della Cost. italiana «Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge».

<sup>12</sup> Corte cost., sent. 94 del 2009, spec. p.to 4. Le sentenze della Corte costituzionale sono reperibili nel sito Consulta Online, all’indirizzo internet <http://www.giurcost.org/>

<sup>13</sup> Nella sent. 104 del 1969 la Corte parlava per lo straniero di un rapporto con lo Stato acquisito e “generalmente temporaneo”, cons. dir. p.to 4.

<sup>14</sup> Corte cost., sent. 250 del 2010.

penalizza una mera «condizione personale e sociale» – quella, cioè, di straniero «clandestino»<sup>15</sup> (o, più propriamente, «irregolare»), bensì un comportamento trasgressivo di norme vigenti, cioè «fare ingresso» e «trattenersi» nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni nazionali. Il bene giuridico protetto viene riconosciuto dalla Corte «nell’interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria».

«È incontestabile, in effetti, che *il potere di disciplinare l’immigrazione rappresenti un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio*». La regolamentazione dell’ingresso e del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato viene collegata dalla Corte alla ponderazione di una pluralità di interessi pubblici (tra cui vengono ricordati a titolo esemplificativo: la sicurezza e la sanità pubblica, l’ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione), mettendo in luce la necessità di valutare anche la «“sostenibilità” socio-economica del fenomeno»<sup>16</sup>.

Il ragionamento prosegue, quindi, offrendo ulteriori indicazioni sulla lettura complessiva del fenomeno migratorio e del ruolo dell’intervento dello Stato. Citando i propri precedenti la Corte afferma che «le ragioni della solidarietà umana non sono di per sé in contrasto con le regole in materia di immigrazione previste in funzione di un ordinato flusso migratorio e di un’adeguata accoglienza ed integrazione degli stranieri» (ordinanze n. 192 e n. 44 del 2006, n. 217 del 2001) e aggiunge che ciò avviene nella cornice di un «quadro normativo [...] che vede regolati in modo diverso – anche a livello costituzionale (art. 10, terzo comma, Cost.) – l’ingresso e la permanenza degli stranieri nel Paese, a seconda che si tratti di richiedenti il diritto di asilo o rifugiati, ovvero di c.d. “migranti economici”» (sentenza n. 5 del 2004; ordinanze n. 302 e n. 80 del 2004). Di conseguenza, «in materia *il legislatore fruisce [ , dunque, ] di ampia discrezionalità nel porre limiti all’accesso degli stranieri nel territorio dello Stato*, all’esito di un bilanciamento dei valori che vengono in rilievo: discrezionalità il cui esercizio è sindacabile da questa Corte solo nel caso in cui le scelte operate si palesino manifestamente irragionevoli (ex plurimis, sentenze n. 148 del 2008, n. 361 del 2007, n. 224 e n. 206 del 2006) e che si estende, secondo quanto in precedenza osservato, anche al versante della selezione degli strumenti repressivi degli illeciti perpetrati»<sup>17</sup> (corsivo aggiunto).

<sup>15</sup> V. su questo termine le acute considerazioni di E. BETTINELLI, *Il clandestino: persona senza status?*, in M. D’AMICO, B. RANDAZZO, *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 127 ss.

<sup>16</sup> Corte cost., sent. 250 del 2010, cons. dir. 6.2 e 6.3.

<sup>17</sup> Corte cost., sent. 250 del 2010, cons. dir. 6.8. Anche la sentenza 62 del 1994, e le precedenti che la Corte richiama, sviluppano il medesimo ragionamento: «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

Anche in questo caso si è scelto di fare un ampio richiamo alla motivazione dei giudici costituzionali, perché la stessa conferma la rilevante discrezionalità di cui lo Stato gode nella definizione dei criteri per l'entrata nel suo territorio: le sue scelte possono essere sindacate solo se “manifestamente irragionevoli”. Per altro aspetto, la Corte ripropone la distinzione tra la posizione di coloro che richiedono la protezione internazionale dagli altri, dai c.d. “migranti economici”. Anche in questo caso si può formulare una domanda: questa distinzione regge ancora oggi? Chi scappa da situazioni di grave povertà o da crisi ambientali può essere considerato un migrante economico?<sup>18</sup>

Questa impostazione – a mio parere problematica– trova sostegno nelle politiche europee, come emerge anche dai documenti più recenti. Nell'Agenda europea sulla migrazione 2015 si legge che «L'Europa deve continuare ad essere *un rifugio per chi teme persecuzioni e una destinazione attraente per il talento e l'intraprendenza di lavoratori, studenti e ricercatori*. Onorare i nostri impegni internazionali e tener fede ai valori dell'Unione proteggendo comunque le nostre frontiere e instaurando nel contempo condizioni propizie alla prosperità economica e alla coesione sociale in Europa implica la ricerca di un difficile equilibrio, raggiungibile solo con un intervento coordinato a livello europeo» (corsivo aggiunto)<sup>19</sup>.

Nell'ambito di quelli che vengono definiti i “Pilastri per gestire al meglio la migrazione” viene ipotizzata anche “una nuova politica di migrazione legale”<sup>20</sup>. Nella parte dedicata alle “Prospettive”, tale obiettivo è declinato con una specifica attenzione alle esigenze economiche. Dopo aver ribadito la competenza degli Stati membri a «decidere se ammettere migranti economici», la Commissione si propone di «vagliare la possibilità di sviluppare, insieme agli Stati membri, un “sistema di manifestazione d'interesse”: in base a criteri verificabili sarebbe effettuata automaticamente una selezione iniziale dei potenziali migranti, dalle cui liste i datori di lavoro sarebbero invitati a selezionare i candidati prioritari, e la migrazione avverrebbe

---

un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli (v. sentt. nn. 144 del 1970 e 104 del 1969): cons. dir. p.to 4.

<sup>18</sup> Sulle migrazioni ambientali, v. V. CALZOLAIO, T. PIEVANI, *Libertà di migrare, op. cit.*, pp. 98 ss.; S. ALTIERO, M. MARANO, *Crisi ambientale e migrazioni forzate*, 2016, pubblicato dall'Associazione A Sud – CDCA, reperibile all'indirizzo internet <http://asud.net/wp-content/uploads/2016/07/Crisi-ambientali-e-migrazioni-forzate-def.pdf> e A. BRAMBILLA, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2017.

<sup>19</sup> *Agenda europea sulla migrazione*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Bruxelles, 13.5.2015 COM(2015) 240 final, Introduzione, p. 2.

<sup>20</sup> Il documento, dopo aver individuato come “Azione immediata” quella di salvare vite umane in mare (cui si collegano: combattere le reti criminali di trafficanti; far fronte al gran numero di migranti in arrivo nell'UE: la ricollocazione; un approccio comune sugli sfollati bisognosi di protezione: il reinsediamento; collaborare con i paesi terzi per affrontare a monte la questione della migrazione; usare gli strumenti dell'UE per aiutare gli Stati membri in prima linea), propone “Quattro pilastri per gestire al meglio la migrazione”, così definiti: Ridurre gli incentivi alla migrazione irregolare; Gestire le frontiere: salvare vite umane e rendere sicure le frontiere esterne; Onorare il dovere morale di proteggere: una politica comune europea di asilo forte; Una nuova politica di migrazione legale.

soltanto una volta offerto il lavoro. Ciò permetterebbe di creare un “pool europeo” di migranti qualificati, accessibile sia ai datori di lavoro che alle autorità degli Stati membri, fermo restando che l’effettiva procedura di selezione e ammissione sarebbe nazionale e basata sulle reali esigenze degli Stati membri»<sup>21</sup>. Se ritorniamo al nostro Paese, e proviamo a guardare alcuni dati, ci rendiamo conto della difficoltà di mantenere questa impostazione. L’ultimo decreto flussi per il 2018 (15 dicembre 2017) fissa la quota massima di ingressi in 30.850<sup>22</sup>. Tale numero è così suddiviso: per lavoro non stagionale e autonomo 12.850, tra cui 2400 per posizioni di alto livello; per lavoro stagionale agricolo e turistico 18.000 (con indicazione dei Paesi di provenienza). Si deve tenere conto che in queste cifre è prevista la possibilità di 9050 conversioni in permesso per lavoro subordinato e di 800 conversioni in lavoro autonomo. Nonostante questi numeri, i permessi previsti per il 2016 – gli stessi che per il 2018 e il 2017 – non sono stati pienamente utilizzati, anche per le difficoltà burocratiche<sup>23</sup>. Nello stesso tempo l’istituto della “protezione umanitaria”, prevista dall’art. 5, c. 6 del TU immigrazione, è diventato lo strumento per gestire nella realtà il fenomeno migratorio, dando spazio alle situazioni di fatto che la rigida impostazione cui si è fatto cenno non riesce ad affrontare<sup>24</sup>. Si possono citare a titolo esemplificativo due recenti decisioni: una della Corte di appello di Milano del novembre 2017 che ha ritenuto di valorizzare l’integrazione sociale e lavorativa del migrante e una del Tribunale de L’Aquila del febbraio 2018 che ha dato rilievo alla particolare situazione ambientale del Bangladesh che aveva costretto la persona interessata a lasciare il Paese<sup>25</sup>. Il recente “decreto-sicurezza”, com’è noto, è intervenuto sul punto, sopprimendo l’istituto ed introducendo specifiche e limitate ipotesi di permesso di soggiorno temporaneo (es. per calamità), rafforzando così la rigidità del sistema<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> *Agenda europea sulla migrazione, cit.*, pp. 19-20.

<sup>22</sup> Il decreto flussi per il 2019 non è stato ancora pubblicato, ma dovrebbe confermare le cifre degli ultimi anni.

<sup>23</sup> F. DE PONTI, R. ZANOTTI, *Decreto flussi, ecco i dati del flop. Permesso solo a un richiedente su tre*, in *La Stampa Italia*, all’indirizzo internet <http://www.lastampa.it/2017/07/19/italia/decreto-flussi-ecco-i-dati-del-flop-permesso-solo-a-un-richiedente-su-tre-s7LjRg6zfe4ewml7Ml8VyN/pagina.html>

<sup>24</sup> V. la scheda pubblicata sul sito dell’ASGI: C.L. CECCHINI, L. LEO, L. GENNARI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi dell’art. 5, comma 6 del D.lgs. 286/98*, all’indirizzo internet <https://www.asgi.it/le-schede/>

<sup>25</sup> Corte d’appello di Milano, Sezione delle persone, dei minori e della famiglia, 2 novembre 2017, sent. 4732 del 2017: La Corte pur in assenza di una formale domanda in sede di appello ha ritenuto sussistenti i presupposti per il rilascio di un permesso di soggiorno per ragioni umanitarie prendendo in considerazione gli aspetti personali, in particolare riconoscendo il buon livello di integrazione sociale e lavorativa consolidata da anni. Tribunale de L’Aquila, ord. 16 febbraio 2018: dopo un’ampia analisi del quadro normativo nazionale e internazionale il giudice ritiene che la vicenda del richiedente protezione e la particolare situazione del Paese giustificano l’attribuzione della protezione umanitaria.

<sup>26</sup> Cfr. d.l. 113 del 8.10.2018; sul punto v. il commento pubblicato dall’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, reperibile sul sito all’indirizzo internet <https://www.asgi.it/>

Si ritorna, dunque, alle considerazioni iniziali e alla necessità di riconoscere che i caratteri e le dimensioni del fenomeno migratorio – anche nelle sue componenti “normali”, in quanto non rientranti nei criteri previsti per le forme disciplinate a livello internazionale di rifugio e protezione sussidiaria, ma non per questo in molti casi meno drammatiche – impongono un cambio di paradigma nell’affrontare il tema dell’ingresso degli stranieri<sup>27</sup>. Non sono mancate proposte radicali che, partendo dall’universalismo dei diritti, prospettano il superamento della cittadinanza nazionale<sup>28</sup>. Si tratta di riflessioni che pur nel loro carattere utopistico scuotono le coscienze e mettono in discussione la retorica, spesso inconcludente, dei diritti umani. Tuttavia anche in una prospettiva concreta, di intervento immediato rispetto alla realtà d’oggi, è possibile immaginare soluzioni che vadano oltre i calcoli politici di breve respiro. Come segnalato in un recente scritto da Stefano Allievi, la presa in considerazione di tutti i fattori in gioco (calo demografico, evoluzione del mondo del lavoro...) potrebbe condurre a scelte in grado di conciliare le diverse esigenze e governare in modo più ragionevole una situazione comunque inevitabile<sup>29</sup>.

### 3. Titolarità e godimento dei diritti da parte degli stranieri

Se passiamo a vedere – una volta superata la questione dell’ingresso – quali diritti vengono riconosciuti agli stranieri, va innanzitutto segnalato come la Corte costituzionale, sin dalle decisioni più risalenti, abbia disatteso una interpretazione letterale delle disposizioni costituzionali, che si limiti a verificare i termini utilizzati: “cittadini”, “tutti” o “lavoratori”. Il punto di riferimento fondamentale è il principio

---

<sup>27</sup> Si vedano le interessanti riflessioni di Valerio Onida, secondo cui «una seria politica dell’immigrazione, costituzionalmente orientata, non può ignorare il fatto che ci si trova di fronte a fenomeni di massa non evitabili, in cui si manifesta peraltro l’esercizio da parte di milioni di esseri umani di una libertà (la libertà di emigrare) che le convenzioni internazionali riconoscono come diritto fondamentale, e che la nostra stessa Costituzione riconosce in capo ai cittadini»: *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, *op. cit.*, pp. 3 ss., spec. p. 18.

<sup>28</sup> Si possono citare al riguardo le considerazioni di Luigi Ferrajoli, secondo cui «E’ chiaro che nei tempi lunghi – nei quali le interdipendenze, i processi d’integrazione e le pressioni migratorie sono destinati ad accrescersi – questa antinomia tra uguaglianza e cittadinanza, tra l’universalismo dei diritti e i loro confini statalistici non potrà risolversi, per il suo carattere sempre più insostenibile ed esplosivo, che con il superamento della cittadinanza, la definitiva de-nazionalizzazione dei diritti fondamentali e la correlativa destatalizzazione delle nazionalità. Ma è anche chiaro che se si vuol pervenire gradualmente e pacificamente a questi risultati e insieme dare risposte immediate a quello che è già oggi il più grave problema dell’umanità e la più grande sfida alla democrazia, la politica e, ancor prima, la filosofia politica dovrebbero assecondare questi processi, prendendo coscienza della crisi irreversibile delle vecchie categorie della cittadinanza e della sovranità, nonché dell’inadeguatezza di quel debole rimedio alla loro valenza discriminatoria che è stato fino ad oggi il diritto d’asilo. Il diritto d’asilo ha infatti un vizio d’origine: esso rappresenta, per così dire, l’altra faccia della cittadinanza e della sovranità, ossia del limite statalistico da queste imposto ai diritti fondamentali. Tradizionalmente, inoltre, esso è sempre stato riservato ai soli rifugiati per persecuzioni politiche, o razziali o religiose, e non anche ai rifugiati per lesioni del diritto alla sussistenza»: *Una definizione del concetto di diritti fondamentali*, reperibile in <http://www.ristretti.it/areestudio/territorio/opera/documenti/approfondimento/diritti.htm>

<sup>29</sup> Cfr. S. ALLIEVI, *Immigrazione. Cambiare tutto*, *op. cit.*, v. in particolare le proposte formulate nel capitolo finale “Che fare, allora?”, pp. 117 ss.

personalistico sancito dall'art. 2 della Costituzione secondo cui «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»; ulteriormente rafforzato dall'apertura internazionale del nostro ordinamento, che sin dall'origine aveva previsto all'art. 10, c. 2 il vincolo della legislazione sugli stranieri al rispetto della disciplina internazionale («La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali»), vincolo che ora dopo la riforma dell'art. 117 della Costituzione ha assunto un carattere generale. Di particolare rilievo è ovviamente la Cedu, che introduce un catalogo di diritti che gli Stati parte si impegnano a riconoscere a tutte le persone sottoposte alla loro giurisdizione.

Anche in questo caso si possono citare alcune sentenze classiche, a partire dalla 120 del 1967, sulla disciplina dell'arresto: «Il raffronto tra la disposizione contenuta nell'art. 139 della legge doganale, secondo cui deve essere mantenuto nello stato di arresto lo straniero finché non abbia prestato idonea cauzione o malleveria, e 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, il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare [quei] diritti fondamentali». L'eguaglianza affermata dall'art. 3 vale dunque anche per gli stranieri, al di là del dato testuale, quando si tratti di assicurare i diritti fondamentali, anche se poi nel caso di specie la Corte salva la disciplina individuando una legittima giustificazione del differente trattamento. Nella successiva decisione 104 del 1969 si precisa che i diritti inviolabili della personalità, garantiti attraverso gli artt. 2 e 10 della Costituzione, sono comunque «un *minus* rispetto alla somma dei diritti di libertà riconosciuti al cittadino» e che «la riconosciuta eguaglianza di situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento»<sup>30</sup>.

La definizione dello statuto dello straniero passa perciò, come segnalato nella premessa, attraverso l'analisi delle singole fattispecie e della valutazione espressa dalla Corte in un contesto particolarmente complesso. Le classificazioni tradizionali possono comunque aiutare l'analisi, anche se i risultati non sempre corrispondono a quello che ci si potrebbe attendere.

---

<sup>30</sup> Corte cost., 104 del 1969, cons. dir. p.to 4 (in materia di comunicazione delle generalità delle persone ospitate).

a) Ciò vale, come vedremo, soprattutto per i *diritti di libertà*, che per le loro caratteristiche – come confermato nelle Carte internazionali – dovrebbero essere riconosciuti a tutti, come diritti dell’uomo incompressibili, mentre non sempre ciò corrisponde alla realtà.

Le affermazioni della Corte a questo riguardo sono molto forti. Si può citare la sentenza 105 del 2001, in materia di espulsione, dove si legge che non «[Né] potrebbe dirsi che le garanzie dell’articolo 13 della Costituzione subiscano attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti. Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, *non può 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» (corsivo aggiunto)<sup>31</sup>. Sempre con riferimento al procedimento di espulsione, la Corte è intervenuta richiedendo il rispetto delle garanzie giurisdizionali, affermando anche in questo caso che «Non è certo in discussione la discrezionalità del legislatore nel configurare uno schema procedimentale caratterizzato da celerità e articolato sulla sequenza provvedimento di polizia-convalida del giudice. Vengono qui, d’altronde, in considerazione la sicurezza e l’ordine pubblico suscettibili di esser compromessi da flussi migratori incontrollati. Tuttavia, quale che sia lo schema prescelto, *in esso devono realizzarsi i principi della tutela giurisdizionale*; non può, quindi, essere eliminato l’effettivo controllo sul provvedimento di libertate, né può essere privato l’interessato di ogni garanzia difensiva» (corsivo aggiunto)<sup>32</sup>.

La Corte tuttavia è sempre molto attenta “al rispetto” della discrezionalità del legislatore – finalizzata prevalentemente a farsi carico dei problemi di “sicurezza e ordine pubblico” – con la conseguenza che in molti casi vengono salvate discipline non prive di problematicità, dichiarando l’inammissibilità della questione oppure proponendo una soluzione in via interpretativa. Nella sentenza 22 del 2007, in materia di reato per trattenimento abusivo nel territorio dello Stato, ad esempio, nonostante il riconoscimento delle criticità della scelta di penalizzazione, la questione viene dichiarata inammissibile, pur con un forte monito: «In estrema sintesi, la rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale non esime questa Corte dal rilevare l’opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie prima evidenziate»<sup>33</sup>. Analogamente, più di recente, nella decisione 275 del 2017, in materia di respingimento ed accompagnamento alla frontiera, si legge che «L’inammissibilità delle questioni non può esimere la Corte dal riconoscere la necessità che il legislatore

---

<sup>31</sup> Corte cost., 105 del 2001, cons. dir. p.to 4.

<sup>32</sup> In questi termini la decisione 222 del 2004, cons. dir. p.to 6.

<sup>33</sup> Corte cost. 22 del 2007, cons. dir. p.to 7.

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.»<sup>34</sup>. Alcuni anni fa, Gianluca Bascherini segnalava che la giurisprudenza della Corte in questo ambito, nonostante le forti affermazioni di principio, «si caratterizza in prevalenza per decisioni interpretative che salvano la normativa vigente affidando ai giudici il compito di adattare le varie previsioni al quadro costituzionale e, per questa via, di tutelare adeguatamente i diritti degli stranieri»<sup>35</sup>. E questo vale soprattutto con riferimento alle situazioni più problematiche che sono quelle relative all'ingresso e alla permanenza sul territorio dello Stato, ma sul punto si rinvia alle considerazioni che verranno svolte in conclusione di questo lavoro.

b) I *diritti sociali*, invece, richiamano un intervento più complesso della Corte nel momento in cui pongono con maggiore immediatezza la questione del costo dei diritti e delle conseguenti esigenze di bilanciamento (e di bilancio)<sup>36</sup>. Anche a questo riguardo si potrebbe aprire una riflessione sul tema della pariordinazione/interdipendenza dei diritti e dell'inevitabile costo degli stessi diritti di libertà. Rimanendo però all'analisi della giurisprudenza relativa alla posizione degli stranieri, ci troviamo di fronte ad un quadro molto ricco, che riguarda la legislazione nazionale, ma in molti casi quella regionale, perché spesso l'intervento delle Regioni nelle materie di competenza interessa trasversalmente la posizione degli immigrati.

Anche in questo ambito la Corte individua dei diritti connaturati alla persona, che spettano a tutti e quindi anche agli stranieri indipendentemente dalla regolarità del soggiorno: è il caso del diritto all'istruzione, come ribadito dalle convenzioni internazionali<sup>37</sup>, così come del nucleo essenziale del diritto alla salute.

---

<sup>34</sup> Corte cost. 275 del 2017, cons. dir. p.to 4.

<sup>35</sup> Cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storica costituzionale e prospettive europee*, op. cit., p. 219. Tra le decisioni più recenti in cui la Corte adotta questa tecnica, v. ad esempio Corte cost., sent. 45 del 2017 in materia di diniego di permesso soggiorno per precedente condanna allo straniero che aveva ottenuto un lavoro regolare usufruendo della normativa sull'emersione del lavoro irregolare. Dopo un'articolata ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale pertinente, la Corte conclude per l'inammissibilità della questione segnalando, tra l'altro, che «[...] neppure è corretto l'assunto del giudice *a quo*, in ordine all'esistenza di un diritto vivente che lo avrebbe costretto necessariamente verso l'esegesi che egli sospetta affetta da incostituzionalità (ordinanza n. 194 del 2012), con conseguente inadempimento dell'onere di sperimentare la praticabilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata (per tutte, sentenza n. 203 del 2016)»: cons. dir. p.to 2.7.

<sup>36</sup> Sui diritti sociali v., tra i molti, L. MONTANARI, C. SEVERINO (a cura di), *I sistemi di welfare alla prova delle dinamiche migratorie*, Napoli, 2018; E.V. ZONCA, *Cittadinanza sociale e diritti degli immigrati. Profili comparatistici*, Padova, 2016 e F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013.

<sup>37</sup> V. per tutte l'art. 28 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176.

Indicativa, a quest'ultimo riguardo, è la decisione 252 del 2001, secondo cui «Occorre preliminarmente rilevare che, secondo un principio costantemente affermato dalla giurisprudenza di questa Corte, il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è “costituzionalmente condizionato” dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di "un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto”...»<sup>38</sup>.

Rispetto ad altri diritti sociali, in cui maggiore è lo spazio per soluzioni differenziate (es. le provvidenze in materia abitativa), la Corte è chiamata a valutare la ragionevolezza delle scelte del legislatore. In particolare, secondo la Corte, non può essere il solo *status* di straniero a giustificare la diversità di trattamento, se non vi è una correlazione con la *ratio* della disciplina in oggetto<sup>39</sup>. Nella nota decisione 432 del 2005, sull'uso gratuito dei mezzi pubblici, si afferma che «[D]istinguere, ai fini della applicabilità della misura in questione, cittadini italiani da cittadini di paesi stranieri – comunitari o extracomunitari – ovvero apolidi, finisce [dunque] per introdurre nel tessuto normativo elementi di distinzione del tutto arbitrari, *non essendovi alcuna ragionevole correlabilità* tra quella condizione positiva di ammissibilità al beneficio (la cittadinanza italiana, appunto) e gli altri peculiari requisiti (invalidità al 100% e residenza) che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio* e la funzione» (corsivo aggiunto)<sup>40</sup>.

La legislazione regionale utilizza in molti casi, per differenziare la posizione dello straniero, il criterio della durata della residenza. La residenza viene ad assumere in questo modo un duplice volto: da un lato, la stabilità della presenza nel territorio può essere vista come un elemento importante per l'integrazione, per l'appartenenza alla comunità politica, cui si connette il godimento dei diritti<sup>41</sup>; dall'altro, la stessa può diventare – laddove i limiti posti dalla normativa siano troppo rigidi – un elemento di discriminazione, che può alla fine colpire anche i cittadini italiani ed europei.

---

<sup>38</sup> Corte cost. 252 del 2001, cons. dir. p.to 2; in termini analoghi si può vedere la decisione 269 del 2010, dove la Corte fa riferimento a «contesto normativo caratterizzato dal riconoscimento in favore dello straniero, anche privo di un valido titolo di soggiorno, di un nucleo irriducibile di tutela del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» (p.to 6.1). Su questo aspetto v. tra i molti F. GRISOSTOLO, *La tutela del diritto alla salute dello straniero in Italia e in Francia*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, L. Mezzetti, *I sistemi sanitari alla prova dell'immigrazione. L'esperienza italiana*, in *Rivista AIC*, 1, 2018; G. VOSA, *'Cure essenziali'. Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'auto-determinazione della persona al policentrismo decisionale*, in *Dir. pubbl.*, 2016, pp. 721 ss.

<sup>39</sup> Cfr. per l'analisi della giurisprudenza recente G. ROMEO, *Il cosmopolitismo pragmatico della Corte costituzionale tra radicamento territoriale e solidarietà*, in *Rivista AIC*, 1, 2018.

<sup>40</sup> Corte cost., sent. 432 del 2005, cons. dir. p.to 5.2.

<sup>41</sup> Il rapporto con il territorio regionale ha sollecitato interessanti riflessioni anche in relazione alla concezione della cittadinanza, v. ad esempio S. Ninatti, *Democrazia e cittadinanza nelle autonomie territoriali*, in B. PEZZINI S. TROILO (a cura di), *Il valore delle autonomie: territorio, potere e democrazia*, Napoli, 2015.

Si può richiamare, a titolo d'esempio, la legislazione della Regione Friuli Venezia Giulia in materia di prestazioni sociali ed abitative che ha condotto a plurimi interventi del giudice costituzionale nella costante ricerca di un bilanciamento tra le diverse esigenze. Nella sentenza 222 del 2013, sulla legge di modifica della normativa regionale in materia di accesso alle prestazioni sociali e di personale, la Corte si trova a valutare una disciplina che prevede, in generale, per tutti gli interessati al godimento delle prestazioni garantite dalla Regione, il requisito di risiedere da almeno 24 mesi nel territorio regionale, mentre per gli stranieri aggiunge quello di risiedere in Italia da non meno di cinque anni (salvo che siano cittadini UE o per alcune prestazioni titolari dello *status* di rifugiato o protezione sussidiaria o titolari di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo). Il parametro utilizzato dai giudici in questa decisione è costituito esclusivamente dall'art. 3 della Costituzione, di conseguenza nella motivazione vengono messi in luce i diversi elementi che devono essere presi in considerazione per verificare la ragionevolezza del bilanciamento effettuato dal legislatore.

Innanzitutto la Corte riconosce la possibilità che, nel rispetto dei diritti fondamentali, alcune prestazioni assistenziali siano riservate ai cittadini o a «alle persone ad essi equiparate soggiornanti in Italia, il cui *status* vale di per sé a generare un adeguato nesso tra la partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale della Repubblica, e l'erogazione della provvidenza». Ciò, tuttavia, con l'importante precisazione che anche una persona priva di tale *status* può aver maturato «un forte legame con la comunità presso la quale risiede e di cui sia divenut[a] parte, per avervi insediato una prospettiva stabile di vita lavorativa, familiare ed affettiva, la cui tutela non è certamente anomala alla luce dell'ordinamento giuridico vigente». In questa prospettiva, la scelta di utilizzare come criterio di valutazione esclusivamente la durata della residenza non risulta adeguata, determinando la violazione dell'art. 3 Cost.: «Il legislatore, quindi, per sottrarre eventuali restrizioni nell'accesso alle prestazioni sociali ad un giudizio di ineguaglianza e di manifesta irragionevolezza, è tenuto a rivolgere lo sguardo non soltanto, per il passato, alla durata della residenza sul territorio nazionale o locale oltre una soglia temporale minima, ma anche, in prospettiva, alla presenza o all'assenza di indici idonei a testimoniare il legame tendenzialmente stabile tra la persona e la comunità».

Accanto a queste considerazioni di carattere generale rispetto alla residenza nel territorio dello Stato, la Corte prende in considerazione specificamente il requisito della residenza nel territorio regionale: «Bisogna ora aggiungere che, diversamente che nell'ipotesi di discriminazioni introdotte tra cittadino e straniero, un elemento che qui caratterizza il giudizio di ragionevolezza è costituito dalla rilevanza che assume la dimensione regionale nella concessione o nel diniego di una prestazione sociale. La Regione, in quanto ente esponentiale della comunità operante sul territorio, ben può, infatti, favorire, entro i limiti della non manifesta irragionevolezza, i propri residenti, anche in rapporto al contributo che essi hanno

apportato al progresso della comunità operandovi per un non indifferente lasso di tempo, purché tale profilo non sia destinato a soccombere, a fronte di provvidenze intrinsecamente legate ai bisogni della persona, piuttosto che al sostegno dei membri della comunità».

Da qui l'illegittimità di alcune previsioni, che ponevano il vincolo di residenza per almeno 24 mesi per il fondo per contrasto dei fenomeni di povertà e disagio sociale, piuttosto che per gli assegni di studio. Ma ne vengono salvate altre, come quella relativa agli assegni di sostegno alla natalità ed altre prestazioni economiche rivolte alle famiglie, tramite le quali «il legislatore ha lo scopo di valorizzare, con misure eccedenti i livelli essenziali delle prestazioni, il contributo offerto alla comunità dal nucleo familiare, con adeguata costanza, sicché non è manifestamente irragionevole indirizzare i propri sforzi a favore dei nuclei già attivi da tempo apprezzabile, e perciò stesso parti vitali della comunità».

Lo stesso criterio viene applicato in materia abitativa, secondo la Corte infatti «[...] le politiche sociali delle Regioni legate al soddisfacimento dei bisogni abitativi ben possono prendere in considerazione un radicamento territoriale ulteriore rispetto alla sola residenza, purché contenuto entro limiti non palesemente arbitrari ed irragionevoli. L'accesso a un bene di primaria importanza e a godimento tendenzialmente duraturo, come l'abitazione, 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»<sup>42</sup>.

Questa sentenza della Corte, nella sua complessa articolazione, esemplifica a mio parere il difficile bilanciamento e l'altrettanto difficile controllo di ragionevolezza in relazione al godimento dei diritti sociali da parte degli stranieri, che impone di verificare con riferimento alla singola provvidenza la *ratio* che ne è alla base e quindi la possibilità di richiedere la stabilità della residenza nel territorio per giustificarla.

E' tuttavia difficile negare che negli anni più recenti le scelte del legislatore regionale in molti casi non siano state mosse dall'obiettivo di favorire l'integrazione, quando piuttosto da quello di attuare una

---

<sup>42</sup> Corte cost., sent. 222 del 2013, in particolare cons. dir. p.ti 6-10; v. la nota di D. MONEGO, *La "dimensione regionale" nell'accesso alle provvidenze sociali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 31.3.2014, sulla complessa evoluzione della legislazione in materia v. V. TALLINI, *Errare humanum est, perseverare autem diabolicum: brevi considerazioni sulla (nuova) legge del Friuli-Venezia Giulia n. 16/2011 "in materia di accesso alle prestazioni sociali" da parte degli stranieri*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, dicembre 2011.

Sul piano della politica abitativa delle Regioni si può richiamare anche la recente decisione con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione introdotta dalla Regione Liguria secondo cui per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica bisognava essere "regolarmente residenti da almeno dieci anni consecutivi nel territorio nazionale in regola con la normativa statale in materia di immigrazione": Corte cost., sent. 106 del 2018; v. la nota di A. TRANFO, *Un profilo del diritto all'abitazione: l'edilizia residenziale pubblica per gli stranieri (a margine della sent. n. 106 del 2018 della Corte costituzionale)*, in *Consulta online*, 2018/II.

politica di chiusura a difesa dei “locali”, con conseguenze discriminatorie non giustificabili nel quadro costituzionale. Un esempio “estremo” si può cogliere in una recente disposizione introdotta dalla Regione Veneto dove si prevedeva che: «La Regione del Veneto al fine di dare sostegno ai cittadini residenti nel territorio veneto da almeno quindici anni colpiti da criminalità, istituisce un apposito fondo regionale denominato “Fondo regionale per il patrocinio legale gratuito a sostegno dei *cittadini veneti* colpiti dalla criminalità”» (corsivo aggiunto). Il secondo comma disponeva che detto fondo «è destinato ad assicurare il patrocinio a spese della Regione nei procedimenti penali per la difesa dei cittadini residenti in Veneto da almeno quindici anni che, vittime di un delitto contro il patrimonio o contro la persona, siano accusati di eccesso colposo di legittima difesa o di omicidio colposo per aver tentato di difendere se stessi, la propria attività, la famiglia o i beni, da un pericolo attuale di un’offesa ingiusta»<sup>43</sup>. Plurimi sono gli aspetti di problematicità di questa previsione, che la Corte ha dichiarato incostituzionale sotto il profilo della violazione delle competenze esclusive statali<sup>44</sup>; tuttavia, per quello che qui interessa, non si può non cogliere la volontà di differenziare i “cittadini veneti” rispetto agli altri, in primo luogo gli stranieri, ma alla fine – come già segnalato – anche i cittadini italiani ed europei. Il criterio della residenza, dunque, non è finalizzato a valorizzare il legame con la comunità politica locale, ma diventa espressione della costruzione di “patrie” sempre più piccole ed escludenti.

c) Infine, i *diritti politici e doveri costituzionali*. Com’è noto, i diritti politici, e in particolare il diritto di voto, vengono considerati un fondamentale elemento di differenziazione tra cittadino e straniero. Il riferimento è alla previsione dell’art. 48 della Costituzione secondo cui «Sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età». La dottrina maggioritaria legge in tale disposizione un limite insuperabile per tutti i livelli territoriali di elezione. Si può però proporre una lettura differente, considerandola indicativa della garanzia costituzionale per i cittadini, senza escludere la possibilità di un’estensione in via legislativa anche agli stranieri. Ciò dovrebbe valere, secondo alcuni, almeno per il voto “amministrativo” a livello locale, dove la situazione degli stranieri residenti regolarmente nel comune in cui si vota, eventualmente dopo un certo periodo di tempo, dovrebbe essere parificata a quella dei cittadini europei<sup>45</sup>.

Al di là della sostenibilità della distinzione tra voto politico e amministrativo, questa soluzione può costituire un escamotage per cercare di superare l’irragionevole costruzione del sistema italiano, che

---

<sup>43</sup> Si tratta dell’art. 12, c. 1 e 2, della legge della Regione Veneto 23 febbraio 2016, n. 7 (Legge di stabilità regionale 2016).

<sup>44</sup> Corte cost., sent. 81 del 2017, cons. dir., p.to 4.

<sup>45</sup> Una ricostruzione delle posizioni della dottrina si può trovare in E. GROSSO, *Cittadinanza giuridica e partecipazione politica*, relazione al IX Convegno internazionale della S.I.S.E., su *La cittadinanza elettorale*, Firenze, 14-15 Dicembre 2006.

esclude totalmente gli stranieri, a prescindere dal loro radicamento nel territorio, dal diritto di voto a tutti i livelli, riconoscendo invece lo stesso ai cittadini residenti all'estero, secondo quanto previsto dallo stesso art. 48 della Costituzione: «La legge stabilisce requisiti e modalità per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini residenti all'estero e ne assicura l'effettività. A tale fine è istituita una circoscrizione Estero per l'elezione delle Camere, alla quale sono assegnati seggi nel numero stabilito da norma costituzionale e secondo criteri determinati dalla legge». Questa scelta, collegata alla possibilità di trasmettere la cittadinanza senza vincoli temporali, fa sì che persone anche lontane dalla vita della comunità nazionale possano partecipare alle decisioni politiche più importanti, mentre coloro che vivono nel territorio dello Stato, che contribuiscono allo sviluppo dell'economia con il loro lavoro e pagando le imposte, non possono votare neppure per le elezioni a livello locale<sup>46</sup>.

Pur non avendo avuto occasione di affrontare direttamente questo aspetto, non di meno la Corte costituzionale affrontando il tema dei doveri costituzionali ha offerto alcune indicazioni molto interessanti per la riflessione sulla posizione degli stranieri e in particolare sul tema dell'appartenenza, che costituisce il paradigma su cui costruire l'idea di cittadinanza. Il riferimento è alla storica sentenza 172 del 1999, sul servizio militare degli apolidi, dove la Corte delinea una «comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, [che] accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza»<sup>47</sup>. Ma anche più di recente, nella decisione 119 del 2015, sul servizio civile degli stranieri, la Corte riconosce che «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. [...] L'esclusione dei cittadini stranieri dalla possibilità di prestare il servizio civile nazionale, impedendo loro di concorrere a realizzare progetti di utilità sociale e, di conseguenza, di sviluppare il valore del servizio a favore del bene comune, comporta dunque un'ingiustificata limitazione al pieno sviluppo della persona e all'integrazione nella comunità di accoglienza»<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Non si può tacere il richiamo al principio che è stato alla base delle rivoluzioni liberali *-no taxation without representation* – e che nel nostro Paese viene assolutamente disconosciuto. Questo anche se, tra l'altro, gli studi su economia e previdenza mettono in luce il ruolo essenziale che il contributo dei lavoratori stranieri riveste per la tenuta del sistema di *welfare* nell'Unione europea.

<sup>47</sup> Corte cost., sent. 172 del 1999, p.to 2.3.

<sup>48</sup> Corte cost., sent. 119 del 2015, p.to 4.1, v. nota di S. PENASA, *Verso una "cittadinanza costituzionale"? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in *Rivista AIC*, 3/2015.

#### 4. Considerazioni conclusive

Da questi pochi cenni alla giurisprudenza emerge, dunque, un risultato quasi opposto a quello che ci si potrebbe attendere: è ragionando sui doveri costituzionali, più vicini alla sfera politica, che la Corte ha sviluppato la sua riflessione sul paradigma dell'appartenenza, che si basa "sull'integrazione nella comunità di accoglienza", frutto del godimento dei diritti e della partecipazione ai doveri di solidarietà, di una condivisione di valori e di percorsi di vita, piuttosto che esclusivamente del rapporto giuridico di cittadinanza. Per poi passare ai diritti sociali, dove nonostante la questione dei costi, la Corte, da un lato, cerca di individuare un nucleo duro di diritti spettanti alla persona in quanto tale e, dall'altro, si impegna a svolgere un articolato controllo di ragionevolezza delle scelte del legislatore rispetto alle prestazioni che possono essere oggetto di differenziazione. Infine, i diritti di libertà classici, quelli che indubitatamente vengono qualificati come diritti fondamentali della persona, come diritti dell'uomo universalmente riconosciuti, come diritti inviolabili... ebbene proprio questi – nonostante le affermazioni di principio – subiscono le più evidenti limitazioni.

Si può ritornare alle considerazioni svolte all'inizio sul potere dello Stato di decidere sull'ingresso degli stranieri. L'ampia discrezionalità riconosciuta in questo ambito si è tradotta – anche se di per sé non si tratta di una conseguenza necessaria – nella riduzione delle tutele di coloro che non hanno (o di cui non è stato ancora accertato) il diritto di entrare nel territorio dello Stato o che quel diritto hanno successivamente perso. Il riferimento è innanzitutto alla libertà personale, ma anche al diritto di agire in giudizio, al diritto di difesa, al diritto ad un giusto processo, tutti diritti che com'è noto la Costituzione prevede con formulazioni di carattere generale. Commentando la riforma legislativa del 2002 del TU immigrazione, Gianluca Bascherini segnalava come «mentre risulta decisamente complicato per uno straniero raggiungere e mantenere una condizione di regolarità, sia al contrario estremamente facile per quest'ultimo ricadere in una situazione di irregolarità, o quanto meno vedere la sua esistenza scandita da una rilevante limitazione delle proprie possibilità e dei propri diritti, con un sensibile degrado della qualità della vita, ad es. nei periodi di rinnovo del permesso di soggiorno»<sup>49</sup>.

Emblematica è la complessa disciplina dell'espulsione, oggetto di numerosi interventi legislativi, che si caratterizza per una significativa limitazione dei controlli giurisdizionali e per l'inasprimento delle situazioni di "reclusione amministrativa", in molti casi in violazione delle garanzie previste dall'art. 13 della Costituzione per la libertà personale<sup>50</sup>. Si tratta di una situazione che, com'è noto, ha portato anche alla condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, che nella nota sentenza *Khalifia*

---

<sup>49</sup> G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, 2007, spec. pp. 196-197.

<sup>50</sup> V. su anche su questi aspetti le interessanti sollecitazioni di M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, cit., 41 ss.

*c. Italia* ha affermato che i ricorrenti – nel corso del loro trattenimento nel *Centro di Soccorso e Prima Accoglienza* – “CSPA” di Lampedusa – sono stati privati della libertà personale in assenza di un formale e conoscibile fondamento legislativo e non hanno potuto godere delle garanzie previste dall’ordinamento italiano, in particolare dall’art. 13 della Costituzione<sup>51</sup>. Ma l’evoluzione della situazione appare ancora più problematica, laddove si arriva ad adottare sul piano della prassi soluzioni contrarie alle norme interne ed internazionali, come nel caso del trattenimento, nell’agosto 2018, di oltre 100 migranti salvati in mare nella nave militare Diciotti, ferma di fronte al porto di Catania, senza possibilità di scendere a terra (e in condizioni inaccettabili come segnalato dal Garante nazionale per le persone detenute o private della libertà personale<sup>52</sup>).

Nonostante le affermazioni di principio, dunque, l’apertura verso scelte legislative limitative dei diritti appare significativa. La prevalenza dell’esigenza “governare i flussi” – e ridurre gli ingressi – porta all’adozione di soluzioni spesso lesive dei diritti fondamentali, finalizzate essenzialmente all’espulsione degli stranieri irregolari: “purché se ne vadano”, come intitolava icasticamente Andrea Pugiotto un suo scritto di alcuni anni fa sulle garanzie giurisdizionali nei procedimenti di allontanamento degli stranieri<sup>53</sup>. Ma allora il quadro dei diritti che si è tracciato mostra per così dire la sua fragilità, la sua precarietà, nel momento che i diritti fondamentali emersi con le rivoluzioni liberali, che connotano dalle origini il modello dello Stato democratico, non vengono riconosciuti proprio ai soggetti più deboli, i non cittadini, nel momento più difficile, quello dell’accesso al territorio dello Stato o della perdita delle condizioni che giustificano la loro residenza nello stesso.

---

<sup>51</sup> Cfr. Corte EDU, Grande camera, 15.12.2016, *Khlaifia c. Italia*, ric. n. 16483 del 12; v. i commenti di F. Guella, *Gli standard dell’accoglienza nell’emergenza immigrazione secondo la giurisprudenza Khlaifia della Corte EDU*, in *DPCE on line*, 2016/1, pp. 205-215 e D. Bacis, *Khlaifia e altri c. Italia: l’accoglimento dei migranti al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *DPCE on line*, 2017/2, pp. 401-407.

<sup>52</sup> La lettera alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento e presso il Tribunale di Catania, predisposta dopo la visita a bordo della nave Diciotti, è stata resa pubblica sul sito del Garante, all’indirizzo internet [http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/dettaglio\\_contenuto.page?contentId=CNG3683&modelId=10021](http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/dettaglio_contenuto.page?contentId=CNG3683&modelId=10021)

<sup>53</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, op. cit., pp. 333 ss.

Paradossalmente quando la persona ha un titolo per stare “dentro”, anche in carcere, le garanzie sembrano riprendere vigore: si possono citare al riguardo la dichiarazione di incostituzionalità dell’aggravante di clandestinità (Corte cost. 249 del 2010) o quella che in sede di esecuzione penale colpisce la preclusione dell’accesso alle misure alternative per l’extracomunitario irregolare (Corte cost. 78 del 2007).



# Uno sguardo Oltralpe. Aspetti problematici della disciplina dell'immigrazione in Francia

**di Caterina Severino**

Professeur à l'Université de Toulon, CDPC Jean-Claude Escarras,  
Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE,  
Toulon, France

**Sommario:** 1. Premessa. 2. Il quadro politico-giuridico in materia di immigrazione in Francia. 2.1. Evoluzione legislativa. 2.2. Evoluzione della giurisprudenza costituzionale. 3. Aspetti problematici. 3.1. L'ingresso nel territorio: le “*zones d'attente*”. 3.2. L'allontanamento dal territorio: il trattenimento amministrativo. 3.3. Il cd. “*délit de solidarité*”.

## 1. Premessa

A differenza dell'Italia o della Spagna – Paesi che, come la Francia, si affacciano sul Mediterraneo, ma che solo di recente hanno conosciuto una forte immigrazione, e sono quindi ancora privi di un'esperienza importante nel campo della regolamentazione della condizione giuridica dello straniero – la Francia vanta una plurisecolare storia di immigrazione nel proprio territorio, dovuta non solo al fenomeno della colonizzazione (e della conseguente decolonizzazione), ma anche ad una peculiare tradizione dell'accoglienza, che si è tradotta, ad esempio, negli anni del fascismo italiano e del franchismo spagnolo, nella concessione dell'asilo ai rifugiati politici provenienti da questi Paesi o, negli anni tra le due guerre e del secondo dopoguerra, nell'impiego ingente di manodopera proveniente da Paesi europei che si trovavano in quel momento in condizioni di ristrettezze economiche. Tuttavia, nonostante tale differenza storica (e nonostante la Francia abbia posseduto nel passato una serie di norme giuridiche volte essenzialmente a richiamare manodopera straniera, a proteggere i diritti degli immigrati e ad integrarli al meglio nel tessuto politico, sociale ed economico del Paese), l'analisi del sistema attuale manifesta un'evoluzione che ha di molto avvicinato il sistema giuridico francese a quello di altri Paesi europei che si trovano, oggi, ad essere meta dei flussi migratori. Naturalmente, in questa evoluzione-convergenza dei diversi sistemi giuridici in materia di condizione giuridica dello straniero, molto ha inciso il diritto europeo, che da qualche decennio si è fatto carico del tema dell'immigrazione, cercando di armonizzare il più possibile i sistemi d'accoglienza dei vari Stati membri, ma dimostrando al contempo una sempre maggiore difficoltà a raggiungere compromessi e a trovare soluzioni condivise.

In questo particolare contesto storico ed economico, lo studio della disciplina francese relativa allo status giuridico dello straniero può risultare particolarmente pertinente ed interessante, poiché, quasi come una

cartina di tornasole, essa mette in luce l’impatto che l’attuale (ma che dura oramai da decenni...) situazione di “crisi” migratoria e le conseguenti regolamentazioni europee possono avere su un diritto nazionale tradizionalmente abituato a gestire i fenomeni migratori e rivela al contempo un’evoluzione, in senso piuttosto regressivo, del sistema di accoglienza, dimostrando con evidenza i limiti di una legislazione fatta *au coup par coup*, nell’urgenza, senza una visione globale<sup>1</sup>.

Per rendere conto al meglio della condizione giuridica dello straniero in Francia e nell’evidente necessità di operare una selezione tra i tanti temi pertinenti, lo studio analizzerà in un primo tempo il quadro giuridico d’Oltralpe in materia di immigrazione – soffermandosi sull’evoluzione che si è prodotta negli ultimi decenni – e procederà poi, in un secondo momento, all’approfondimento di alcuni aspetti particolarmente problematici o peculiari della disciplina dell’immigrazione francese, che ben mettono in evidenza, a mio parere, analogie di problemi (e spesso di soluzioni) tra la Francia e l’Italia, nonostante le particolarità di ciascuno dei due sistemi.

## **2. Il quadro politico-giuridico in materia di immigrazione in Francia**

Tradizionalmente e storicamente Paese d’immigrazione, la Francia conosce da alcuni decenni un’evoluzione importante in materia di status giuridico dello straniero. Quest’evoluzione si manifesta essenzialmente attraverso lo strumento legislativo, che è andato sempre più a stringere le maglie dell’accoglienza e della garanzia dei diritti nei confronti degli stranieri rispetto al passato, ma anche attraverso lo strumento della giustizia costituzionale, che sembra sempre più abbandonare (pur con qualche felice, ma sporadico, sussulto<sup>2</sup>) il terreno della protezione dei diritti degli immigrati, per lasciare maggiore spazio ad esigenze legate alla tutela dell’ordine pubblico o alla gestione dei flussi migratori.

### **2.1. Evoluzione legislativa**

Prima di abordare il tema specifico dell’evoluzione della legislazione francese degli ultimi decenni, si deve ricordare che il diritto degli stranieri (*droit des étrangers*) in Francia è stato dominato per un lungo periodo – che va dalla Terza Repubblica (1870) fino agli anni del dopoguerra (1945) – dal diritto amministrativo. Decreti, circolari, direttive, istruzioni ed altre fonti di questo tipo, provenienti dal potere esecutivo, regolamentavano e delimitavano il potere dell’amministrazione, che aveva comunque l’ultima parola in merito all’ingresso ed all’allontanamento degli stranieri dal territorio. Tale sistema giuridico era

---

<sup>1</sup> Per un recente studio in chiave comparata sul riconoscimento dei diritti sociali agli stranieri in tempo di crisi economica e migratoria, v. L. MONTANARI, C. SEVERINO (a cura di), *I sistemi di welfare alla prova delle nuove dinamiche migratorie/ Les systèmes de protection sociale à l’épreuve des nouvelles dynamiques migratoires*, Napoli, 2018.

<sup>2</sup> Vedi, ad esempio, la recente sentenza del Consiglio costituzionale del 6 luglio 2018, che ha riconosciuto il valore costituzionale del principio di fraternità (v. *infra*, par. 3.3.).

caratterizzato da una forte dimensione sovranista e, globalmente, repressiva, poiché finalizzata innanzitutto a tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza del territorio.

L'ordinanza del 2 novembre 1945 relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno degli stranieri<sup>3</sup>, adottata in reazione agli atti antidemocratici e liberticidi del Governo di Vichy, rappresenta un primo radicale mutamento nella materia. Contrariamente alle fonti precedenti infatti, che si preoccupavano soprattutto di preservare l'ordine e la sicurezza pubblici, tale ordinanza, di valore legislativo, perseguiva l'obiettivo dell'inserimento degli immigrati nel tessuto economico e sociale francese, in un momento di grande fabbisogno di manodopera<sup>4</sup>.

Nel corso degli anni '70, anche a causa della crisi petrolifera, la regolamentazione francese in materia di immigrazione è nuovamente caratterizzata dalla forte presenza di circolari e direttive provenienti dal potere esecutivo, volte essenzialmente a reprimere l'immigrazione clandestina ed a gestire i flussi. È proprio di questi anni, tuttavia, la celebre sentenza del Consiglio di Stato *GISTI* (8 dicembre 1978<sup>5</sup>), in cui il giudice supremo amministrativo ristabilisce una certa forma di equità, sanzionando alcuni atti del Governo contrari ai diritti degli immigrati e soprattutto consacrando, per la prima volta, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, a cui si conferisce valore infra-legislativo ma supra-regolamentare.

Comunque, per ritornare all'evoluzione legislativa, si può dire che l'ordinanza del 1945 ha di fatto regolamentato il settore fino al 1980, anno in cui una nuova legge, la *Loi Bonnet* del 10 gennaio<sup>6</sup>, ha di molto inasprito le regole piuttosto "elastiche" dell'ordinanza del 1945. La legge *Bonnet* costituisce il primo atto di un cambiamento importante nel quadro legislativo francese in materia di immigrazione, poiché essa rappresenta la prima di una lunga serie di modifiche legislative dell'ordinanza del 1945.

Se si osserva l'evoluzione delle fonti in materia di diritto dello straniero in Francia dal 1945 ad oggi, si possono individuare due grandi fasi: una prima fase, di trentacinque anni (che corre dall'ordinanza del 2 novembre 1945 fino alla legge *Bonnet* del 10 gennaio 1980), caratterizzata dalla quasi totale assenza di leggi in materia; una seconda fase, di trentotto anni (dal 1980 al 2018), caratterizzata da una grande abbondanza di leggi (più di una trentina) che si sono avvicendate con il susseguirsi e l'alternarsi delle maggioranze politiche. Questa situazione di forte produzione legislativa, causa di incertezza, ha reso necessaria una codificazione, intervenuta nel 2004, con l'adozione del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (qui di seguito CESEDA). Pertanto, tutte le leggi successive all'adozione di questo codice ne hanno di

---

<sup>3</sup> Ordinanza n. 45-2658 del 2 novembre 1945 *relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*.

<sup>4</sup> Il sistema giuridico instaurato nel 1945 includeva anche l'ordinanza del 19 ottobre 1945 *portant Code de la nationalité*, che considerava l'assimilazione tra i francesi e gli stranieri come un obiettivo da raggiungere e la concessione della cittadinanza francese come il logico risultato di tale processo di assimilazione.

<sup>5</sup> *Conseil d'Etat*, sentenza *GISTI, CFDT et CGT*, 8 dicembre 1978, *Rec. Lebon*, 493.

<sup>6</sup> Legge n. 80-9 del 10 gennaio 1980 *relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n. 45-2658 du 02-11-1945*.

fatto modificato le disposizioni, con una tendenza all'inasprimento soprattutto delle regole relative all'ingresso e all'allontanamento dal territorio. L'ultima legge, promulgata di recente, e quindi adottata dalla nuova maggioranza parlamentare uscita dalle urne nel giugno 2017, dopo l'elezione del Presidente della Repubblica Emmanuel Macron, è la legge del 10 settembre 2018 *«pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie»*<sup>7</sup>. Si tratta dell'ennesimo testo legislativo in materia di immigrazione in Francia, che segue, a distanza di nemmeno due anni, la legge del 7 marzo 2016 relativa al diritto degli stranieri<sup>8</sup>, così come la legge del 29 luglio 2015 sul diritto di asilo<sup>9</sup>, entrambe adottate durante la presidenza di François Hollande.

La legge del 10 settembre 2018, finalizzata, ancora una volta, a « riformare in profondità » il CESEDA, vede, tra le principali misure che vanno in un senso repressivo, l'allungamento dei termini massimi del trattenimento amministrativo da 45 giorni a 90 giorni; la regolamentazione (anziché la soppressione vera e propria) del trattenimento dei minori nei centri di trattenimento amministrativo (*centres de rétention administrative*); la soppressione, per alcuni casi, dell'effetto sospensivo del ricorso dinnanzi alla *Cour Nationale du Droit d'Asile* (CNDA), che giudica in appello le decisioni relative alle concessioni dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria pronunciate dall'*Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides* (qui di seguito OFPRA); o ancora, l'allungamento della durata del fermo per verifica del titolo di soggiorno (*retenue pour vérification du droit au séjour*) da 16 a 24 ore.

Certo, il testo del 2018, così come la trentina di testi di valore legislativo che l'hanno preceduto, contiene altresì delle norme che vanno in un senso positivo, nel senso cioè della razionalizzazione dell'accoglienza, soprattutto riguardo alla gestione dei richiedenti asilo. Tuttavia, l'analisi della legislazione che si è susseguita negli ultimi quarant'anni mostra che nonostante l'abbondanza e la diversità dei testi adottati, nonostante la pubblicità che se ne è fatta e nonostante le diverse maggioranze politiche che si sono alternate al potere, vi è un elemento costante che la caratterizza: si tratta di una legislazione che protegge in primo luogo l'ordine e la sicurezza pubblici, che pone in primo piano la gestione dei flussi migratori e che ha quindi ridotto progressivamente l'ambito ed il contenuto di molti diritti e libertà. Ciò fa pensare che a tutt'oggi, com'era il caso durante la Terza Repubblica, il diritto dello straniero sia prima di tutto un diritto che regola i flussi migratori e che preserva l'ordine pubblico, mentre la questione dei diritti e delle garanzie o quella dell'inserimento degli stranieri nel tessuto sociale francese passa in secondo piano.

---

<sup>7</sup> Legge n. 2018-778 del 10 settembre 2018 *pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*.

<sup>8</sup> Legge n. 2016-274 del 7 marzo 2016 *relative au droit des étrangers en France*.

<sup>9</sup> Legge n. 2015-925 del 29 luglio 2015 *relative à la réforme du droit d'asile*.

## 2.2. Evoluzione della giurisprudenza costituzionale

L'importante sviluppo della fonte legislativa dagli anni 1980 ad oggi ha dato luogo al tempo stesso ad un maggiore intervento del giudice costituzionale e quindi ad un rafforzamento della fonte costituzionale in questa materia.

Ma prima ancora di analizzare la giurisprudenza costituzionale, è necessario fornire alcune precisazioni preliminari riguardo al sistema giurisdizionale di controllo francese per la garanzia dei diritti e delle libertà. In primo luogo, si deve ricordare che sino al 2008, il controllo di legittimità costituzionale previsto dalla Costituzione del 4 ottobre 1958 era soltanto di tipo preventivo, potendo intervenire prima della promulgazione della legge, su richiesta di organi politici e dell'opposizione parlamentare (art. 61 della Costituzione). Tale sistema ha permesso al *Conseil constitutionnel* di pronunciarsi, in maniera preventiva, su quasi tutte le leggi relative all'immigrazione ed all'asilo emanate dal 1980 ad oggi, con la conseguente formazione di una giurisprudenza costituzionale importante in questo ambito.

Si deve poi ricordare, in secondo luogo, che dal 2008 in Francia è stato instaurato anche un sistema di controllo di costituzionalità delle leggi successivo, simile per certi aspetti a quello vigente in Italia, attivabile in via incidentale nel corso di un processo: si tratta della *Question Prioritaire di Costituzione* (QPC), introdotta con la revisione costituzionale del 23 luglio 2008 ed entrata in vigore dal primo marzo 2010<sup>10</sup>.

In terzo ed ultimo luogo è doveroso ricordare che in Francia, il "controllo di convenzionalità" delle leggi, cioè la verifica del rispetto, da parte delle leggi, delle norme dei trattati e delle convenzioni internazionali (che possiedono, nell'ordinamento francese, valore superiore alla legge, ai sensi dell'art. 55 Cost.) è realizzato dai giudici comuni: giudice amministrativo e giudice ordinario. Se, nel corso del litigio, il giudice considera che la legge da applicare è contraria alle norme internazionali (per esempio, e soprattutto, rispetto alla CEDU), egli non applicherà la legge al caso concreto, anche se tale legge resta comunque in vigore, ma la disapplicherà perché contraria ad un impegno internazionale. Ciò ha inciso significativamente sulla garanzia dei diritti degli stranieri: attraverso questo meccanismo di controllo, la giurisprudenza comune ha fortemente contribuito alla protezione di tali diritti ed il diritto internazionale dei diritti dell'uomo, in particolare la CEDU, ha potuto giocare un ruolo importante.

---

<sup>10</sup> Sulla *Question prioritaire de constitutionnalité*, si segnalano in particolare: C. SEVERINO, *La Question prioritaire de constitutionnalité. Quadro normativo e prassi applicativa del giudizio in via incidentale francese*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014-1, 477 ss.; A. M. LECIS, *La QPC tra rivoluzione ed eccezione: la concretezza del controllo a posteriori a tre anni dalla sua introduzione*, *Rivista AIC*, 2013; M. CAVINO, P. COSTANZO, P. PASSAGLIA, *La giurisprudenza del Conseil constitutionnel nel biennio 2011-2012*, *Giur. cost.*, 3 ottobre 2013, 1; M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil constitutionnel e l'exception d'inconstitutionnalité*, [www.astrid.eu](http://www.astrid.eu); M. CAVINO, *L'eccezione di incostituzionalità delle leggi*, in M. CAVINO, A. DI GIOVINE, E. GROSSO (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Torino, 2010, 123; P. Costanzo, *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, 2009.

Ciò premesso, rispetto alla questione specifica della protezione dei diritti degli immigrati nella giurisprudenza costituzionale, si può rilevare nel corso degli ultimi decenni una interessante evoluzione nell'orientamento del Consiglio.

In una prima fase infatti, benché nel testo costituzionale lo straniero ed i suoi diritti fossero quasi completamente assenti, ad eccezione dell'art. 4 del Preambolo della Costituzione del 1946<sup>11</sup>, che consacra il diritto di asilo<sup>12</sup>, e dell'art. 53-1 della Costituzione del 1958, anch'esso volto a proteggere il diritto di asilo, il *Conseil constitutionnel* ha sviluppato una giurisprudenza importante ed ha creato un vero e proprio statuto costituzionale dello straniero, benché l'uguaglianza assoluta con i cittadini francesi non sia mai stata affermata, poiché gli stranieri sono soggetti ad una disciplina specifica che, sin dall'ordinanza del 2 novembre 1945, li pone «in una situazione diversa rispetto a quella di coloro che godono della cittadinanza»<sup>13</sup>.

Tuttavia, la giurisprudenza molto protettiva nei confronti dei diritti degli stranieri adottata dal *Conseil constitutionnel* nel corso dei primi anni, e che ha visto la sua massima espansione negli anni '90 (in particolare con la sentenza del 1993, *Maîtrise de l'immigration*<sup>14</sup>), sembra sempre più regredire, arretrare, da qualche anno a questa parte. Questo è in parte certamente dovuto al rafforzamento della fonte europea, la quale ha spinto il legislatore francese in un perimetro molto più ristretto, con una diminuzione della propria sfera di azione e del proprio potere discrezionale. Ma, soprattutto, la “regressione” della protezione da parte del giudice costituzionale pare legata ad una certa ambivalenza della giurisprudenza costituzionale che si fa sempre più accentuata. Il Consiglio sembra fornire una protezione di diversa intensità a seconda del campo in cui opera la legge oggetto di contestazione: il giudice delle leggi tende cioè ad inclinarsi davanti alle politiche migratorie volute dal legislatore, ad essere deferente rispetto alle misure più coercitive poste in essere e che riguardano l'ingresso ed il soggiorno dello straniero, in particolare quando si tratti di arginare l'immigrazione irregolare o quando si tratti di proteggere l'ordine pubblico e la sicurezza dei cittadini o ancora quando si tratti, in generale, di “*maîtriser*” il fenomeno migratorio, cioè di gestirlo e convogliarlo entro limiti ben precisi con delle finalità ben precise (a tale proposito si ricorda che Nicolas Sarkozy, da Presidente della Repubblica, aveva promosso l'idea di un’“immigrazione scelta”, piuttosto che un’“immigrazione subita” e che quest'idea sembra da allora non

---

<sup>11</sup> Il Preambolo della Costituzione del 1946 fa parte del cd. “*Bloc de constitutionnalité*”, cioè l'insieme delle norme aventi, in Francia, valore costituzionale. Fanno altresì parte del *Bloc de constitutionnalité* la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, la Carta dell'ambiente del 2004, i Principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica e, naturalmente, la Costituzione del 4 ottobre 1958.

<sup>12</sup> L'art. 4 del Preambolo della Costituzione del 1946 sancisce: « *Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République* ».

<sup>13</sup> *Conseil constitutionnel*, sentenza n. 89-266 DC del 9 gennaio 1990, cons. 7.

<sup>14</sup> *Conseil constitutionnel*, sentenza n. 93-325 DC del 13 agosto 1993.

aver mai abbandonato gli interventi del legislatore francese). Nello stesso tempo, il giudice costituzionale si dimostra maggiormente protettivo dei diritti e delle libertà quando essi non collidano con tali esigenze, in particolare quando ne siano titolari stranieri che soggiornano in modo regolare sul territorio.

Si sottolinea quindi questa ambivalenza della giurisprudenza costituzionale francese che, da un lato, insiste, per esempio, sulle garanzie giurisdizionali e sulle condizioni materiali che debbono essere accordate allo straniero nei centri di trattenimento amministrativo, ma che, dall'altro, ha lasciato intatti i termini massimi di tale trattenimento di volta in volta aumentati dal legislatore (nel 1997 si è passati da 10 a 12 giorni, nel 2003 da 12 a 32, nel 2011 da 32 a 45 ed infine, nel 2018, da 45 a 90). Ancora, ad esempio, il *Conseil constitutionnel* non ha esitato ad esigere dal legislatore il rispetto del principio di non discriminazione in materia di prestazioni sociali, in forza del quale non si deve distinguere tra cittadini e stranieri in situazione regolare (nonostante il costo economico), ma, al tempo stesso, nulla ha detto rispetto al ripristino dei controlli d'identità alle frontiere, successivamente agli attentati di Parigi del 2015, o ancora riguardo all'inasprimento delle condizioni per poter ottenere il ricongiungimento familiare o per poter ottenere la cittadinanza francese in seguito a matrimonio, inasprimenti previsti con le leggi del 2006-2007, cioè quando Nicolas Sarkozy era Ministro degli interni e, poi, Presidente della Repubblica.

Peraltro, l'introduzione della QPC non ha cambiato di molto questa constatazione. L'uso di questa nuova procedura nel contenzioso dell'immigrazione può certamente rappresentare uno strumento molto utile per proteggere, *a posteriori*, i diritti e le libertà dello straniero, ma, in pratica, ha un impatto assai limitato. Essa, infatti, è difficilmente esperibile nel contenzioso dell'immigrazione, considerati, da un lato, l'urgenza che lo caratterizza e, dall'altro, il fatto che la maggior parte dei testi in materia sono già stati esaminati dal Consiglio costituzionale in via preventiva. E comunque, anche quando la questione di costituzionalità riesca a giungere al cospetto del Consiglio costituzionale, questi adotta l'orientamento già ricordato, cioè tende a proteggere i diritti soltanto quando tale protezione non collida eccessivamente con l'esigenza di garantire l'ordine pubblico e di lottare contro l'immigrazione irregolare, le quali hanno assunto, nella giurisprudenza costituzionale, il rango di «obiettivi a valore costituzionale»<sup>15</sup>, cioè lo stesso valore dei diritti e delle libertà costituzionalmente protetti.

Dopo questi cenni al contesto politico-giuridico in materia di immigrazione in Francia, si può passare ad esaminare alcuni aspetti che suscitano particolare interesse, anche in chiave comparata con il sistema italiano.

---

<sup>15</sup> *Conseil constitutionnel*, sentenza n. 2011-631 DC del 9 giugno 2011.

### 3. Aspetti problematici

Tra i tanti punti rilevanti e le maggiori criticità che si riscontrano nell'ambito della attuale legislazione francese in materia d'immigrazione, particolarmente degni di attenzione, anche nella prospettiva della comparazione con la disciplina italiana, sono *les zones d'attente* (le “zone di attesa”), istituto previsto per gestire l'ingresso degli stranieri alla frontiera; i centri di trattenimento amministrativo, che riguardano, invece, l'allontanamento forzato dal territorio degli immigrati in situazione irregolare, ed infine il cd. *délit de solidarité*, cioè il “reato di solidarietà”, che può colpire chi aiuti gli stranieri in situazione irregolare ad entrare, soggiornare o circolare sul territorio.

#### 3.1. L'ingresso nel territorio: les “zones d'attente”

La *zone d'attente* (zona di attesa) è una zona internazionale specifica – che non ha equivalenti nell'ordinamento giuridico italiano ed è diversa dagli *hotspot* – istituita in Francia con una legge del 6 luglio 1992<sup>16</sup>, nella quale lo straniero che giunga alla frontiera francese in aereo, in treno o in nave e che non abbia un documento che lo autorizzi ad entrare sul territorio nazionale è trattenuto per il tempo strettamente necessario alla sua partenza o, se richiede l'asilo, per il tempo necessario a verificare che la domanda non sia “manifestamente infondata”<sup>17</sup>.

Concretamente si tratta di spazi, il cui perimetro è delimitato dal prefetto, sorvegliati dalla polizia frontiera (la *Police aux frontières*, la PAF), che si trovano nei dintorni degli aeroporti, dei porti o delle stazioni ferroviarie, e che consistono il più delle volte in camere di hotel requisiti dallo Stato dove sono trattenuti gli stranieri. Nella maggior parte dei casi, vengono trattenute nelle *zones d'attente* le persone che giungono per via aerea alla frontiera: l'aeroporto parigino di *Roissy-Charles De Gaulle* è quello che possiede la zona di attesa più grande e più frequentata in Francia, seguito dall'altro aeroporto di Parigi, quello di *Orly*<sup>18</sup>. Peraltro, la legge *Besson* del 16 giugno 2011<sup>19</sup> (promulgata sotto la presidenza di Nicolas Sarkozy ed adottata per recepire la direttiva rimpatri n. 2008/115/CE), per far fronte all'arrivo in massa di stranieri sul territorio francese, ha introdotto una nuova possibilità di creazione di zone di attesa, che potremmo qualificare di “itineranti”, poiché possono essere istituite allorché un gruppo di dieci o più stranieri si presenti sul territorio francese al di fuori di una zona frontiera (per esempio per quelle persone che

---

<sup>16</sup> Legge n. 92-625 del 6 luglio 1992 *sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ordonnance n. 45-2658 du 2 novembre 1945*.

<sup>17</sup> Articoli L. 221-1 a L. 224-4 del CESEDA.

<sup>18</sup> Nel 2016, si contavano, in tutte le zone di attesa, 6.798 persone trattenute: cfr. i rapporti annuali dell'ANAFE, principale associazione operante in difesa dei diritti degli stranieri trattenuti nelle zone di attesa (<http://www.anafe.org/spip.php?mot22>).

<sup>19</sup> Legge n. 2011-672 del 16 giugno 2011 *relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*.

valicano le Alpi evitando i controlli alla stazione ferroviaria di Ventimiglia, o che approdano sulle spiagge francesi del Mediterraneo).

Secondo le norme del CESEDA, tre categorie di stranieri possono essere mantenuti nelle zone di attesa: le persone non autorizzate ad entrare sul territorio<sup>20</sup>, i richiedenti asilo alla frontiera e gli stranieri in transito ma che non possono recarsi nel Paese di destinazione. Anche i minori non accompagnati possono essere trattenuti in una *zone d'attente*. In tal caso, il Procuratore della Repubblica è immediatamente avvisato dall'amministrazione ed assegna al minore un amministratore *ad hoc*. La legge sull'asilo del 2015<sup>21</sup> ha aggiunto un'ulteriore garanzia per i minori: essa prevede che per le persone "vulnerabili" il mantenimento nelle zone di attesa interverrà solo "in via eccezionale" e sarà limitato alle ipotesi previste dalla legge.

Il mantenimento in zona di attesa è deciso dalla polizia frontiera per una durata iniziale di quattro giorni, sotto il controllo del giudice amministrativo. Per prolungare tale periodo per altri otto giorni, l'amministrazione deve chiedere l'autorizzazione al giudice ordinario, il giudice delle libertà e della detenzione (JLD), che, in linea di principio, è colui che deve garantire la libertà personale nell'ordinamento giuridico francese (art. 66 della Costituzione). Dopo questo termine, l'amministrazione può nuovamente richiedere un prolungamento "eccezionale" del mantenimento per altri otto giorni supplementari. Il tempo massimo di trattenimento nelle *zones d'attente* è quindi di venti giorni.

La legge prevede che, per i richiedenti asilo, sia il Ministro degli interni a pronunciarsi sul carattere "manifestamente infondato" o meno della domanda<sup>22</sup>, dopo un colloquio nella *zone d'attente* tra lo straniero richiedente asilo ed un agente dell'OFPPA, l'ufficio pubblico che si occupa delle richieste di asilo per tutto il territorio francese. In questa fase, durante il mantenimento nella zona di attesa, il Ministro degli interni non emette quindi un giudizio sul riconoscimento o meno dello status di rifugiato, ma soltanto sulla fondatezza "al minimo" della domanda di asilo, che permetta al richiedente asilo di entrare sul territorio nazionale e di formulare qui la domanda di asilo vera e propria, dinanzi all'OFPPA. Se lo straniero è ammesso ad entrare su territorio nazionale, riceve dall'autorità amministrativa un salva-

---

<sup>20</sup> Il rifiuto dell'autorizzazione ad entrare sul territorio può derivare da tre motivi: per assenza di documenti che permettano l'accesso al territorio; perché la persona è soggetta ad un divieto di entrata sul territorio (*interdiction du territoire*); per minaccia all'ordine pubblico.

<sup>21</sup> Legge n. 2015-925 del 29 luglio 2015 *relative à la réforme du droit d'asile*, cit.

<sup>22</sup> È considerata come "manifestamente infondata" la domanda i cui motivi risultano, ad esempio, senza alcun rapporto con la nozione di asilo (come i motivi economici); oppure in caso di frode circa la nazionalità o in caso di false dichiarazioni; o se lo straniero rilascia dichiarazioni incoerenti, contraddittorie, inverosimili...

condotto valido otto giorni che gli permette di lasciare la zona di attesa e di entrare sul territorio nazionale<sup>23</sup>.

Per quel che riguarda la regolamentazione interna delle *zones d'attente*, il CESEDA prevede che debba essere garantito uno spazio che permetta agli avvocati di intrattenersi in modo confidenziale con i loro assistiti. Inoltre, lo straniero deve essere informato della possibilità di richiedere un interprete ed un medico e del fatto che può comunicare con un avvocato o con altra persona di sua scelta, ma altresì del fatto che può lasciare in ogni momento la zona di attesa per *qualsiasi destinazione situata al di fuori della Francia*. Lo straniero deve anche essere informato del diritto di richiedere asilo, il tutto in una lingua che egli possa capire. Sulla base della legge del luglio 2015<sup>24</sup>, anche i giornalisti possono accedere alle *zones d'attente*, il che è sicuramente da considerare come una forma di tutela supplementare per i diritti degli stranieri mantenuti in tali spazi.

Al di là delle garanzie poste in essere, l'analisi del regime giuridico dell'istituto suscita comunque molte perplessità, che sono ancor più accentuate dall'analisi della giurisprudenza costituzionale al riguardo. Il Consiglio costituzionale infatti, adito in via preventiva una prima volta nel 1992, in occasione della legge che istituiva le *zones d'attente*, ha giudicato legittimo questo istituto ritenendo che gli effetti del mantenimento in questi spazi sono meno coercitivi, riguardo alla libertà personale, di quelli di un trattenimento amministrativo nei centri di trattenimento volti all'allontanamento degli stranieri in situazione irregolare<sup>25</sup>. È questo il motivo per cui il giudice costituzionale non ha preteso che la prima decisione di mantenimento nelle zone di attesa fosse affidata al giudice ordinario, garante della libertà personale. Mentre ha ritenuto che tale giudice debba intervenire dopo quattro giorni, poiché tale durata, coniugata al mantenimento coercitivo, produce l'effetto di «limitare la libertà individuale»<sup>26</sup>. In seguito, in occasione della verifica della legge *Besson* dell'11 giugno 2011<sup>27</sup>, il Consiglio costituzionale ha ammesso la validità delle zone di attesa eccezionali, itineranti, previste da tale legge<sup>28</sup>. E non solo: egli ha pure sottolineato le «difficoltà» dell'amministrazione nel far fronte all'arrivo di «gruppi di stranieri al di fuori dei passaggi frontalieri»<sup>29</sup>. Appare quindi tra le righe che nell'opera di conciliazione delle varie esigenze, il giudice costituzionale ha fatto prevalere le ragioni legate alla gestione dei flussi migratori ed alla

---

<sup>23</sup> Si noti che questo salva-condotto di otto giorni viene rilasciato altresì alle persone rilasciate in seguito ad una decisione del giudice (JLD) o una volta scaduto il termine massimo di mantenimento nella zona di attesa. In pratica, ciò avviene nella maggior parte dei casi, secondo le statistiche fornite dal Ministero degli interni.

<sup>24</sup> Legge n. 2015-925 del 29 luglio 2015 *relative à la réforme du droit d'asile*, *cit.*

<sup>25</sup> *Conseil constitutionnel*, sentenza n. 92-307 DC del 25 febbraio 1992, cons. 14.

<sup>26</sup> *Ibidem*, cons. 15.

<sup>27</sup> Legge n. 2011-672 del 16 giugno 2011 *relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, *cit.*

<sup>28</sup> *Conseil constitutionnel*, sentenza n. 2011-631 DC, *cit.*, cons. 20-22.

<sup>29</sup> *Ibidem*, cons. 21.

prevenzione delle violazioni all'ordine pubblico su quelle legate alla garanzia dei diritti degli stranieri che giungono alla frontiera.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, invece, si è dimostrata maggiormente sensibile rispetto alla tutela dei diritti delle persone mantenute in queste zone<sup>30</sup>. Prendendo le distanze dal *Conseil constitutionnel*, la Corte europea ha condannato la Francia nella sentenza *Amuur c. Francia* del 25 giugno 1996<sup>31</sup>, giudicando che il mantenimento nelle zone di attesa dei richiedenti asilo facesse subire alle persone coinvolte una «privazione della libertà» ai sensi dell'art. 5§1 della CEDU.

Successivamente, nella sentenza *Gebremedhin c. Francia* del 26 aprile 2007<sup>32</sup>, la Corte europea ha considerato che la procedura d'urgenza (il cd. *référé-liberté*) offerta allo straniero mantenuto nella *zone d'attente* contro un rigetto della richiesta di asilo non garantisce il diritto ad un «ricorso effettivo» ai sensi dell'art. 13 della Convenzione, poiché tale ricorso non aveva efficacia sospensiva. Il legislatore francese ha dovuto quindi “correggere il tiro”, tramite una legge del 20 novembre 2007<sup>33</sup> che ha istituito un ricorso sospensivo per i richiedenti asilo mantenuti nelle zone di attesa. Tuttavia, si noti che esso non vale per le altre categorie di stranieri mantenuti in tali zone, che essi siano in transito, minori, persone malate o ancora vittime di violenze.

### 3.2. L'allontanamento dal territorio: il trattenimento amministrativo

Un altro istituto particolarmente problematico dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali degli stranieri in Francia è il cd. trattenimento amministrativo (la *rétenion administrative*), volto a trattenere in centri chiusi, cinti da mura sormontate da filo spinato e costantemente sorvegliati (i cd. CRA: *centres de rétention administrative*), gli stranieri in situazione irregolare che debbono lasciare il territorio francese e per i quali vi siano difficoltà concrete per l'allontanamento (ad esempio, se manca il visto consolare del Paese di destinazione, o se non vi è alcun mezzo di trasporto, o se mancano i documenti di viaggio...).

Sin dalla legge *Besson*, già ricordata<sup>34</sup>, dell'11 giugno 2011 ed in applicazione della direttiva rimpatri del 16 dicembre 2008, l'ordinamento francese ha cercato di fare del trattenimento amministrativo l'eccezione e dell'obbligo di dimora (*l'assignation à résidence*) la regola. La legge del 2011, seguita da quella del 7 marzo

<sup>30</sup> Il che ci ricorda altresì la giurisprudenza della Corte europea a proposito degli hotspot italiani (cfr. la sentenza della Corte europea *Kblajfiae altri c./ Italia* del 15 dicembre 2016, per fatti accaduti nel 2011, nella quale l'Italia è stata condannata per violazione dell'art. 5 CEDU: secondo la Corte, gli hotspot costituiscono in realtà dei luoghi di detenzione e di privazione della libertà, senza alcuna base legale e senza autorizzazione dell'autorità giudiziaria).

<sup>31</sup> Corte EDU, 25 giugno 1996, *Amuur c/ France*, req. n. 19776/92.

<sup>32</sup> Corte EDU, 26 aprile 2007, *Gebremedhin c./ France*, req. n.25389/05.

<sup>33</sup> Legge n. 2007-1631 del 20 novembre 2007 *relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*.

<sup>34</sup> Legge n. 2011-672 del 16 giugno 2011 *relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, cit.*

2016<sup>35</sup> e, da ultimo, da quella del 10 settembre 2018<sup>36</sup>, intende far prevalere la misura alternativa dell'*assignation à résidence* (che consiste nell'obbligo di dimora in un'abitazione o in una camera d'hotel e nell'obbligo di firma giornaliero) su quella del trattenimento amministrativo nei centri di trattenimento, qualora vi fossero ostacoli all'allontanamento forzato dello straniero. In virtù di tale logica, lo straniero che deve essere allontanato sarà quindi trattenuto nei *centres de rétention* solo qualora vi sia un rischio di fuga o un'opposizione alla sua partenza forzata e se non riesca a fornire alle autorità garanzie effettive di rappresentazione. Tuttavia, nonostante questa sia la logica presente nei testi, in pratica il numero di trattenimenti in Francia eccede di molto quello delle *assignations à résidence*<sup>37</sup> e negli anni il numero di stranieri trattenuti è cresciuto in modo esponenziale: basti pensare che esso è passato da 14.260 nel 1999 a più di 26.000 nel 2017 e che tra il 2016 ed il 2017 l'aumento è stato del 17%<sup>38</sup>.

Inoltre, a seguito della legge n. 187 del 21 marzo 2018<sup>39</sup>, possono essere oramai trattenuti nei CRA anche gli stranieri cd. "dublinati", cioè i richiedenti asilo a cui si applica il sistema "Dublino", i quali attendono di essere trasferiti verso lo Stato membro dell'UE responsabile del trattamento della domanda di asilo. Tale legge, che permette, di fatto, un trattenimento "preventivo" finalizzato a mantenere i richiedenti asilo a disposizione dell'amministrazione per il tempo necessario alla determinazione dello Stato responsabile, è stata resa necessaria dopo alcune sentenze che sancivano esattamente il principio opposto, adottate dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato francesi<sup>40</sup>.

Anche i minori che accompagnano la loro famiglia possono, in via eccezionale, essere trattenuti nei *centres de rétention*. Le pratiche francesi in materia di trattenimento dei minori nei CRA sono state oggetto non solo di aspre critiche provenienti da una parte della dottrina e da molte associazioni operanti nel settore, ma anche e soprattutto oggetto di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Francia è stata

---

<sup>35</sup> Legge n. 2016-274 del 7 marzo 2016 *relative au droit des étrangers en France*, cit.

<sup>36</sup> Legge n. 2018-778 del 10 settembre 2018 *pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, cit.

<sup>37</sup> Nel 2013 per esempio, si contavano in Francia circa 1.600 *assignations à résidence* contro più di 24.000 trattenimenti nei CRA. Nel 2017, nella sola Francia metropolitana (escluso l'Oltre-Mare), il Ministero degli interni calcolava 26.055 decisioni di trattenimento nei CRA, contro 8.791 *assignations à résidence*. V. in particolare le relazioni annuali sui CRA pubblicati dalla Cimade in collaborazione con altre associazioni di difesa dei diritti degli immigrati ed operanti nei Centri di trattenimento, quali Forum réfugiés-Così, ASSFAM, France Terre d'asile.

<sup>38</sup> Sui dati ufficiali forniti dal Ministero degli Interni cfr., da ultimo, lo studio d'impatto che precede la legge del 10 settembre 2018

(<https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000036629528&type=general&legislature=15>) e le relazioni sui *Centres de rétention administrative* pubblicate ogni anno dalla CIMADE (<https://www.lacimade.org/publication/rapport-2017-sur-les-centres-et-locaux-de-retention-administrative/>).

<sup>39</sup> Legge n. 2018-187 del 20 marzo 2018 *relative à la bonne application du régime d'asile européen*.

<sup>40</sup> CJUE, 2a camera, 15 marzo 2017, aff.C-528/15, *Al Chodor*, *Cour de cassation*, 1<sup>ère</sup>civ., 27 settembre 2017, n. 17-15.160 e *Conseil d'État*, 5 marzo 2018, req. n. 405474.

difatti condannata una prima volta, nel 2012, con la sentenza *Popov c. France*<sup>41</sup>, poi, nel luglio 2016, ha subito cinque condanne nello stesso giorno su cinque cause diverse<sup>42</sup>. Tuttavia, in tali sentenze, i giudici di Strasburgo non hanno condannato il principio del trattenimento dei minori in sé, ma si sono basati su elementi concreti rilevanti nei casi sottoposti al loro esame, quali la giovane età dei minori, la durata del trattenimento e l'inadeguatezza dei locali rispetto all'accoglienza delle famiglie, per concludere che si era verificata una violazione dell'art. 3 della CEDU che proibisce i trattamenti inumani e degradanti.

Peraltro, nonostante le condanne della Corte EDU e nonostante il monito molto forte proveniente dal *Défenseur des droits*<sup>43</sup>, le leggi del 7 marzo 2016<sup>44</sup> e del 10 settembre 2018<sup>45</sup> non hanno abrogato la possibilità di trattenere i minori nei CRA, ma ne hanno soltanto limitato l'applicazione ad alcune ipotesi ben precise (ad esempio se il genitore sottoposto alla misura di allontanamento dal territorio ha cercato di fuggire o se si è sottratto ad una precedente misura dello stesso tipo), prevedendo in ogni caso che il trattenimento del minore deve durare il meno possibile, che i locali devono essere adeguati all'accoglienza delle famiglie e che si deve sempre tenere conto dell'interesse superiore del minore<sup>46</sup>.

L'autorità competente per decidere il trattenimento degli stranieri nei CRA è il prefetto. Le decisioni da questo assunte sono soggette al controllo del giudice ordinario (il giudice delle libertà e della detenzione, JLD), il cui intervento è stato anticipato (dopo 48 ore anziché dopo 5 giorni), grazie alla legge che, nel 2016<sup>47</sup>, ha riformato il contenzioso, per evitare che un immigrato venga allontanato da un CRA senza che il giudice si sia potuto pronunciare. Quindi, il prefetto è competente per decidere del trattenimento, ma per rinnovare la misura al di là di 48 ore deve intervenire il JLD, ed è sempre il JLD che verifica la legalità della decisione iniziale del prefetto.

Come per le zone di attesa, sin dall'entrata nel centro lo straniero è informato sui propri diritti in una lingua che comprende. Egli ha diritto ad un avvocato, ad un medico, ad un interprete. Ha diritto altresì a comunicare con l'esterno (può anche possedere un telefono cellulare, purché non possa scattare fotografie) e ad un locale adeguato per ricevere le visite dell'avvocato in tutta confidenza. Tuttavia, nonostante tali garanzie, le associazioni che operano in questi centri, così come il Difensore dei diritti<sup>48</sup>,

<sup>41</sup> Corte EDU, 5a Sez., 19 gennaio 2012, *Popov c. France*, req. n. 39472/07 e 39474/07.

<sup>42</sup> Corte EDU, 12 luglio 2016, cause *A.B. et autres c. France* (n.11593/12); *R.M. et M.M. c. France* (n. 33201/11); *A.M. et autres c. France* (n. 24587/12); *R.K. c. France* (n. 68264/14); *R.C. c. France* (n. 76491/14).

<sup>43</sup> In particolare v. la relazione molto critica del *Défenseur des droits*, *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, 9 maggio 2016 (<https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2016/05/les-droits-fondamentaux-des-etrangers-en-france>).

<sup>44</sup> Legge n. 2016-274 del 7 marzo 2016 *relative au droit des étrangers en France*, *cit.*

<sup>45</sup> Legge n. 2018-778 del 10 settembre 2018 *pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, *cit.*

<sup>46</sup> Articolo L. 551-1 del CESEDA.

<sup>47</sup> Legge n. 2016-274 del 7 marzo 2016 *relative au droit des étrangers en France*, *cit.*

<sup>48</sup> *Défenseur des droits*, *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, *cit.*

denunciano regolarmente le gravi carenze circa le condizioni di igiene e di vita di questi centri e le gravi violazioni dei diritti fondamentali delle persone ivi trattenute.

In pratica, il tempo trascorso in questi centri dovrebbe permettere all'amministrazione di organizzare la partenza dello straniero verso il Paese di destinazione, ma i dati dimostrano che solo una minoranza lascia effettivamente il CRA per raggiungere il Paese di destinazione (40,80 %), mentre la maggioranza delle persone trattenute sarà rilasciata alla fine del periodo legale massimo del trattenimento.

Sicché, al fine di rendere la politica degli allontanamenti più efficace, le leggi che si sono susseguite hanno costantemente allungato la durata massima del trattenimento amministrativo. Da ultimo, la legge del 10 settembre 2018 ha prolungato i termini da 45 a 90 giorni (la legge *Besson* del 2011 aveva già allungato i termini da 32 a 45 giorni). Tale scelta, tuttavia, lascia perplessi ed è stata oggetto, difatti, di numerose critiche da parte di studiosi e di operatori del settore. Le critiche si fondano essenzialmente sui dati statistici e quindi sull'inadeguatezza dell'allungamento dei termini massimi rispetto all'obiettivo perseguito dal Governo. I dati mostrano che il termine medio per l'allontanamento dai centri è di 12 giorni<sup>49</sup>, e che, passato un certo lasso di tempo (inferiore a due settimane), l'esecuzione della misura di allontanamento è fortemente compromessa, a causa di ostacoli pressoché insormontabili (quali l'identificazione della persona, il rilascio del visto consolare, la determinazione di un Paese di destinazione...). Di conseguenza, secondo le voci critiche, l'allungamento dei termini non servirebbe ad allontanare realmente gli stranieri, ma a mantenere le persone rinchiusi nei centri il più a lungo possibile, concependo di fatto tale misura quasi come una misura detentiva per gli stranieri in situazione irregolare. Questo tipo di misure veicolerebbe, in realtà, un messaggio demagogico da parte dei governi che le decidono, un messaggio di fermezza nei confronti degli immigrati in situazione irregolare che arrivano nei nostri Paesi e di contrasto ai flussi migratori.

Il Consiglio costituzionale ha avuto diverse occasioni per pronunciarsi sul trattenimento amministrativo degli stranieri senza però mai censurare il principio stesso del trattenimento, né il fatto che esso si debba effettuare in dei centri chiusi, simili, per molti versi, a veri e propri luoghi di detenzione. Da un'analisi della giurisprudenza costituzionale adottata nel corso degli anni, si rileva una prevalenza, nelle sentenze del giudice costituzionale, delle esigenze legate ai bisogni dell'amministrazione, alla lotta contro l'immigrazione irregolare ed alla tutela dell'ordine pubblico, piuttosto che di quelle legate alla garanzia dei diritti delle persone trattenute<sup>50</sup>. È significativo, ad esempio, che quando si tratti di verificare la conformità

---

<sup>49</sup> Secondo i dati del Ministero degli interni che figurano, da ultimo, nello studio d'impatto per il progetto di legge del 10 settembre 2018, *cit.*

<sup>50</sup> In tal senso, v. le analisi di due studiosi specialisti del diritto dell'immigrazione in Francia, E. AUBIN, *Droit des étrangers*, Issy-les-Moulineaux, 3a edizione, 2014, 479; O. LECUCQ, *Le cadre constitutionnel de la rétention administrative*, in O. LECUCQ (cur.), *La rétention administrative des étrangers*, Parigi, 2011, p. 157.

alla Costituzione di norme riguardanti l'istituto del trattenimento amministrativo degli stranieri, il Consiglio costituzionale usi spesso e volentieri la frase secondo cui «*aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national*»<sup>51</sup> o quella per cui «*l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle*»<sup>52</sup>. Peraltro, in tali sentenze, il giudice costituzionale si è sempre limitato a censurare dettagli, lasciando intatto l'impianto generale del trattenimento amministrativo.

### 3.3. Il cd. “*délit de solidarité*”

Un ultimo aspetto della legislazione sull'immigrazione francese merita, a mio avviso, un'attenzione particolare e suscita un certo interesse soprattutto per il lettore italiano, specialmente alla luce delle recenti vicende riguardanti alcune esperienze di accoglienza per gli stranieri, al limite della legalità, e tuttavia improntati al semplice e basilare principio di solidarietà<sup>53</sup>. Si tratta di un'ipotesi di reato che attira da anni l'attenzione delle associazioni, dei giudici, dell'opinione pubblica e della classe politica francesi e che concerne chi favorisca l'entrata, la circolazione o il soggiorno degli stranieri in situazione irregolare sul territorio francese. L'art. L. 622-1 del CESEDA prevede che «salvo i casi previsti dall'art. L. 622-4, chiunque, tramite un aiuto diretto o indiretto, faciliti o tenti di facilitare l'ingresso, la circolazione, o il soggiorno irregolari di uno straniero in Francia sarà punito con una pena detentiva di cinque anni e con una pena pecuniaria di 30.000 euro»<sup>54</sup>.

Tale ipotesi di reato, che in realtà esiste in Francia sin da un decreto-legge della Terza Repubblica (9 maggio 1938)<sup>55</sup>, e che si è evoluta fino ad oggi grazie a modifiche legislative successive, è chiamata, in modo molto suggestivo, “*délit de solidarité*”, cioè “reato di solidarietà”<sup>56</sup>. L'espressione risale al 2003, anno

---

<sup>51</sup> *Conseil constitutionnel*, sentenza n. 93-325 DC del 13 agosto 1993, *cit.*, cons. 2; sentenza n. 2003-484 DC del 20 novembre 2003, cons. 28; sentenza n. 2011-631 DC, *cit.*, cons. 64.

<sup>52</sup> *Conseil constitutionnel*, sentenza n. 2003-484 DC del 20 novembre 2003, *cit.*, cons. 23; sentenza n. 2011-631 DC, *cit.*, cons. 64.

<sup>53</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla ben nota vicenda di Riace ed del sistema di accoglienza posto in essere dal sindaco Domenico Lucano, indagato e messo agli arresti domiciliari per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

<sup>54</sup> L'art. L. 622-1, 1° comma, del CESEDA prevede: «*Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30.000 Euros*».

<sup>55</sup> Si tratta del decreto-legge del 2 maggio 1938 sulla polizia degli stranieri, il cui obiettivo (come si evince dal rapporto del Governo dell'epoca) era quello di punire «*toutes les officines louches, tous les individus qui, gravitant autour des étrangers indésirables, font un trafic honteux de fausses pièces, de faux passeports*» («*quelle fabbrichette losche, quelle persone che gravitano intorno agli stranieri indesiderati, facendo un traffico vergognoso di documenti falsi, di falsi passaporti*»).

<sup>56</sup> Cfr. GISTI - Groupe d'information et de soutien des immigrés, *Délit de solidarité: les origines, Plein droit*, 2009/3, n. 82; D. Lochak, *La solidarité, un délit ?*, *Après-demain*, 2013/3, 7-9.

in cui fu firmato un documento chiamato il *Manifesto dei delinquenti della solidarietà* (*le Manifeste des délinquants de la solidarité*<sup>57</sup>), nel quale 354 organizzazioni e circa 20.000 persone firmatarie si dichiaravano, appunto, “delinquenti della solidarietà”, affermando con fermezza di volere aiutare gli stranieri in situazione irregolare che ne avessero bisogno ed assumendo completamente il rischio di essere perseguiti dalla legge. I “delinquenti della solidarietà” sono persone comuni, a volte militanti, a volte no, a volte associazioni, a volte singoli, che si adoperano per aiutare le persone che tentano di passare le frontiere in condizioni spesso molto pericolose (ad esempio quando si tratti della frontiera alpina tra l’Italia e la Francia) o che aiutano gli stranieri già entrati sul territorio francese (come le persone che si trovavano nella cd. “giungla di Calais”), fornendo loro vitto e alloggio o semplicemente un mezzo di trasporto per la stazione ferroviaria più vicina.

Nel corso degli anni, il dibattito intorno al reato di solidarietà si è focalizzato soprattutto sui casi di esenzione dalla responsabilità previsti dall’art. L. 622-4 del CESEDA. Tali esimenti si sono via via venute ad allargare con diversi interventi legislativi (grazie anche alle spinte in questo senso provenienti dalle organizzazioni in difesa dei diritti degli immigrati e di parte della società civile), sino a giungere alla legge del 10 settembre 2018<sup>58</sup> che ha dovuto, sul punto, tenere conto di un’importante sentenza del Consiglio costituzionale del 6 luglio 2018<sup>59</sup>.

Nell’ultima versione dell’art. L. 622-4 del CESEDA, antecedente la riforma del 10 settembre 2018, non era perseguibile il favoreggiamento del (solo) soggiorno irregolare dello straniero (e non anche dell’entrata e della circolazione che restavano, in ogni caso, punibili), quando fosse perpetrato da familiari o congiunti (punti n. 1 e 2), o da qualunque persona fisica o giuridica, a condizione, in questo caso, che l’aiuto non avesse dato luogo a corrispettivi diretti o indiretti e che consistesse nel fornire consulenza legale, oppure vitto, alloggio oppure cure mediche, destinati ad assicurare condizioni di vita dignitose allo straniero, o in qualunque altro supporto finalizzato a preservare la sua dignità ed integrità fisica (punto n. 3).

Queste disposizioni del CESEDA sono state parzialmente censurate dalla sentenza QPC del 6 luglio 2018<sup>60</sup>, giunta al seguito di una vicenda giudiziaria (e mediatica) che ha visto come protagonisti Cédric

---

<sup>57</sup> Il testo, dopo aver constatato che «quelli che difendono lo Stato di diritto e la necessità dell’ospitalità sono sempre più minacciati di essere perseguiti dalla giustizia, se non anche direttamente messi sotto accusa, per avere semplicemente ospitato gratuitamente uno straniero in situazione irregolare», concludeva con queste parole: «Noi dichiariamo di avere aiutato degli stranieri in situazione irregolare. Dichiariamo di volere continuarlo a fare [...] Se la solidarietà è un reato, chiedo di essere perseguito(a) per tale reato».

<sup>58</sup> Legge n. 2018-778 del 10 settembre 2018 *pour une immigration maîtrisée, un droit d’asile effectif et une intégration réussie*, *cit.*

<sup>59</sup> *Conseil constitutionnel*, sentenza n. 2018-717-718 QPC del 6 luglio 2018.

<sup>60</sup> *Conseil constitutionnel*, sentenza n. 2018-717-718 QPC del 6 luglio 2018, *cit.* V. M. DAICAMPI, *Emersione di un principio costituzionale: il Conseil Constitutionnel su fraternité e azioni umanitarie a favore dei migranti*, DPCE on line, 2018/3; A.M. LECIS, *Principio di fraternità e aiuto umanitario ai migranti irregolari: dal Conseil constitutionnel un’importante pronuncia sul “reato di solidarietà”*, *Diritti comparati*, 30 luglio 2018 (<http://www.diritticomparati.it/principio-di->

Herrou e Pierre Alain Mannoni, un contadino residente nella valle Roya ed un ricercatore di Nizza, diventati, in qualche modo, il simbolo degli auto-proclamati “delinquenti della solidarietà”.

Condannati entrambi in primo grado e in appello per avere aiutato, in questi anni, molti stranieri in situazione irregolare alla frontiera italo-francese a soggiornare e a circolare sul territorio, Cédric Herrou et Pierre Alain Mannoni hanno sollevato una questione prioritaria di costituzionalità davanti al Consiglio costituzionale, contestando, in nome del principio di fraternità, il fatto che l'esimente prevista dall'art. L. 622-4 del CESEDA fosse limitata al solo soggiorno (e non si estendesse anche all'ingresso e alla circolazione sul territorio) e che il punto 3 dell'art. L. 622-4 (che riguarda l'aiuto proveniente da persone non appartenenti alla famiglia) non si riferisse, per esonerare dalla responsabilità, ad atti compiuti con un fine “meramente umanitario”.

La sentenza del Consiglio costituzionale ha parzialmente accolto queste censure, riconoscendo per la prima volta l'esistenza di un principio costituzionale di “fraternità”, derivante dall'art. 2 della Costituzione del 1958 secondo il quale «Il motto della Repubblica è “Libertà, Uguaglianza, Fraternità”»<sup>61</sup>. Come si poteva prevedere, la sentenza ha avuto un impatto mediatico molto forte e, dal punto di vista strettamente giuridico, ha condotto ad una modifica dell'art. L. 622-4 del CESEDA, avvenuta in occasione della riforma legislativa del 10 settembre 2018<sup>62</sup>. Tale modifica ha allargato le ipotesi di esclusione dalla responsabilità, includendo, oltre all'aiuto al soggiorno dello straniero, anche il favoreggiamento alla circolazione (mentre il favoreggiamento all'ingresso nel territorio resta sempre sanzionato) ed inserendo altresì, al punto 3, l'esimente derivante dal fatto di aver dato aiuto a scopo «esclusivamente umanitario»<sup>63</sup>. Sicuramente, la carica simbolica e gli effetti giuridici di questa decisione sono importanti, ma nonostante ciò il *délit de solidarité* continua a fare discutere, dato l'impiego che ne è fatto da parte di alcuni giudici (considerato, da molte associazioni, come iniquo e disinvolto). È proprio di questi giorni (13 dicembre

---

[fraternita-e-aiuto-umanitario-ai-migranti-irregolari-dal-conseil-constitutionnel-unimportante-pronuncia-sul-reato-di-solidarieta/](#).

<sup>61</sup> *Conseil constitutionnel*, sentenza n. 2018-717-718 QPC del 6 luglio 2018, *cit.*, punto 7.

<sup>62</sup> Legge n. 2018-778 del 10 settembre 2018 *pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, *cit.*

<sup>63</sup> Il nuovo art. L. 622-4 del CESEDA, modificato dalla legge del 10 settembre 2018, prevede: « *Sans préjudice des articles L. 621-2, L. 623-1, L. 623-2 et L. 623-3, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger lorsqu'elle est le fait: 1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint; 2° Du conjoint de l'étranger, de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui, ou des ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint de l'étranger ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui; 3° De toute personne physique ou morale lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire.*

*Les exceptions prévues aux 1° et 2° ne s'appliquent pas lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide à la circulation ou au séjour irréguliers vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant en France avec le premier conjoint ».*

2018) la condanna in primo grado pronunciata dal Tribunale di Gap nei confronti dei “7 di Briançon”<sup>64</sup>, sette persone, uomini e donne, che nell’aprile 2018 avevano partecipato ad una marcia solidale per denunciare le violenze commesse da un gruppuscolo di estremisti xenofobi (*Génération Identitaire*) contro degli immigrati che si trovavano alla frontiera italo-francese, nei pressi di Briançon (cittadina francese a 15 km dalla frontiera italiana, sul valico alpino del Colle del Monginevro) e per denunciare la militarizzazione della frontiera italo-francese. I capi d’imputazione mossi nei loro confronti erano il favoreggiamento all’ingresso nel territorio francese di persone in situazione irregolare e la banda organizzata, e la condanna si è fondata sul primo punto, facendo appunto riferimento all’art. L. 622-1 del CESEDA.

Da un altro punto di vista tuttavia, si deve sottolineare che, malgrado le persistenti possibilità di incriminare le persone colpevoli del “reato di solidarietà”, vi è stato un evidente progresso nella tutela delle azioni volte all’aiuto degli immigrati in situazione irregolare. Basti pensare, a tal proposito, che proprio il giorno prima della condanna dei “7 di Briançon”, il 12 dicembre 2018, la Corte di Cassazione ha cassato con rinvio la condanna in appello di Cédric Herrou, basandosi sul nuovo disposto dell’art. L. 622-4 e considerando necessario che il giudice di merito si pronunci nuovamente sul caso, visto che Cédric Herrou aveva invocato il carattere umanitario della propria azione<sup>65</sup>.

Sul reato di solidarietà, dunque, non si è ancora messo un punto finale, così come è difficile metterne uno sul conflitto, riscontrabile in molte società fin dall’antichità, tra l’integrazione dello straniero, perché considerato come persona, ed il suo allontanamento (in senso figurato e non) perché considerato come minaccia.

---

<sup>64</sup> GISTI - Groupe d’information et de soutien des immigrés, *Les 7 de Briançon lourdement condamnés par le Tribunal de Gap*, Azione collettiva, 13 dicembre 2018 (<https://www.gisti.org/spip.php?article6049>).

<sup>65</sup> *Cour de cassation*, crim., sentenza n. 2923 del 12 dicembre 2018, 17-85.736.



# L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati: quali garanzie? Un'analisi comparata e interdisciplinare

**di Simone Penasa**

Ricercatore a t.d. di Diritto pubblico comparato  
Università degli Studi di Trento

**Sommario:** **1.** Le ragioni della centralità della questione: la misura empirica e normativa del fenomeno. **2.** Il quadro giuridico: dalla dimensione europea a quella statale. **3.** Il dato giurisprudenziale: il ruolo delle corti in prospettiva comparata. **4.** La sfida dell'effettività e la centralità delle garanzie tecniche e procedurali.

## **1. Le ragioni della centralità della questione: la misura empirica e normativa del fenomeno**

L'accertamento dell'età di una persona (*age assessment*) può essere definito quale «the process by which authorities seek to establish the chronological age or range of age of a person in order to establish whether an individual is a child or an adult»<sup>265</sup>. Tale processo può assumere rilievo giuridico in ambiti molto diversi, tra i quali negli ultimi anni è venuto ad assumere una particolare centralità quello della determinazione dell'età delle persone che, dichiarandosi minori di età, presentano o esprimono la volontà di presentare una domanda di protezione internazionale, una volta raggiunto il territorio di uno Stato terzo rispetto a quello di cittadinanza o residenza (o transito, cfr. la Libia).

In tale contesto, la fase – e le concrete modalità attraverso le quali si svolge – dell'accertamento dell'età della persona richiedente asilo può risultare problematica dal punto di vista tecnico-procedurale e decisiva dal punto di vista normativo, alla luce delle molteplici conseguenze in termini di tutele che ne possono derivare. Inoltre, le caratteristiche stesse del fenomeno migratorio contribuiscono a sancirne la centralità, oltre che la complessità.

Le statistiche relative alla registrazione a fini civili delle nascite nei Paesi di provenienza delle persone richiedenti asilo in Unione europea rivelano infatti tassi diffusi molto bassi, tanto relativamente alla data di nascita quanto alla vera e propria dichiarazione dei registri dello stato civile, spesso carenti o inesistenti in tali aree geografiche. Secondo i dati richiamati dall'EASO nella seconda edizione della *Practical Guide on Age Assessment* (2018), nel periodo 2003-2007 meno del 10% dei Paesi africani hanno certificato il

---

<sup>265</sup> EASO, *Practical Guide on Age assessment*, II ed., 2018, p. 65. Cfr. anche Fundamental Rights Agency, *Handbook on European Law relating to the Rights of the Child*, 2018, pp. 166 ss.

numero totale delle nascite, percentuale bassa in assoluto e ancor più rilevante se confrontata con quella che caratterizza i Paesi europei (90%)<sup>266</sup>. Inoltre, anche dove previste e assicurate, le modalità di registrazione subiscono una elevata variabilità nei diversi contesti nazionali: ad esempio, in Somalia unicamente il 3% dei bambini sotto i cinque anni sono registrati al momento della nascita, mentre in Afghanistan tale valore raggiunge il 37%<sup>267</sup>. Tale ultimo dato subisce però una significativa diminuzione – raggiungendo un valore ricompreso tra il 6 e il 10% – con riferimento ai minori nati 14-18 anni fa, rappresentando quest'ultima una fascia particolarmente significativa di minori non accompagnati a livello europeo<sup>268</sup>. A livello globale, quasi 230 milioni di bambini sotto i cinque anni non sono mai stati registrati; di questi, il 59% vivono in Asia e il 37% in Paesi dell'Africa sub-sahariana<sup>269</sup>. Pertanto, questo dato strutturale aumenta la difficoltà, dovuta alle spesso drammatiche modalità di svolgimento del viaggio verso l'Europa, o l'oggettiva impossibilità *ab origine* di recare e produrre documenti affidabili in grado di certificare la data di nascita e la stessa identità del migrante nel momento del primo contatto con le autorità nazionali del Paese di arrivo, facendo di conseguenza sorgere in queste ultime l'esigenza di verificare attraverso altre modalità e procedure, alternative a quelle basate su prove esclusivamente documentali, l'identità e l'età dei richiedenti protezione internazionale.

A tale dato oggettivo si affianca, secondo un trend costantemente crescente che ha conosciuto un deciso rallentamento solo a partire dal 2018, l'ulteriore elemento delle dimensioni quantitative del fenomeno migratorio verso l'Europa e, al suo interno, della presenza di minori non accompagnati. Secondo le statistiche pubblicate dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, nella prima metà del 2017<sup>270</sup> erano 18.486 i minori stranieri non accompagnati presenti sul territorio italiano, con un trend di crescita esponenziale rispetto al medesimo periodo degli anni precedenti (+ 33,6% rispetto al 2016; + 106% rispetto al 2015). Di questi, evidenziandosi un dato fondamentale ai fini del presente scritto, almeno il 60% risultava collocabile in una fascia di età vicina ai 18 anni (il 7,1% inferiore ai 15 anni). Anche in relazione alle domande di protezione internazionale presentate, il numero è quasi raddoppiato nei primi due quadrimestri del 2017 (5.960) rispetto al 2016 (3.181). Nel corso del 2018, in linea con la progressiva diminuzione degli arrivi, le domande presentate da minori stranieri non accompagnati si sono

---

<sup>266</sup> EASO, *Practical Guide on Age assessment*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>267</sup> G. NOLL, *Junk Science? Four Arguments against the Radiological Age Assessment of Unaccompanied Minors Seeking Asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, 2/2016, p. 237.

<sup>268</sup> EASO, *Practical Guide on Age assessment*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>269</sup> M.A. KENNY – M. LOUGHRY, *Addressing the limitations of age determination for unaccompanied minors: A way forward*, in *Children and Youth Services Review*, 92, 2018, p. 17.

<sup>270</sup> Report di monitoraggio sui Minori Stranieri Non Accompagnati (MSNA), 31 agosto 2017.

sostanzialmente dimezzate rispetto al 2017 (3.676 rispetto a 9.782), confermandosi al contempo il dato secondo cui la maggior parte dei minori accolti ha un'età compresa tra 16 e 17 anni<sup>271</sup>.

A fronte di tali dimensioni e caratteristiche del fenomeno, è necessario introdurre ulteriori elementi di complessità, tanto normativa quanto tecnica. Infatti, a fronte dell'incertezza derivante dalla spesso carente documentazione a disposizione, le autorità nazionali tendono ad integrare gli elementi di prova documentale con elementi di altra natura, fino a prevedere l'utilizzo di metodi e parametri di natura medica finalizzati a determinare l'età del minore richiedente asilo. Alla luce delle esperienze maturate, sono tre gli approcci principali all'accertamento dell'età<sup>272</sup>: un approccio «*non-medical*», nel quale si svolge una valutazione della documentazione esistente, una valutazione visiva basata sulle caratteristiche fisiche della persona e un colloquio che fornisce una narrazione relativa alla vita e alle condizioni della persona<sup>273</sup>; un approccio «*medical*», nel quale si prevede una valutazione fisica e radiografica (con diverse tecniche impiegabili); infine, un approccio di tipo multidisciplinare, o olistico, basato sull'integrazione delle informazioni ottenute attraverso l'approccio medico e quello non medico e sul metodo della collaborazione interdisciplinare quale condizione necessaria a garantire un risultato adeguato alla tutela dei diritti dei soggetti vulnerabili coinvolti.

I metodi utilizzati e le modalità di svolgimento dell'accertamento dell'età assumono una particolare rilevanza sia rispetto alla capacità di garantire risultati tecnicamente attendibili e affidabili, sia di assicurare il rispetto effettivo delle garanzie – sia sostanziali che procedurali – che devono essere riconosciute all'interno della procedura a soggetti particolarmente vulnerabili. In tal senso, dal punto di vista della affidabilità delle tecniche utilizzate, all'interno della comunità scientifica vengono contestate in modo diffuso tanto l'accuratezza quanto l'attendibilità dei metodi di tipo medico, non esistendo – allo stato delle attuali conoscenze scientifiche – nessuna tecnica di accertamento dell'età in grado di fornire risultati esatti sull'età cronologica, in quanto ogni metodo ha un margine di errore che non può essere eliminato, essendo soggetto a una serie complessa di variabili di diversa natura (biologica, sociale, etnica, culturale, fenotipica)<sup>274</sup>. Oltre al margine di errore, intrinseco alla procedura, si evidenzia una rilevante percentuale

---

<sup>271</sup> Report di monitoraggio sui Minori Stranieri Non Accompagnati (MSNA), dicembre 2018, p. 20.

<sup>272</sup> EASO, *Practical Guide on Age assessment*, op. cit., pp. 39 ss.

<sup>273</sup> Sull'importanza della valutazione basata sulla narrazione, A.I. VASKA – J. BENSON – J.A. ELIOTT – J. WILLIAMS, *Age determination in refugee children: A narrative history tool for use in holistic age assessment*, in *Journal of Paediatrics and Child Health*, 52, 2016, pp. 523-528.

<sup>274</sup> *Ex plurimis*, G. NOLL, *Junk Science? Four Arguments against the Radiological Age Assessment of Unaccompanied Minors Seeking Asylum*, op. cit.; FRA, *Age assessment and fingerprinting of children in asylum procedures. Minimum age requirements concerning children's rights in the EU Age assessment and fingerprinting*, 2018, p. 10; M. TISÈ – L. MAZZARINI et al., *Applicability of Grenlich and Pyle method for age assessment in forensic practice on an Italian sample*, in *International Journal of Legal Medicine*, 125, 2011, p. 413; J. MOYERSON, *Minori non accompagnati: l'articolata ed ostica questione dell'accertamento dell'età*, in *Minorigiustizia*, 3/2017, p. 89.

di errori nella valutazione, i quali possono dipendere dall'esperto che svolge gli accertamenti o dai parametri utilizzati<sup>275</sup>. Risulta pertanto non corretto dal punto di vista scientifico e irragionevole, oltre che illegittimo alla luce delle conseguenze sullo status della persona derivanti dalla attribuzione della minore o maggiore età, dal punto di vista giuridico ricondurre un esito certo ad una procedura che si fonda sull'utilizzo di metodi intrinsecamente probabilistici<sup>276</sup>.

Alla luce della ineliminabile variabilità dei metodi scientifici in tale ambito, gli standard internazionali affermano l'opportunità di applicare un approccio interdisciplinare od olistico, che non si concentri esclusivamente sulla determinazione dell'età cronologica ma adotti una prospettiva globale, capace di prendere in considerazione fattori diversi, fisici, psicologici, relativi al grado di sviluppo, ambientali e culturali<sup>277</sup>.

Pur aderendo, come peraltro pare avvenire in modo sempre più ricorrente a livello nazionale, alla opzione di adottare tale ultimo approccio, tenuto conto della diversa natura degli elementi utilizzati e della compresenza di diverse competenze, è stata rilevata la necessità di identificare, anche all'interno di una procedura multidisciplinare e olistica, in modo predeterminato e prevedibile quegli elementi che possano essere oggetto di valutazione e quale rilievo debba essere attribuito a ciascuno<sup>278</sup>. A tal fine, a livello internazionale, viene raccomandato che tali procedure siano disciplinate in modo organico a livello legislativo<sup>279</sup>.

## 2. Il quadro giuridico: dalla dimensione europea a quella statale

Come emerge in modo esplicito da documenti e report internazionali<sup>280</sup>, i diversi ordinamenti nazionali nel contesto europeo adottano discipline giuridiche molto differenziate, tanto rispetto alla fonte utilizzata (legislativa, regolamentare, o latamente amministrativa<sup>281</sup>) quanto rispetto alle modalità e alle tecniche impiegabili all'interno della procedura di accertamento dell'età.

---

<sup>275</sup> P. MOSTAD – F. TAMSEN, *Error rates for unvalidated medical age assessment procedures*, in *International Journal of Legal Medicine*, 133, 2019, pp. 613-623.

<sup>276</sup> J. MOYERSON, *Minori non accompagnati: l'articolata ed ostica questione dell'accertamento dell'età*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>277</sup> Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, *Child-friendly age assessment for unaccompanied migrant Children*, Consiglio d'Europa, Doc. 14434, 31 ottobre 2017, p. 12.

<sup>278</sup> M.A. KENNY – M. LOUGHRY, *Addressing the limitations of age determination for unaccompanied minors: A way forward*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>279</sup> Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, *Child-friendly age assessment for unaccompanied migrant Children*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>280</sup> AIDA, *The concept of vulnerability in European asylum procedures*, European Council of Refugees and Exiles, 2017, p. 35.

<sup>281</sup> Ad hoc Committee for the Rights of the Child (CAHENF), *Age assessment: Council of Europe member states' policies, procedures and practices respectful of children's rights in the context of migration*, report, Consiglio d'Europa, 2017, p. 37.

In particolare, dal punto di vista delle garanzie formalmente previste, viene affermato il principio secondo cui metodi di accertamento basati su elementi di natura medico-scientifica (osservazionale o mediante strumenti radiografici, principalmente del distretto mano-polso o dell'arcata dentale) possono essere utilizzati in modo solo eventuale e comunque solo quando gli altri metodi non abbiano consentito di raggiungere un esito certo e affidabile: pertanto il metodo medico-scientifico dovrebbe essere considerato, alla luce degli standard internazionali e nazionali (sanciti anche esplicitamente a livello legislativo), quale “ultima risorsa”, eventuale e comunque non decisivo *ex se*, alla luce della richiamata variabilità degli esiti<sup>282</sup>. In tal senso, la scelta politica di assicurare rango legislativo alla disciplina in materia rappresenta indubbiamente una garanzia essenziale. Ciò può infatti consentire una significativa riduzione dell'ambito discrezionale delle scelte – tanto nell'*an* quanto nel *quomodo* – operate dalla pubblica amministrazione in tale fase, riconoscendo al contempo una funzione garantista centrale della giurisdizione, sia nel momento della autorizzazione allo svolgimento dell'accertamento sia in quello dell'eventuale ricorso avverso gli esiti del medesimo.

Le considerazioni da ultimo svolte assumono un rilievo ancora maggiore alla luce dello scollamento tra livello normativo e prassi concretamente adottate che caratterizza tale contesto<sup>283</sup>. Infatti, la tendenza comune sembra convergere verso un utilizzo prevalente – in alcuni casi esclusivo – di metodi di natura medico-scientifica, anche quando a livello legislativo si afferma la natura solo residuale e comunque non decisiva dei medesimi.

Tale tendenza si pone in contrasto con i principi che in materia sono ricavabili dal livello internazionale ed europeo. Da un lato, infatti, le fonti pattizie internazionali sanciscono due principi che devono orientare l'azione delle autorità nazionali, tanto legislative quanto amministrative, nella disciplina ed esecuzione delle procedure di accertamento dell'età dei minori non accompagnati richiedenti asilo: il *best interest* del minore e il beneficio del dubbio a favore di quest'ultimo, i quali orientano verso una selezione delle tecniche e caratteristiche di svolgimento delle procedure che siano, da un lato, *child-friendly* e adeguate alle caratteristiche della persona oggetto di accertamento (NOTA) e che assicurino, dall'altro lato, una presunzione di minore età nel caso persistano dubbi relativi alla concreta età cronologica della persona<sup>284</sup>. Come noto, il principio del *best interest of the child* viene sancito anche dall'art. 24, secondo comma, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, secondo cui «in tutti gli atti relativi ai bambini, siano

---

<sup>282</sup> FRA, *Age assessment and fingerprinting of children in asylum procedures*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>283</sup> AIDA, *The concept of vulnerability in European asylum procedures*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>284</sup> Sul punto, E. DI NAPOLI, *Riflessioni a margine della «nuova» procedura di accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell'art. 5 della l. 47/2017*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2017, in particolare pp. 4-9.

essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente».

A livello di diritto derivato, rilevano l'art. 25, quinto comma, della Direttiva 2013/32/UE recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, da un lato, e la Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in particolare l'art. 13, secondo comma.

Oltre a riaffermare il principio fondamentale del *best interest of the child*, le direttive citate forniscono indicazioni agli Stati membri relativamente alle modalità di svolgimento delle procedure di accertamento dell'età. Secondo l'art. 25, quinto comma, della citata direttiva 2013/32/UE, gli Stati membri possono effettuare visite mediche per accertare l'età del minore quando sussistano “dubbi” relativi all'età; tuttavia, confermando il *favor* per la presunzione della minore età, nel caso i dubbi persistano il richiedente deve essere considerato un minore. Da tale disposizione sembra possibile derivare pertanto una gerarchia tra metodi non-medici e metodi medici di accertamento dell'età, all'interno della quale ai secondi viene attribuita natura solo eventuale e comunque non esclusiva<sup>285</sup>.

Rispetto alle modalità di svolgimento degli accertamenti medici, la direttiva individua alcuni principi e garanzie che vincolano gli Stati membri, prevedendo che il minore non accompagnato sia informato prima dell'esame della domanda di protezione internazionale e in una lingua che capisce o che è ragionevole supporre possa capire, della possibilità che la sua età possa essere determinata attraverso una visita medica, comunicando in particolare il tipo di visita previsto, le possibili conseguenze dei risultati ai fini dell'esame della domanda di protezione internazionale e quelle derivanti da un eventuale rifiuto di sottoporsi alla visita. Si prevede inoltre che il minore, ed eventualmente il suo rappresentante, esprimano il proprio consenso allo svolgimento dell'accertamento medico e che, rispetto agli effetti della procedura all'interno della complessiva procedura di richiesta di protezione internazionale, si chiarisce che la eventuale decisione di respingere la domanda di protezione internazionale di un minore non accompagnato che ha rifiutato di sottoporsi a una visita medica non sia motivata unicamente da tale rifiuto.

La direttiva 2011/36/UE riguarda nello specifico i minori vittime di tratta e individua nell'interesse superiore del minore il parametro fondamentale che deve orientare l'applicazione delle misure prevista da tale fonte (art. 13, primo comma). Riconoscendo la speciale protezione che deve essere assicurata a tale categoria di individui particolarmente vulnerabili, il medesimo articolo chiama gli Stati a provvedere

---

<sup>285</sup> AIDA, *The concept of vulnerability in European asylum procedures*, op. cit., p. 35.

«affinché, ove l'età della vittima della tratta di esseri umani risulti incerta e vi sia motivo di ritenere che sia un minore, detta persona sia considerata minore al fine di ottenere accesso immediato all'assistenza, al sostegno e alla protezione» (art. 13, secondo comma) garantiti dalla direttiva (in particolare, artt. 14 e 15). Viene pertanto confermato il criterio della presunzione della minore età nel caso sussistano o persistano dubbi anche all'esito degli accertamenti effettuati, rispetto alle modalità dei quali peraltro la direttiva citata non prevede criteri o modalità specifiche, lasciando agli Stati un margine di discrezionalità, l'esercizio del quale viene comunque orientato dall'affermazione del principio del superiore interesse del minore e della presunzione di minore età.

Il richiamo dell'art. 13, secondo comma, della direttiva 2011/36/UE consente di evidenziare un ulteriore elemento di rilevanza delle specifiche modalità ed effetti dell'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati: la natura multidimensionale degli effetti potenzialmente derivanti dall'esito di tale procedura, i quali possono incidere a più livelli sulla situazione giuridica della persona che vi sia sottoposta<sup>286</sup>. Infatti, l'esito della procedura, anche alla luce del momento nel quale viene effettuato, può comportare: l'esclusione del presunto minore dalle speciali condizioni di accoglienza previste per tale categoria di soggetti vulnerabili a livello tanto europeo quanto nazionale; l'esito della procedura di riconoscimento di forme di protezione internazionale, nel caso in cui la mancata conferma della minore età a seguito dello svolgimento dell'accertamento incida sulla successiva valutazione della credibilità della persona; la limitazione della libertà personale, sia nel caso in cui la persona richiedente asilo minore di età sia soggetta a casi, condizioni e tempi di trattenimento diversi e più garantisti, sia nel caso di trattenimento o detenzione per condizione di irregolarità di una persona di cui si presume la maggiore età ma rispetto alla quale non sia stato predisposto, o sia predisposto in ritardo o in modo inaccurato, l'accertamento dell'età.

I possibili effetti negativi in termini di livelli di tutela garantiti ai minori stranieri non accompagnati che abbiano presentato domanda di protezione internazionale in caso di mancato o carente accertamento dell'età e, in particolare, mancata attuazione delle garanzie comunque previste a livello internazionale ed europeo (*best interest* e presunzione della minore età), emergono, oltre che dal sintetico elenco appena proposto, dall'analisi della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (EDU). Pur all'interno di una non copiosa giurisprudenza sul punto, sono due i filoni giurisprudenziali che assumono particolare rilievo, pur non riguardando esclusivamente la questione dell'accertamento dell'età: da un lato, le garanzie in caso di detenzione di minori stranieri non accompagnati; dall'altro lato, le speciali condizioni di accoglienza che gli Stati devono garantire a tale categoria di persone.

---

<sup>286</sup> FRA, *Age assessment and fingerprinting of children in asylum procedures*, op. cit., p. 10.

Nel caso *Mahamed Jama c. Malta*<sup>287</sup>, la ricorrente, dopo avere fatto irregolarmente ingresso nello Stato e aver presentato domanda di protezione internazionale adducendo la sussistenza della minore età (sedici anni), viene detenuta nelle more della conclusione della procedura di accertamento dell'età. Relativamente alla durata della procedura di accertamento dell'età, durante la quale la ricorrente permane in condizione di detenzione, la Corte EDU prende in considerazione il numero di casi che le autorità nazionali hanno dovuto gestire nel periodo di tempo rilevante, al fine di comprendere se la durata fosse compatibile con il comportamento in buona fede dello Stato, e quindi ragionevole (§ 147). Alla luce di un numero limitato di richiedenti protezione che hanno dichiarato di essere minori di età nel periodo considerato (meno del 10% del totale delle domande), la Corte ritiene non giustificato il periodo di tempo trascorso per la definizione della procedura di accertamento dell'età (sette mesi; § 148); tuttavia, pur esprimendo tale riserva relativamente alla durata della procedura, la Corte ritiene compatibile con le finalità espresse dal primo comma, lettera f), dell'art. 5 CEDU (prevenire un ingresso non autorizzato), la detenzione della ricorrente, tenuto conto anche del fatto che l'esito della procedura ha dimostrato la maggiore età di quest'ultima. Pertanto, il ritardo nella definizione della procedura, per quanto deplorabile («*regrettable*»), non risulta incompatibile con il citato articolo della CEDU, in quanto strettamente connesso alle finalità perseguite attraverso la detenzione (§ 150). In tal caso, pertanto, la Corte EDU sembra avere svolto una valutazione retrospettiva dell'applicabilità al caso dei richiamati principi del *best interest of the child* e della presunzione della minore età in caso di dubbio, in un caso nel quale da ciò sono derivate conseguenze sul piano della libertà personale della richiedente protezione internazionale: dal momento che la procedura ha sancito la maggiore età della persona, l'eccessiva durata dell'accertamento, anche se connessa allo stato di detenzione di una persona che aveva dichiarato di essere minore d'età, risulta compatibile con le garanzie derivanti dalla CEDU.

In un caso successivo (*Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta*<sup>288</sup>), i ricorrenti contestano il fatto di essere stati detenuti, nonostante avessero dichiarato la minore età e che successivamente la minore età sia stata confermata anche all'esito della procedura di accertamento. Nel determinare la sussistenza di una violazione dell'art. 5, primo comma, lettera f), CEDU, la Corte, sulla base delle concrete circostanze del caso, in particolare alla eccessiva durata della procedura e al ritardo con il quale i ricorrenti sono stati rimessi in libertà in quanto soggetti vulnerabili all'esito della procedura che per entrambi aveva confermato la minore età (§ 145), ritiene che il comportamento delle autorità nazionali faccia sorgere seri

---

<sup>287</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, V sezione, sentenza del 26 novembre 2015, ricorso n. 10290/13, *Mahamed Jama v. Malta*.

<sup>288</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, IV sezione, sentenza del 22 novembre 2016, ricorsi n. 25794/13 e 28151/13, *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*.

dubbi relativamente alla buona fede del loro comportamento, soprattutto rispetto ai ritardi successivi all'espletamento della procedura di accertamento dell'età (§ 146). Richiamando un elemento ulteriore che risulta essenziale nel contesto qui analizzato, la Corte EDU sottolinea quindi la totale assenza di qualsiasi garanzia procedurale per i ricorrenti, i quali, da un lato, non avevano ancora ricevuto una comunicazione scritta dell'esito della procedura nel momento della presentazione del ricorso alla Corte EDU (§ 19), permanendo in stato di detenzione, e, dall'altro lato, non avevano avuto a disposizione alcun rimedio giurisdizionale effettivo attraverso cui ricorrere contro la loro ingiusta detenzione (§ 123).

Infine, la Corte EDU è stata chiamata a valutare, in un caso relativo alle condizioni di accoglienza di minori stranieri non accompagnati, la compatibilità delle tecniche utilizzate all'interno della procedura di accertamento dell'età da parte delle autorità italiane (*Darboe e Camara c. Italia*<sup>289</sup>). L'affidabilità della procedura risulta decisiva ai fini della soluzione della questione, dal momento che il governo italiano fonda la legittimità della decisione di avere accolto i due ricorrenti all'interno di una struttura non riservata ai minori, contrariamente a quanto previsto per tale categoria di soggetti tanto a livello europeo quanto nazionale (d.lgs. 142/2015), sulla determinazione della maggiore età dei medesimi, alla luce di una valutazione di natura medica (nel caso di specie, la radiografia della mano<sup>290</sup>). Come anticipato in termini teorici, quindi, la procedura di accertamento dell'età risulta decisiva al fine di qualificare lo status della persona richiedente protezione internazionale, essendo quindi necessaria la valutazione della attendibilità delle tecniche concretamente utilizzate.

La Corte, nel ritenere sussistenti nel caso di specie i presupposti ex art. 39 CEDU in materia di misure *ad interim*, ha ordinato al governo italiano di trasferire i ricorrenti in strutture adeguate, assicurando loro le condizioni d'accoglienza conformi alle norme di diritto interno e internazionale in materia di protezione dei minori non accompagnati, ritenendo che non vi fossero elementi sufficienti ad escludere la minore età dei ricorrenti e che non fosse stata ancora adottata alcuna misura di tutela dei medesimi. In via precauzionale, quindi, la Corte EDU ha applicato gli standard internazionali richiamati nel presente scritto, anche se non si è ancora pronunciata sul merito dei rilievi proposti dai ricorrenti relativi alle modalità di accertamento dell'età da parte delle autorità nazionali, che si sono concentrati in particolare su:

a) la mancata indicazione del margine di errore associabile alla tecnica utilizzata (radiografia della mano), pur in presenza di una norma interna che richiede l'applicazione della presunzione della minore età nel caso in cui tale margine sia superiore a due anni;

---

<sup>289</sup> *Darboe e Camara c. Italia*, ricorso n. 5797/17, comunicato il 14 febbraio 2017.

<sup>290</sup> E. ROZZI, *L'accertamento dell'età e l'accoglienza dei minori non accompagnati all'esame della Corte Edu*, in *Minorigiustizia*, 3/2017, p. 226.

- b) l'accertamento dell'età si basa esclusivamente sui risultati della radiografia della mano dei richiedenti, mentre si richiede un approccio multidisciplinare in cui i risultati medici siano integrati da una visita pediatrica e da una valutazione psicologica;
- c) il metodo concretamente utilizzato (Greulich-Pyle) risulta essere meno attendibile e affidabile di altri metodi più avanzati<sup>291</sup>;
- d) la mancata comunicazione ai ricorrenti dei risultati della procedura e del provvedimento giudiziario di attribuzione dell'età;
- e) la mancata applicazione, nel corso della procedura, della presunzione della minore età dei ricorrenti e delle relative garanzie<sup>292</sup>.

Alla luce di tale sintetica analisi, dalla giurisprudenza della Corte EDU, pur se la questione dell'accertamento dell'età rappresenta tendenzialmente una questione tangenziale rispetto alle violazioni dedotte, è possibile ricavare la conferma dell'esistenza di un nucleo di principi e garanzie fondamentali che, pur nella fisiologica variabilità della loro applicazione nei singoli casi concreti (cfr. il caso *Jama*), richiedono agli Stati di introdurre misure, tanto sostanziali quanto procedurali, finalizzate ad assicurarne l'effettiva attuazione.

Il legislatore italiano è intervenuto in tal senso, prevedendo una disciplina organica in materia nella legge n. 47 del 2017, che ha introdotto l'art. 19-bis del d.lgs. n. 142 del 2015 (Identificazione dei minori stranieri non accompagnati<sup>293</sup>) andando a colmare una persistente lacuna legislativa, solo parzialmente surrogata dalla preesistente disciplina in materia di minori vittime di tratta e regolamentare (il già citato DPCM n. 234 del 2016<sup>294</sup>). Come rilevato fin dai primi commenti, la disposizione garantisce standard elevati rispetto alle questioni più problematiche connesse alla procedura di accertamento dell'età, pur non essendo priva di dubbi applicativi e possibili lacune<sup>295</sup>.

---

<sup>291</sup> Sul punto, L. BENSO – S. MILANI, *Alcune considerazioni sull'uso forense dell'età biologica*, 2013, disponibile all'url [http://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/1\\_0013\\_benso\\_materiali.pdf](http://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/1_0013_benso_materiali.pdf) (ultimo accesso: 18 marzo 2019).

<sup>292</sup> E. ROZZI, *L'accertamento dell'età e l'accoglienza dei minori non accompagnati all'esame della Corte Edu*, *op. cit.*, p. 226.

<sup>293</sup> Per un primo commento, oltre alla dottrina citata, C. CASCONE, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci e ombre*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2017, pp. 13 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Luci e ombre della nuova disciplina sui minori stranieri non accompagnati*, in *Politica del diritto*, 4, 2017, pp. 586-588; G.A. GIUFFRÈ, *Il regime di assistenza sanitaria dei minori stranieri non accompagnati alla luce della l. n. 47 del 2017*, in *Federalismi.it*, Osservatorio di diritto sanitario, 15 novembre 2017, pp. 17-19.

<sup>294</sup> Per una analisi del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 10.11.2016, n. 234, E. DI NAPOLI, *Riflessioni a margine della «nuova» procedura di accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell'art. 5 della l. 47/2017*, *op. cit.*, pp. 17-19

<sup>295</sup> In particolare, la competenza relativa alla attestazione, la giurisdizione competente in sede di ricorso, il coordinamento con la disciplina in materia di vittime di tratta, il rinvio alla fonte regolamentare per la disciplina delle modalità della procedura multidisciplinare.

In particolare, l'art. 19-bis, secondo comma, chiarisce che, anche nel caso in cui sia necessario attivare la procedura di accertamento in caso di «dubbi fondati relativi all'età dichiarata dal minore», nelle more dell'esito delle procedure devono essere garantite le condizioni di accoglienza previste per i minori richiedenti protezione internazionale. Dal punto di vista dei metodi utilizzati, viene riconosciuta la precedenza di eventuali prove documentali (documento anagrafico, art. 19-bis, terzo comma), accertabili dalla autorità di pubblica sicurezza; l'attivazione di «esami socio-sanitari» in caso di permanenza di dubbi fondati può essere disposta, in via quindi residuale, dall'autorità giudiziaria competente (la Procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni). Tale seconda fase viene qualificata da una serie di garanzie, tanto sostanziali quanto procedurali, che sembrano soddisfare – almeno sulla carta – gli standard internazionali e sovranazionali richiamati in precedenza:

- a) obbligo di informare la persona con l'ausilio di un mediatore culturale, in una lingua che possa capire e in conformità al suo grado di maturità e di alfabetizzazione, del fatto che la sua età può essere determinata mediante l'ausilio di esami socio-sanitari, del tipo di esami a cui deve essere sottoposto, dei possibili risultati attesi e delle eventuali conseguenze di tali risultati, nonché di quelle derivanti dal suo eventuale rifiuto di sottoporsi a tali esami (art. 19-bis, quinto comma);
- b) l'utilizzo di un approccio multidisciplinare e delle modalità meno invasive possibili e rispettose dell'età presunta, del sesso e dell'integrità psico-fisica della persona (art. 19-bis, sesto comma);
- c) obbligo di comunicare l'esito dell'accertamento socio-sanitario alla persona, in modo congruente con la sua età, maturità e livello di alfabetizzazione, in una lingua che possa comprendere, nonché al tutore e all'autorità giudiziaria che abbia disposto l'accertamento (settimo comma);
- d) obbligo di indicazione del margine di errore nella relazione finale;
- e) obbligo di presumere la minore età della persona, nel caso in cui permangano dubbi sull'età (ottavo comma);
- f) infine, obbligo di notifica alla persona del provvedimento di attribuzione dell'età e facoltà di impugnazione con conseguente decisione d'urgenza entro dieci giorni.

Da un lato, quindi, può considerarsi decisiva, nella prospettiva di una effettiva garanzia dei diritti delle persone coinvolte e delle procedure utilizzate, l'attivazione della fonte legislativa, in un contesto caratterizzato da un'ampia discrezionalità delle autorità amministrative competenti rispetto all'*an* e al *quomodo* della procedura e alla successiva attuazione dell'esito all'interno della procedura asilo. Ciò ha consentito inoltre un oggettivo riallineamento tra la normativa italiana e i richiamati standard

internazionali, convertendo la disciplina italiana in un modello (potenziale e limitatamente all'ambito dell'accertamento dell'età) a livello europeo<sup>296</sup>.

Dall'altro lato, al fine di testarne l'effettiva applicazione e adeguatezza, tenuto conto del già richiamato scollamento tra *law in the books* e *law in action* che caratterizza a livello comparato tale ambito, risulterà decisivo il ruolo della giurisprudenza, in funzione di “guardiano” delle modalità di esercizio della «doppia discrezionalità» che caratterizza l'attivazione della procedura<sup>297</sup> e della effettiva attuazione delle garanzie nel corso e successivamente alla procedura di accertamento dell'età.

### 3. Il dato giurisprudenziale: il ruolo delle corti in prospettiva comparata

Il riferimento al ruolo della giurisprudenza al fine di consolidare le garanzie relative a tale procedura non deve essere considerato di pura maniera, in quanto l'analisi dei precedenti – tanto nazionali quanto comparati – dimostrano in modo evidente quanto le corti abbiano contribuito, pur se – come visto nel caso della Corte EDU – in modo non automatico né aprioristico, a definire i parametri di legittimità dell'esercizio del potere discrezionale nelle varie fasi della procedura e rispetto alle diverse tecniche utilizzabili in essa. La funzione di riallineamento delle prassi nazionali rispetto agli standard internazionali è stata peraltro riconosciuta in molti documenti di *soft law*<sup>298</sup>, nei quali si è sottolineato il ruolo delle corti, a fronte della tendenza di adottare prassi non spesso non in linea nemmeno con le rispettive discipline nazionali, nel riaffermare ad esempio la priorità da attribuire alla valutazione multidisciplinare («social assessment») rispetto a quella esclusivamente medico-scientifica («medical examination»<sup>299</sup>).

La giurisprudenza, tanto nazionale quanto straniera, ha certamente svolto una funzione anticipatrice della esigenza di corredare di adeguate garanzie anche una fase solo apparentemente tangenziale all'interno della procedura asilo, ma che – come anticipato – è ricca di potenziali effetti a più livelli rispetto alla condizione giuridica ed esistenziale della persona richiedente protezione.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la giurisprudenza ha avuto ad oggetto principalmente la valutazione di attendibilità e adeguatezza, in primis scientifica, dei metodi utilizzati. In tal senso, è possibile rilevare una contrapposizione avvenuta tra la giurisprudenza di legittimità e la giurisprudenza di merito in relazione alla adeguatezza dell'esame radiologico quale elemento di valutazione decisivo all'interno della procedura di accertamento dell'età. Da un lato, la Corte di cassazione ha considerato

---

<sup>296</sup> Un'analisi critica in tale prospettiva in E. ROZZI, *The new Italian law on unaccompanied minors: a model for the EU?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 13 novembre 2017.

<sup>297</sup> Utilizza questa espressione E. DI NAPOLI, *Riflessioni a margine della «nuova» procedura di accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell'art. 5 della l. 47/2017*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>298</sup> Ad esempio, AIDA, *The concept of vulnerability in European asylum procedures*, *European Council of Refugees and Exiles*, *op. cit.*, pp. 35 ss.

<sup>299</sup> *Ibidem*.

«congruamente e correttamente» motivata la decisione, «affidabile» il metodo utilizzato (Greulich e Pyle) e di conseguenza «non ragionevole e quindi giuridicamente irrilevante» il dubbio circa la minore età degli imputati, confermando la valutazione compiuta dai giudici di merito<sup>300</sup>. In tal modo, la Corte conferma la propria giurisprudenza precedente, secondo cui l'accertamento radiografico del polso costituisce un metodo capace di offrire «un tranquillizzante grado di certezza in ordine ai suoi esiti circa il processo di accrescimento dell'organismo nell'età evolutiva»<sup>301</sup>.

Di contro, la giurisprudenza di merito successiva ha adottato un approccio che appare più in linea con le evidenze ricavabili dalla comunità scientifica in relazione alla affidabilità del metodo radiologico. Il Tribunale di Torino (III sez. penale, 27 gennaio 2014), in un caso non relativo all'ambito dell'accertamento dell'età ai fini della richiesta di protezione internazionale, ha ritenuto di non poter condividere la richiamata posizione della Corte di cassazione, in quanto la questione dell'accertamento dell'età anagrafica tramite studio auxologico effettuato con esame radiografico è questione «oltremodo delicata e controversa». Richiamando il principio della presunzione della minore età in caso di dubbio persistente, il Tribunale, basandosi su una serie di documenti normativi e scientifici (tra i quali, il parere del Consiglio superiore di sanità il 25 febbraio 2009), sancisce che «il mero esame radiografico non è in grado di stimare in modo esatto l'età anagrafica di una persona nei singoli casi individuali» e che «ciascun singolo metodo di rilevazione non offre “un” risultato, ma un risultato che si colloca in un *range*, la cui variabilità è influenzata da una molteplicità di fattori», tra i quali vengono richiamati, nello specifico caso dell'esame del polso, il metodo o il macchinario utilizzati, la competenza dell'operatore e «altri fattori legati alle specifiche caratteristiche dell'individuo esaminato». Pertanto, considerata la natura dei beni giuridici in gioco e in assenza di «un dato di autonomia e piena evidenza scientifica», l'efficacia probatoria della diagnosi di età non può essere ritenuta – «*nel caso individuale (...)*» – affidabile al di là di ogni ragionevole dubbio<sup>302</sup>.

Un analogo orientamento è stato successivamente adottato dal Tribunale di Venezia, il quale ribadisce la capacità del metodo utilizzato (Greulich e Pyle) di individuare meramente un *range* di compatibilità soggetto ad un margine di errore che dipende da una serie di variabili; un ulteriore elemento di criticità è rappresentato dal fatto che l'accertamento si sia fondato esclusivamente sull'esame radiologico, senza che questo sia stato integrato da un approccio multidimensionale in grado di tenere conto anche dell'esame fisico svolto da un pediatra. Pertanto, alla luce delle modalità dell'accertamento, alla luce delle quali non

---

<sup>300</sup> Corte di Cassazione, sez. III Penale, sentenza 25 marzo – 18 settembre 2014, n. 38280.

<sup>301</sup> *Ex plurimis*, J. MOYERSON, *Minori non accompagnati: l'articolata ed ostica questione dell'accertamento dell'età*, *op. cit.*, p. 90, sottolinea la variabilità intrinseca a tale metodo e ne deriva la «scarsa attendibilità».

<sup>302</sup> Su tale aspetto, M. TISÈ – L. MAZZARINI *et al.*, *Applicability of Greulich and Pyle method for age assessment in forensic practice on an Italian sample*, *op. cit.*, p. 415.

può essere considerato affidabile il risultato ottenuto, e della considerazione del margine di errore ad esse correlate, il Tribunale applica la presunzione di minore età, in quanto «non potendosi escludere che il reclamante sia tutt'ora minorenne, nell'incertezza, si deve presumere la minore età (...)»<sup>303</sup>.

Si confermano pertanto, a livello di giurisprudenza di merito, alcuni dei criteri che abbiamo visto emergere dall'analisi delle fonti internazionali e sovranazionali: la non attendibilità scientifica del metodo radiologico; l'esigenza di adottare un approccio multidisciplinare; l'affermazione di una presunzione di minore età in caso di dubbio. La convergenza verso l'applicazione di standard comuni derivati dal diritto dell'Unione e dal diritto internazionale emerge anche dall'analisi della giurisprudenza comparata e rappresenta un fattore che potrebbe consentire, in assenza di una armonizzazione tra i Paesi Membri dell'Unione europea a livello normativo, una maggiore uniformità nella applicazione delle norme europee<sup>304</sup>.

Certamente, il *leading case* in materia può essere considerato il caso *Merton*<sup>305</sup>, nel quale la *High Court* britannica, riconosciuta l'inesistenza di un metodo medico o scientifico attendibile, capace di determinare la maggiore o minore età nel caso in cui l'età presunta sia vicina ai diciotto anni (§ 22), ha individuato una serie di criteri che sono stati assunti quali parametri di riferimento dalla giurisprudenza successiva e che contribuiscono a definire il concetto di metodo multidisciplinare e olistico, in quanto si riferiscono al «general background» della persona, inclusi la situazione familiare e la storia personale, l'educazione, informazioni etniche e culturali, oltre alla valutazione della credibilità delle dichiarazioni (§ 37<sup>306</sup>).

Un elemento decisivo, al fine di garantire in concreto la tutela dei diritti del presunto minore all'interno della procedura di accertamento dell'età, è senza dubbio rappresentato dal margine di discrezionalità attribuito alle autorità amministrative competenti nella fase di utilizzo e interpretazione dei risultati dell'accertamento medesimo e dal relativo ambito di valutazione che le corti sono legittimate ad esercitare in sede di scrutinio delle scelte compiute. In tale prospettiva, due pronunce risultano di particolare rilievo. Nel caso *AA, R (on the application of) v Secretary of State for the Home Department & Anor* ([2016] EWCH 1453 (Admin)), la *High Court* britannica, nell'ambito di un ricorso per ingiusta detenzione di un minore straniero non accompagnato, si è pronunciata sulla natura giuridica della procedura di accertamento dell'età e dei relativi poteri della autorità amministrativa competente. La Corte britannica ha sancito il principio, che

---

<sup>303</sup> Tribunale per i minorenni di Venezia, decreti del 23 dicembre 2016.

<sup>304</sup> Sugli effetti negativi di un approccio variegato alla procedura di accertamento dell'età nei diversi Paesi dell'Unione europea in termini di applicazione uniforme delle norme europee, E. DI NAPOLI, *Riflessioni a margine della «nuova» procedura di accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell'art. 5 della l. 47/2017, op. cit.*, p. 6.

<sup>305</sup> *(B) v London Borough of Merton* [2003] EWHC 1689 (Admin).

<sup>306</sup> Analogamente, *R (on the application of AS (by his litigation friend Francesco Jeff) v Kent County Council* [2017] UKUT 00446 (IAC).

sarà confermato dalla *Court of Appeal* nel 2017, secondo cui la discrezionalità di cui gode l'autorità competente in materia di immigrazione (*immigration officer*) nel decidere se detenere o meno un individuo non si estende alla valutazione relativa all'età del medesimo (§ 44). Quest'ultima, infatti, rappresenta una questione distinta, la quale non risulta assoggettata alla discrezionalità dell'autorità per l'immigrazione. Pertanto, anche se l'accertamento dell'età costituisce una procedura complessa che può produrre esiti incerti, tale complessità non costituisce una valida ragione per non qualificare tale questione come «*a matter of objective facts*» (§ 49). Pertanto, la determinazione dell'età, che risulta decisiva per la concreta definizione del concetto di minore non accompagnato al quale si riferisce il 1971 *Immigration Act*, deve essere valutata quale “questione di fatto” e non può essere rimessa alla mera valutazione dell'autorità competente nell'esercizio del proprio potere di detenere il richiedente. Il caso citato sembra quindi dimostrare che le valutazioni svolte dalla pubblica amministrazione non rientrano in un ambito riservato alla discrezionalità dell'autorità competente, ma possono essere oggetto di scrutinio anche in relazione al merito delle medesime.

Rispetto alla questione relativa al margine di discrezionalità dell'autorità amministrativa nell'interpretare gli esiti dell'accertamento, viene in rilievo una decisione con cui il *Tribunal Supremo* spagnolo (n. 3186/2013, 17 giugno 2013) ha accolto un ricorso contro il diniego di protezione internazionale sulla base della violazione del diritto di difesa del richiedente che dipende direttamente da una errata interpretazione dei risultati dell'accertamento dell'età da parte dell'autorità competente (nel caso di specie, il pubblico ministero), che aveva certificato la possibilità che la persona fosse di un'età superiore ai diciassette anni e quindi potenzialmente minore di età (come peraltro attestato da prove documentali prodotte in una fase successiva). L'erronea valutazione degli esiti ha impedito l'applicazione del principio della presunzione della minore età in caso di dubbio, sancito a livello di diritto dell'Unione europea, oltre ad avere precluso al richiedente protezione internazionale il godimento delle speciali garanzie previste dall'ordinamento spagnolo in caso di minori stranieri non accompagnati, essendosi le varie fasi della procedura svolte secondo modalità che presupponevano la maggiore età del medesimo. Anche in tale contesto, emerge la centralità della procedura di accertamento dell'età all'interno della più ampia procedura di riconoscimento della protezione internazionale.

#### **4. La sfida dell'effettività e la centralità delle garanzie tecniche e procedurali**

L'analisi svolta ha dimostrato come sia possibile individuare un nucleo “duro” di principi e parametri, di carattere tanto giuridico quanto extra-giuridico, finalizzato a garantire in concreto la posizione del minore straniero non accompagnato all'interno di una fase solo eventuale ma potenzialmente decisiva del complesso procedimento di riconoscimento della protezione internazionale:

- a) l'applicazione anche in tale contesto del principio del *best interest of the child*, il quale incide tanto sull'*an* (procedura attivabile solo se nell'interesse del minore e in casi di fondati e seri dubbi) quanto sul *quomodo* (garanzia dei diritti del minore prima, durante e successivamente alla procedura, secondo un approccio *child-friendly*) dell'accertamento;
- b) la presunzione della minore età della persona sottoposta all'accertamento, che deve sussistere – e orientare di conseguenza le garanzie (anche esterne alla procedura, come ad esempio relativamente alle speciali condizioni di accoglienza) adottate – fino al completamento della procedura e permanere nel caso in cui all'esito della medesima sussistano dubbi relativi alla età cronologica;
- c) l'utilizzo di un approccio multidimensionale ed olistico quale *golden standard* e l'accertamento medico come metodo residuale e comunque non sufficiente a orientare la valutazione relativa all'età, alla luce delle evidenze scientifiche che ne dimostrano l'intrinseca fallibilità e margine di errore;
- d) il diritto a impugnare i risultati dell'accertamento, dal quale conseguono una serie di garanzie accessorie, quali il diritto a ricevere una comunicazione scritta dell'esito della procedura e il diritto ad un ricorso effettivo (*ad hoc* o interno alla procedura asilo, cfr. la richiamata giurisprudenza della Corte EDU).

Attorno a tale nucleo “duro” di principi, è individuabile un'area ulteriore di garanzie, il cui ambito concreto dipende sostanzialmente dall'approccio adottato dalle corti nel valutare l'esercizio di discrezionalità compiuto dalle autorità amministrative competenti. L'analisi comparata delle decisioni in materia sembra mostrare come l'ambito dello scrutinio esercitabile dalle corti non sia necessariamente limitato ad aspetti meramente formali – ad esempio l'utilizzo di un determinato metodo, tra i diversi tecnicamente disponibili, senza verificarne l'adeguatezza e l'affidabilità alla luce di elementi di natura extra-giuridica o giuridica – ma possa estendersi fino ad una valutazione nel merito delle decisioni assunte anche successivamente alla procedura di accertamento dell'età (cfr. il caso spagnolo).

Lo scrutinio, come dimostra la giurisprudenza di merito italiana, può coinvolgere anche valutazioni relative alla attendibilità e fondatezza medico-scientifica dei metodi utilizzati, soprattutto nel caso in cui si adotti un approccio esclusivamente medico all'accertamento dell'età. Anche quando entri in gioco il merito scientifico dell'azione amministrativa, la giurisprudenza conferma una serie di garanzie procedurali finalizzate ad assicurare un utilizzo legittimo dei risultati dell'accertamento, come ad esempio l'obbligo di indicare sul referto l'esistenza di un margine di errore e variabilità dell'esito, che può variare a seconda dei metodi concretamente utilizzati, o quello di adottare un provvedimento formale all'esito della procedura e di comunicarne il contenuto, in modo comprensibile, ai soggetti interessati.

Nella prospettiva del diritto ad un rimedio effettivo nei confronti delle decisioni assunte in tale contesto, l'accertamento dell'età viene ad assumere una specifica autonomia anche in termini rimediali, rappresentando un autonomo e specifico motivo di ricorso, anche quando esso sia funzionale



all'assunzione di altre decisioni di natura amministrativa (come ad esempio la detenzione di minori stranieri non accompagnati richiedenti protezione internazionale, cfr. la giurisprudenza britannica citata). Se si aderisce a tale prospettiva, che appare consolidata a livello giurisprudenziale e legislativo, tale affermazione consente una estensione dell'ambito delle garanzie – quantomeno di natura rimediale – nei confronti di decisioni assunte dalle autorità competenti in diversi ambiti (trattenimento, condizioni di accoglienza, determinazione dello status, accesso ai servizi sociali), le quali potranno essere valutate direttamente e autonomamente alla luce della legittimità della procedura di accertamento di età ed eventualmente dell'applicazione effettuata degli esiti di quest'ultima all'interno del procedimento principale.

Tali standard si sono venuti progressivamente a consolidare a livello internazionale e sovranazionale, attraverso l'integrazione di strumenti di *soft law* e di atti normativi vincolanti (in particolare di diritto dell'Unione europea), andando infine a orientare le scelte di politica dell'immigrazione compiute in tale ambito a livello nazionale. In tal senso, la riforma in materia introdotta nell'ordinamento italiano rappresenta un esempio paradigmatico di tale – pur se implicita – influenza, anche se dovrà essere testata alla luce della sua effettiva attuazione. All'interno di tale dinamica potenzialmente virtuosa, la giurisprudenza ha svolto – e sarà chiamata a svolgere – una funzione di ri-equalizzazione fondamentale, in una duplice prospettiva: tra principi internazionali e sovranazionali e disciplina nazionale, fino a surrogare eventuali lacune presenti a livello legislativo attraverso una attuazione diretta dei richiamati principi, da un lato; tra quadro normativo e prassi attuative, garantendo l'effettiva applicazione degli standard previsti a livello legislativo, dall'altro.



# La tutela giurisdizionale dei migranti e il ruolo dell'avvocato "immigrazionista"

**di Paolo Oddi**

Avvocato presso il Foro di Milano

*(È) La frontiera. Per molti è sinonimo di impazienza, per altri di terrore. Per altri ancora coincide con gli argini di un fortino che si vuole difendere. (...) La frontiera corre sempre nel mezzo. Di qua c'è il mondo di prima. Di là c'è quello che deve ancora venire, e che forse non arriverà mai.*

Alessandro Leogrande, *La frontiera*, Milano, 2015.

**Sommario:** 1. Introduzione. 2. Frontiera, diritti in frontiera e frontiera dei diritti: quante sono le frontiere? 3. Dignità: come restituire dignità al migrante? Proteggere le persone, non i confini. 4. A proposito del cd. decreto sicurezza.

## 1. Introduzione

L'avvocato immigrazionista sarebbe tentato di raccontare le storie e le voci raccolte durante gli anni dell'impegno professionale su questo tema. Per dare voce ai tanti migranti che gli hanno dato mandato per avere giustizia. Per dare conto delle battaglie amministrative e giudiziarie per cercare di ripristinare diritti negati o violati.

Infatti, lo scambio di esperienze e il continuo confronto sono fondamentali in questa materia, che è diritto vivente per eccellenza. Si tratta di un ambito del diritto che cambia di continuo, per la molteplicità delle fonti (specie quelle secondarie) che la governano e per la continua oscillazione della giurisprudenza, tanto europea, quanto nazionale.

Il presente scritto è dunque, un tentativo, per forza di cose parziale, di fare il punto su anni lunghi e, si potrebbe dire, drammatici.

Il contesto nel quale ci si muove è quello che parte agli inizi dell'anno 2017 con la cosiddetta riforma Minniti Orlando<sup>1</sup> e che sfocia nelle politiche italiane ed europee dell'estate successiva tese all'esternalizzazione delle frontiere esterne della UE e confermate con il Vertice di Parigi del 28 agosto 2017. Il 2017 è, insomma, un anno spartiacque, almeno per quanto concerne la partita della protezione internazionale.

---

<sup>1</sup> 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", in G.U. – Serie Generale – n. 40 del 17 febbraio 2017.

Ciò che sembra emergere in questo quadro è un legislatore travolto da una (presunta) emergenza e dalle paure verso lo straniero (assai alimentate nell'opinione pubblica dagli attori politici in campo) che vara una normativa che restringe i diritti e le garanzie per i richiedenti la protezione internazionale e che rimette mano, assai confusamente, alla materia, con l'obiettivo dichiarato di razionalizzare e accelerare le procedure di riconoscimento della protezione internazionale di contrasto all'immigrazione illegale.

Il riferimento è alla legge n. 46/2017, che converte con modificazioni il decreto legge 13/2017<sup>2</sup>. Conviene subito accennare ad alcune delle criticità di tale normativa, la cui applicazione è ancora *in itinere*. Tali criticità sono già state ampiamente analizzate da autorevoli studiosi, da colleghi e dall'ASGI<sup>3</sup>.

Innanzitutto, va evidenziata la preoccupante scelta di de-giurisdizionalizzare la materia della protezione internazionale, in nome di una dichiarata accelerazione verso la definizione degli *status* (di rifugiato politico, di titolare di protezione sussidiaria o umanitaria). Ciò si dovrebbe realizzare restringendo i tempi del ricorso avverso il diniego delle Commissioni territoriali attraverso un rito speciale che, ordinariamente, può fare a meno dell'udienza di comparizione della parte, limitandosi, il Tribunale, al mero riesame della videoregistrazione dell'audizione del richiedente innanzi alle stesse commissioni. Risponde alla medesima logica l'abrogazione del grado di appello in una materia delicata in quanto verte sull'accertamento degli *status* della persona. Desta più di una perplessità poi l'istituzione di una Sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione delle persone presso ogni tribunale ove ha sede una Corte d'Appello; sezione che non raccoglie tutte le competenze in materia e che lascia inalterata la complessa suddivisione tra tribunali ordinari, amministrativi e giudici di pace.

## **2. Frontiera, diritti in frontiera e frontiera dei diritti: quante sono le frontiere?**

L'avvocato immigrazionista deve essere in grado di difendere le persone "in frontiera" e di mettere in campo difese spesso "estreme", cioè fatte di molte eccezioni di incostituzionalità, di richieste di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, di ricorsi innanzi alla Corte europea dei diritti dell'Uomo. Non ha a disposizione strumenti codicistici raffinati, ma il testo unico immigrazione (d.lgs. 286/98) – per come si è stratificato in quasi 20 anni dalla sua approvazione – e una miriade di altri fonti sparse, sovranazionali e secondarie.

Questo insieme di norme ha subito molteplici revisioni, dettate più dalle contingenze politiche che da interventi sistematici ed organici.

---

<sup>2</sup> Legge 13 aprile 2017, n. 46, in G.U. n. 90 del 18 aprile 2017.

<sup>3</sup> Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, [www.asgi.it](http://www.asgi.it). In particolare v. *Decreto Minniti Orlando: prime riflessioni interpretative dopo l'entrata in vigore*, disponibile all'url: <https://www.asgi.it/allontamento-espulsione/decreto-minniti-orlando-prime-riflessioni-interpretative-entrata-vigore/> (ultimo accesso: 19 febbraio 2019).



Il Testo Unico Immigrazione si è misurato con il (lento) recepimento delle normative europee e con le mutevoli e spesso contrastanti interpretazioni ad opera delle Corti (della CGEU, della Corte EDU, nonché della Corte costituzionale) su aspetti fondamentali della disciplina. In violazione della riserva di legge contenuta in Costituzione all'art. 10, la condizione giuridica dello straniero, in Italia, è stata troppo spesso normata da circolari ministeriali e da prassi locali (di non semplice reperimento) su aspetti tutt'altro che di dettaglio.

Le ondate di preoccupazioni e di paure per l'arrivo dello straniero nei nostri territori hanno prodotto svariati "pacchetti sicurezza" che hanno dato risposte normative tutte di segno emergenziale e repressivo, solo in parte corrette dalla giurisprudenza.

A livello europeo abbiamo assistito (e assistiamo) a frequenti deroghe al principio della libertà di circolazione dei cittadini, attraverso la sospensione temporanea degli Accordi di Schengen su iniziativa di Stati membri (tra il 2006 e il 2015 sospesi per ben 36 volte!).

Tali sospensioni sono state ritenute necessarie a contrastare i c.d. movimenti secondari irregolari di cittadini di paesi terzi tra un paese e l'altro dell'Unione.

In Italia si potenzia il controverso istituto della detenzione amministrativa – prima nei Centri di permanenza temporanea e assistenza (CPTA), poi Centri permanenza temporanea (CPT), poi Centri di identificazione e espulsione (CIE), oggi Centri di permanenza per i rimpatri (CPR) – con l'obiettivo di dare maggiore effettività alle espulsioni degli stranieri irregolari, intervenendo sul prolungamento dei termini di trattenimento e attraverso lo 'svuotamento' dei poteri di controllo del giudice deputato alla convalida e alla proroga di tale misura (competenza del giudice di pace in sede civile). Inoltre vengono introdotti nella legislazione strumenti di natura penalistica, del tutto inadeguati agli scopi professati: la circostanza aggravante della clandestinità, poi dichiarata incostituzionale<sup>4</sup>; il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del Questore sanzionato con arresto obbligatorio e reclusione, nel 2011 ritenuto dalla CGEU in contrasto con la direttiva rimpatri<sup>5</sup>; l'estensione della misura di sicurezza

---

<sup>4</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenze n. 249 e n. 250 del 2010, che dichiarano l'incostituzionalità dell'art. 61, c.1, n. 11-bis), codice penale, e in via consequenziale l'art. 1, c. 1, della legge 15 luglio 2009, n. 94, nonché l'art. 656, c. 9, lett. a), codice procedura penale, limitatamente alle parole "e per i delitti di cui ricorre l'aggravante di cui all'art. 61, c. 1, n. 11-bis) del medesimo codice".

<sup>5</sup> Art. 14, c. 5-ter), t.u.i., introdotto dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 che reca "Modifica alla normativa in materia di immigrazione e asilo", in G.U. n. 199 del 26 agosto 2002 (c.d. Bossi-Fini) e Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 28 aprile 2011, *Hassen El Dridi*, causa C-61/11 PPU. Sulla sentenza *El Dridi v. F. Viganò*, *La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri l'incriminazione di cui all'art. 14 co. 5 ter t.u. imm.*, 28-4-2011, disponibile all'url: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/555-corte-di-justizia-dell-unione-europea-sent-28-aprile-2011-hassen-el-dridi-causa-c-6111-ppu-diretti> (ultimo accesso: 19 febbraio 2019).

dell'espulsione<sup>6</sup>; il reato di ingresso o soggiorno illegale, c.d. di clandestinità, da tutti giudicato inefficace e controproducente ma mai abrogato<sup>7</sup>.

In frontiera, i diritti di chi arriva (con uno sbarco o molto più frequentemente per via aerea o terrestre) non sono per nulla garantiti. La legislazione non ha mai disciplinato l'esercizio dei diritti di difesa in questo delicato frangente. Capita diverse volte all'avvocato immigrazionista di ricevere telefonate di parenti o amici di persone bloccate in frontiera e destinatarie di provvedimenti di respingimento ai sensi dell'art. 10 t.u.i. In questi contesti, l'avvocato non ha nessuna possibilità di prestare effettiva assistenza, per la totale assenza di norme che regolamentino le facoltà difensive da parte dei 'respinti'<sup>8</sup>.

La frontiera più estrema oggi è quella dei c.d. *hotspot*, dove nessuna difesa è contemplata.

Qui però vengono collocate persone appena sbarcate e soccorse, persone pluri-traumatizzate dai viaggi che hanno affrontato. Qui si decide di procedere a una pre-identificazione, procedura riservata alla polizia, con la quale sommariamente stabilire se la persona avrà diritto a fare domanda di protezione o se trattasi di migrante economico da respingere o espellere attraverso il trattenimento vero e proprio negli appositi centri o attraverso gli altri strumenti espulsivi previsti.

I centri *hotspot* sono stati introdotti a livello dell'Unione europea, attraverso il c.d. "approccio (o metodo) *hotspot*" adottato con l'Agenda sulla migrazione adottata dalla Commissione il 13 maggio 2015<sup>9</sup>.

Sarebbero luoghi di primo soccorso e accoglienza ma, di fatto, hanno anche natura detentiva. In Italia, sono stati introdotti con la l. 46/2017, inserendoli nel t.u.i. all'art. 10-ter, commi 1 e 2. Tuttavia, la legislazione non individua espressamente i luoghi di questo nuovo trattenimento (solo un generico richiamo al c.d. decreto Puglia che istituiva le strutture allora deputate all'accoglienza dei profughi albanesi<sup>10</sup>); non impiega il termine "trattenimento" per designare la base legale a cui riferirsi; non disciplina

---

<sup>6</sup> Art. 235 codice penale, come modificato dal decreto legge 23 maggio 2008, n. 90, e art. 15 t.u.i.

<sup>7</sup> Art. 10 *bis* t.u.i., come introdotto dalla legge 15 luglio 2009, n. 94. Sulla mancata depenalizzazione v. C. Ruggiero, *La depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina: un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2017, disponibile all'url: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/6760-ruggiero217.pdf> (ultimo accesso: 19 febbraio 2019).

<sup>8</sup> Oggi il procedimento di respingimento alla frontiera viene ridisegnato. In sede di conversione del d.l. n. 113/2018, infatti, la legge 1 dicembre 2018, n. 132 (recante "Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata", in G.U. serie generale n. 281 del 3-12-2018) inserisce all'art. 10 t.u.i. i commi da 2-bis a 2-sexies. Secondo tali nuove disposizioni il provvedimento di respingimento differito (cioè quello ai sensi del c. 2) deve essere convalidato nei termini previsti dall'art. 13, c. 5-bis t.u.i., con l'intervento obbligatorio del difensore.

<sup>9</sup> COM (2015) 240 final, [disponibile all'url: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0240&from=GA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0240&from=GA) (ultimo accesso: 19 febbraio 2019).

<sup>10</sup> Art. 17 d.l. n. 13/2017, che richiama il decreto legge 30 ottobre 1995, n. 451 convertito con modificazioni dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563.

i modi e la durata di questo nuovo tipo di permanenza (sostanzialmente obbligatoria) né contiene alcuna previsione di controllo giurisdizionale con relativa facoltà difensiva.

Ciò che si può dedurre è solo che, in questa delicatissima fase, dove può decidersi il suo futuro, la persona è “nuda”, lasciata sola, senza alcun diritto. Qui ci sono adempimenti (solo apparentemente) burocratici e in capo alle forze dell’ordine: un foglio notizie da compilare; l’identificazione del profugo tramite prelievo delle impronte digitali in ossequio alla Convenzione di Dublino; le “standard operating procedure” (SOP) redatte dal Ministero dell’Interno e applicabili agli hotspot italiani dal giugno 2017.

Il reiterato rifiuto di farsi prelevare le impronte digitali nell’*hotspot* configura rischio di fuga e determina il trasferimento del profugo in un CPR ai sensi e per gli effetti dell’art. 14 testo unico immigrazione<sup>11</sup>.

Diritti chiaramente sanciti non ce ne sono e qui ci sarà molto lavoro da fare per gli avvocati. È qui, infatti, che gli avvocati saranno chiamati a interpellare nuovamente la Corte di Strasburgo perché molte sono le torsioni con il disposto dell’art. 5 della CEDU che impone precise informazioni e garanzie per chi è ristretto nella libertà personale. Con la fondamentale sentenza della Grande Camera del 15-12-2016, nel caso *Khlaifia e altri contro Italia*, la Corte di Strasburgo ha chiarito, condannando l’Italia, che tutte le forme di privazione della libertà personale al di fuori di quella prevista dall’art. 14 t.u.i. (trattenimento) sono illegittime. Molti anche i profili di incostituzionalità.

Le frontiere che gli avvocati immigrazionisti, con i loro assistiti, devono superare sono anche quelle frapposte dalle amministrazioni statali competenti in materia (principalmente Questure e Prefetture) nelle città; o quelle ancor più invalicabili delle rappresentanze diplomatiche nei paesi d’origine degli stranieri, veri e propri fortini.

In questo contesto, deve essere menzionata anche la posizione dei migranti regolari. La precarizzazione dovuta alla crisi economica, la discontinuità del reddito e le carenze abitative sono ricadute in maniera drammatica sui lavoratori migranti. Cionondimeno, con formalistica linea interpretativa del t.u.i. e delle sue innumerevoli circolari, gli Uffici immigrazione vagliano per mesi reddito e posizione fiscale del richiedente il rinnovo del titolo, lasciando appesi all’incertezza migliaia di migranti regolari con le loro famiglie. E, di nuovo, la necessità dell’intervento del legale che promuova ricorsi al T.A.R. avverso dinieghi di rinnovo del titolo (al T.A.R. Lombardia, Sezione Milano, la materia dell’immigrazione è al primo posto per numero di ricorsi<sup>12</sup>) o di fronte al giudice civile affinché ripristini l’unità familiare del

---

<sup>11</sup> *Ibid.* V. F. Ferri, *I trattenimenti illegittimi all’interno degli hotspot alla luce della sentenza della Corte EDU sul caso Khlaifia v. Italia: la politica della detenzione continua*, disponibile all’url: <https://www.asgi.it/allontamento-espulsione/detenzione-centro-accoglienza-sentenza-khlaifia-italia/> (ultimo accesso: 19 febbraio 2019).

<sup>12</sup> Sull’aumento dei ricorsi al T.A.R. in materia di permessi di soggiorno v. G. Guastella, «*Crollo dei ricorsi sugli appalti. C’è crisi, le imprese rinunciano*», ne *Il Corriere della Sera*, 19 febbraio 2017, disponibile all’url: <https://milano.corriere.it/notizie/cronaca/17-febbraio-19/crollo-ricorsi-appalti-c-criisi-imprese-rinunciano-acdb4ca6-f66e-11e6-92e0-c5629d7a7635.shtml> (ultimo accesso: 19 febbraio 2019).

ricorrente o di fronte al Tribunale per i Minorenni che valuti appieno il migliore interesse del minore circa l'autorizzazione alla permanenza del genitore irregolare.

### 3. Dignità: come restituire dignità al migrante? Proteggere le persone, non i confini

L'art. 1 della Carta dei Diritti Fondamentali della Ue, collocato al Titolo I "Dignità", è denominato "Dignità umana" e recita "*La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata*"<sup>13</sup>.

R. è un cittadino srilankano in Italia da molto tempo. Ha provato in vari modi a regolarizzare la sua posizione, attraverso i decreti flussi e le regolarizzazioni-sanatorie, ma non c'è mai riuscito. Ha assistito con dedizione un anziano italiano. La signora vedova dell'anziano si è molto legata a lui, vorrebbe regolarizzarlo, ma al momento la legislazione non lo consente.

Anni addietro ha ricevuto un decreto di espulsione con accompagnamento alla frontiera, mai eseguito e sostanzialmente illegittimo perché in contrasto con la direttiva rimpatri che impone agli Stati membri di optare in prima battuta per la modalità della partenza volontaria in assenza di profili di pericolosità per l'ordine e la sicurezza pubblici. La moglie, residente nel paese d'origine, ha provato a chiedere un visto per lavoro stagionale nell'ambito dell'ultimo decreto flussi. Il marito le aveva trovato un datore che l'avrebbe assunta nella sua azienda viti-vinicola ma l'Ambasciata d'Italia a Colombo ha negato il visto con un provvedimento stereotipato, limitandosi a barrare la casella di un formulario prestampato dove si afferma che la straniera non aveva dimostrato di conoscere direttamente il datore (presupposto del decreto flussi è che datore e lavoratore non si conoscano ma che siano stati messi in contatto da un parente o conoscente in Italia; ciò al fine di favorire le c.d. catene micro-migratorie).

W. è un giovane imprenditore cinese che ha avviato un'importante attività di ristorazione. Ha alle sue dipendenze dodici lavoratori di varie nazionalità. Per una condanna a pena sospesa si è visto rigettare il rinnovo del permesso pur in pendenza di istanza di riabilitazione, poco dopo andata a buon fine. Per la Questura W. è pericoloso e va allontanato. Il T.A.R. sospende il provvedimento della Questura ed ordina il riesame della situazione. All'esito del ricorso a W. viene ripristinato il titolo.

---

<sup>13</sup> A proposito di dignità, vale la pena riportare due autorevoli punti di vista su tale valore in chiave storica e con uno sguardo alle vicende presenti:

*"La dignità non è un diritto fondamentale tra gli altri, né una supernorma. Seguendo la storia della sua vicenda giuridica, ci avvediamo che essa è venuta a integrare i principi fondamentali già consolidati – libertà, eguaglianza, solidarietà –, facendo corpo con essi e imponendone una reinterpretazione in una logica di indivisibilità. (...) L'uomo dignus non si affida a un principio che sovrasta libertà, eguaglianza, fraternità e così, in qualche modo, le ridimensiona. Dall'intrecciarsi continuo di questi principi tutti fondativi, dal loro reciproco illuminarsi, questo homo riceve maggiore pienezza di vita e, quindi, più intensa dignità umana".* (Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 199).

*"Non era ancora accaduto, nel lungo dopoguerra almeno, in Europa e nel mondo cosiddetto «civile», che la solidarietà, il salvataggio di vite umane, l'«umanità» come pratica individuale e collettiva, fossero stigmatizzati, circondati di diffidenza, scoraggiati e puniti"* (Marco Revelli, *Chi infligge colpi mortali al codice morale*, ne *Il Manifesto*, edizione 8-8-2017).

E. è un ventenne ucraino che ha raggiunto la madre, regolarmente assunta come badante da una signora italiana. E' entrato con un visto turistico. Non se la sente di rientrare nel paese dove ha saputo che gli è appena arrivata la cartolina di precetto. Sa che se rientra dovrà prestare servizio militare ed essere ingaggiato nel conflitto in corso nel suo paese. L'Ucraina non contempla l'obiezione di coscienza e la diserzione è punita con una severa carcerazione. Per questo ha deciso di chiedere protezione internazionale.

Sono alcune delle storie che l'avvocato immigrazionista incontra ogni giorno. Sono storie di sofferenza, di scelte difficili da compiere, di umiliazioni subite nei paesi d'origine e spesso in Italia, negli uffici pubblici. Sono storie che hanno a che vedere, prima di tutto, con la dignità della persona.

Compito dell'avvocato degli stranieri è riuscire a ridare dignità alla persona del migrante, che sia profugo, sfollato, transitante, che abbia come obiettivo quello di migliorare la sua condizione economica, o che abbia necessità di aiutare la famiglia rimasta nel paese o, semplicemente, che desideri sperimentarsi nella dimensione della migrazione.

Restituire dignità al migrante significa prima di tutto ascoltarlo, ascoltare la sua storia e fare il possibile per capirla. Significa attivare gli strumenti che abbiamo a disposizione, consapevoli che sono scarsi e spesso deboli. Significa anche accompagnarlo nei passaggi burocratici o giudiziari, molto impegnativi per chi li vive, cercando di comprenderne il dato esistenziale e di sofferenza. Significa avere la consapevolezza della complessità ma anche della sfida giornaliera che la loro tutela ci impone. Significa anche curiosità per i loro mondi e i loro sguardi e passione per questo confronto con l'assistito. Che è appunto, in primo luogo, persona, essere umano.

Come ben dice Eligio Resta nel suo "A proposito di dignità" (2014): *"La performatività del "diritto alla dignità" mette in gioco questo tema decisivo: è dovere di tutti riconoscere e tutelare la dignità di ognuno. Non è per caso che ci si rivolga alla sfera pubblica e, in particolare, a quei poteri pubblici che si possono legittimare soltanto se perseguono il fine del riconoscimento e della tutela della dignità d'ogni essere vivente (non semplicemente <<cittadino>>)"*<sup>14</sup>.

#### **4. A proposito del cd. decreto sicurezza**

Venendo all'oggi, l'involuzione continua. Il cosiddetto d.l. Salvini (d.l. 113/2018), convertito con modificazioni in legge 1 dicembre 2018, n. 132, recante "Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata"<sup>15</sup>, introduce le seguenti principali

---

<sup>14</sup> E. Resta, *A proposito di dignità*, in AA.VV., *L'articolo 3*, Roma, 2014, p. 283 ss.

<sup>15</sup> G.U. serie generale n. 281 del 3-12-2018.



e preoccupanti modifiche alla normativa in vigore: 1) abolisce la protezione umanitaria, strumento fino ad oggi rilevante per dare risposte caso per caso a profughi denegati *status* (sia di rifugiato sia protezione sussidiaria) con profili di vulnerabilità e di integrazione; 2) prolunga i termini del trattenimento per i destinatari di provvedimenti di espulsione con accompagnamento alla frontiera fino a 18 mesi; 3) generalizza una nuova modalità di trattenimento dei richiedenti protezione internazionale a fini identificativi (per un periodo non superiore a trenta giorni) in appositi locali presso gli *hotspot*; 4) incide significativamente sulla materia degli *status* (titolari di protezione internazionale e cittadini di origine straniera) prevedendo ipotesi di revoca dei predetti in presenza di condanne in sede penale; 5) restringe la portata del Sistema di accoglienza e protezione dei richiedenti asilo e rifugiati (S.P.R.A.R.), riservandolo a coloro che sono già titolari di protezione internazionale e ai minori stranieri non accompagnati<sup>16</sup>.

Oltre ai molteplici profili di manifesta incostituzionalità di tale normativa, peraltro già ben evidenziati dall'A.S.G.I.<sup>17</sup>, desta seria preoccupazione il prevedibile fenomeno di ritorno nell'irregolarità di molti profughi ben integrati, i quali – senza possibilità di vedersi riconoscere la protezione umanitaria né una ragionevole prospettiva di rimpatrio – finiranno per diventare un'importante questione sociale non affrontabile in termini meramente securitari.

Solo nei prossimi mesi si potrà comprendere esattamente la portata della novella e quali (e dove) saranno i nuovi fronti di battaglia per gli avvocati immigrazionisti.

---

<sup>16</sup> Articoli 1, 2, 3, 7, 12, 14, d.l. 113/2018.

<sup>17</sup> 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, disponibile all'url: [https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/10/ASGI\\_DL\\_113\\_15102018\\_manifestioni\\_illegittimita\\_costituzione.pdf](https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/10/ASGI_DL_113_15102018_manifestioni_illegittimita_costituzione.pdf) (ultimo accesso: 19 febbraio 2019).



# Conclusioni



# Il fenomeno migratorio: una risorsa da valorizzare

**di Melissa Miedico**

Professore associato di Diritto penale  
Università Bocconi di Milano

**Sommario:** 1. Introduzione. 2. Qualche dato. 3. L'immigrazione come problema. 4. L'immigrazione come risorsa: un problema di *governance*.

## 1. Introduzione

All'interno del corso di laurea in Giurisprudenza dell'Università Bocconi abbiamo avviato da tempo una riflessione sul tema dell'immigrazione che ha portato al desiderio di un confronto ed un incontro con alcuni esperti. L'incontro si è svolto alla fine del 2017, coordinato da Graziella Romeo e da me, ed ha affrontato diversi aspetti di questo fenomeno complesso e globale. Alcune delle riflessioni emerse durante l'incontro sono state pubblicate ora in questa raccolta monografica, cui mi accingo ad aggiungere alcune brevi considerazioni finali, che spero possano essere lo spunto per ulteriori occasioni di confronto.

Le migrazioni, in atto da tempo, si pongono oggi come emergenza in diversi paesi del mondo e, nell'area occidentale, soprattutto in America e in Europa. Negli Usa il fenomeno riguarda masse di popolazione che si spostano dai Paesi più poveri e politicamente in crisi dell'America meridionale verso gli Stati Uniti. In Europa i migranti giungono soprattutto dall'est e dal sud, percorrono varie rotte, ma la più battuta è la rotta del Mediterraneo<sup>1</sup>.

La percezione del fenomeno migratorio rischia di essere distorta, cavalcando sentimenti di paura e insicurezza, che sono accentuati negli ultimi anni da una diffusa crisi economica e del lavoro<sup>2</sup>. Occorre

---

<sup>1</sup> R. ROBERTS, *Ongoing mobility trajectories: lived experiences of global migration*, Springer, 2019; L. ZANFRINI, *The challenge of migration in a Janus-faced Europe*, Cham (Svizzera), 2019. Interessante l'analisi globale della migrazione, dei fattori di complessità nella realtà europea e statunitense, senza trascurare i profili etici in gioco in J.C. GARCIA-ZAMOR, *Ethical dilemmas of migration: moral challenges for policymakers*, Cham (Svizzera), 2018. V. anche T. LACROIX - A. DESILLE (a cura di), *International migrations and local governance: a global perspective*, Cham (Svizzera), 2018; T. LINHARD - T.H. PARSONS (a cura di), *Mapping Migration, Identity and Space*, Cham (Svizzera), 2019; M. PARADISO (ed.), *Mediterranean Mobilities: Europe's Changing Relationships*, Springer, 2019; C. NI LAOIRE, A. WHITE, T. SKELTON (ed.), *Movement, Mobilities, and Journeys*, Springer, 2017; A. WEINAR, *Emigration and Diaspora Policies in the Age of Mobility*, Springer, 2017; J. DOMINIGUEZ-MUJICA (ed.), *Global Change and Human Mobility*, Springer, 2016.

<sup>2</sup> C. BEAUCHEMIN, *Migration between Africa and Europe (MAFE): Looking beyond Immigration to Understand International Migration*, in 70 *Population*, 1/2015, p. 7; P. ESSED - K. FARQUHARSON - K. PILLAY - E.J. WHITE (a cura di), *Relating Worlds of Racism*, Cham (Svizzera), 2019; G.M. FLICK, *I diritti fondamentali della persona alla prova*

valorizzare (senza buonismi e semplificazioni) il fenomeno migratorio che, oltre ad essere inarrestabile, porta con sé risorse e opportunità, se validamente sostenuto e controllato.

## 2. Qualche dato

Il World Migration Report 2018 dell'International Organization for Migration (IOM) e il rapporto Onu<sup>3</sup> sulle migrazioni del 2017 confermano che l'immigrazione è un fenomeno globale e inarrestabile. Ammontano a circa 244 milioni le persone che hanno lasciato il loro paese di origine nel 2015 e si sono trasferite altrove: il loro numero è in costante aumento. Il 60% dei migranti vive in Asia o in Europa (rispettivamente 80 milioni e 78 milioni di migranti), mentre in Nord America vivono 58 milioni di migranti e 25 milioni in Africa.

Il Rapporto indica che - sulla base dei dati emersi fino al 2015 - il 75% dei migranti vive in 20 Paesi. Il maggior numero in Usa, Arabia Saudita, Germania, Russia e Gran Bretagna. L'Italia occupa l'undicesimo posto con 5.9 milioni di migranti che si trovano nel proprio territorio. Richiedenti asilo e rifugiati risiedono prevalentemente in Turchia, Giordania, Palestina, Libano e Pakistan<sup>4</sup>.

Nel contesto europeo l'Italia ha visto progressivamente crescere il numero degli immigrati entrati nei suoi confini. Diversamente da quella che sembra essere la più diffusa percezione, all'interno dell'Unione europea non spetta affatto all'Italia il primato per il numero di immigrati ospitati: largamente più alto è il numero degli immigrati che, secondo i dati Eurostat, hanno raggiunto la Germania nel 2016 (1.029.900), seguita da Inghilterra (589.000), Spagna (414.700) e dalla Francia (378.100); l'Italia, con 300.800 ingressi nel 2016 (con un aumento del 7% rispetto al 2015), si colloca dunque al quinto posto per numero di immigrati ed i numeri sono significativamente più bassi rispetto alla Germania<sup>5</sup>.

Gli stranieri residenti in Italia al 1° gennaio 2018 sono 5 milioni 65mila e rappresentano l'8,4% della popolazione residente<sup>6</sup>. Qui, la comunità residente più numerosa è quella rumena (45mila iscritti),

---

dell'emergenza, in AA.VV., *A tutti i membri della famiglia umana per il 60 anniversario della dichiarazione universale*, Milano, 2008, p. 263.

<sup>3</sup> Rispettivamente consultabili online agli indirizzi [https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr\\_2018\\_en.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_en.pdf) (ultimo accesso: 8 marzo 2019) e <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017.pdf> (ultimo accesso: 8 marzo 2019).

<sup>4</sup> I dati sono forniti nel World Migration Report 2018. In particolare, uno sguardo d'insieme è disponibile nel Cap. II dal titolo *Migration and migrants: A global overview*, in <https://www.iom.int/wmr/world-migration-report-2018> (ultimo accesso: 8 marzo 2019).

<sup>5</sup> Fonte Eurostat, disponibile all'url: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration\\_and\\_migrant\\_population\\_statistics#Migration\\_flows:\\_Immigration\\_to\\_the\\_EU\\_from\\_non-member\\_countries\\_was\\_2.4\\_million\\_in\\_2017](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics#Migration_flows:_Immigration_to_the_EU_from_non-member_countries_was_2.4_million_in_2017).

<sup>6</sup> Fonte Istat, Statistiche disponibili all'url: <http://www4.istat.it/it/files/2018/02/Indicatoridemografici2017.pdf?title=Indicatori+demografici+-+08%2Ffeb%2F2018+-+Testo+integrale.pdf> (ultimo accesso: 8 marzo 2019).

seguono pakistani (15mila), nigeriani (15mila), marocchini (15mila), albanesi (13mila) e cinesi (12mila)<sup>7</sup>. Continua a crescere, in ogni caso, l'immigrazione delle popolazioni provenienti dai Paesi africani; in particolare, incrementi significativi degli ingressi si registrano per i cittadini guineani (+161%), ivoriani (+73%), nigeriani (+66%) e ghanesi (+37%). Crescono peraltro anche i flussi di pakistani (+30%), albanesi (13mila, +12%) e brasiliani (10mila, +50%); diminuiscono invece i flussi di immigrati provenienti dall'area asiatica: cingalesi (-18%), cinesi (-17%), bengalesi (-14%) e indiani (-11%).

Interessante rilevare, però, che il tasso di *emigrazione* degli italiani verso l'estero è in costante crescita: le cancellazioni dall'anagrafe per l'estero nel 2016 sono state 157mila (+7% sul 2015) e tale aumento è dovuto esclusivamente alle cancellazioni di cittadini italiani. Le principali mete di destinazione per gli emigrati di cittadinanza italiana si confermano il Regno Unito (21,6%), la Germania (16,5%), la Svizzera (9,9%) e la Francia (9,5%).

L'Italia è al terzo posto per cittadini residenti in un altro paese europeo dopo Romania e Polonia<sup>8</sup>. In aumento sono anche i laureati italiani che lasciano il Paese: quasi 25mila nel 2016 (+9% sul 2015) anche se tra chi emigra restano più numerosi quelli con un titolo di studio medio-basso (56mila, +11%).

È inoltre noto che in Italia, da diversi decenni ormai, si assiste ad un consistente ed inarrestabile calo demografico. Nel 2016 sono stati iscritti in anagrafe per nascita 473.438 bambini: oltre 12 mila in meno rispetto al 2015. Nell'arco di 8 anni (dal 2008 al 2016) le nascite sono diminuite di oltre 100 mila unità. Il calo è attribuibile principalmente alle nascite da coppie di genitori entrambi italiani. I nati da questa tipologia di coppia scendono in modo consistente.

Nel 2016 è stata riconosciuta la cittadinanza italiana a 202mila nuovi soggetti, 64mila di costoro erano minori di 15 anni (quasi uno su tre). Il riconoscimento prevalente della cittadinanza italiana a giovani negli ultimi 10 anni ha certamente contribuito alla nascita di bambini con nazionalità italiana (appunto perché figli di genitori divenuti italiani). Nel 2015 e nel 2016 l'Italia risulta al primo posto in Europa per acquisizioni di cittadinanza<sup>9</sup>.

Le richieste di asilo sono aumentate in modo consistente dopo il 2014 e fino al 2017, mentre hanno subito un brusco calo nel 2018: come indicato dai dati del Ministero dell'Interno, le richieste erano

---

<sup>7</sup> ISTAT, Statistiche cit.

<sup>8</sup> Dati 2017 Fonte Eurostat, Statistiche disponibili all'url: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Number\\_of\\_EU\\_citizens\\_that\\_are\\_usual\\_residents\\_in\\_the\\_rest\\_of\\_the\\_EU\\_as\\_of\\_1\\_January\\_2017,\\_EU-28\\_\(million\).png&colid=381075](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Number_of_EU_citizens_that_are_usual_residents_in_the_rest_of_the_EU_as_of_1_January_2017,_EU-28_(million).png&colid=381075)

<sup>9</sup> Si vedano su questi punti le statistiche di Eurostat, disponibili all'url: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration\\_and\\_migrant\\_population\\_statistics/it#Acquisizione della cittadinanza: Nel 2016 gli Stati membri dell'UE hanno concesso la cittadinanza a quasi 1 milione di persone](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics/it#Acquisizione_della_cittadinanza:_Nel_2016_gli_Stati_membri_dell'UE_hanno_concesso_la_cittadinanza_a_quasi_1_milione_di_persone) (ultimo accesso: 8 marzo 2019).

130.119 nel 2017, mentre nel 2018 53.596. Quanto agli esiti di tali richieste, nel 2014 il 10% ha ottenuto il riconoscimento dello *status* di rifugiato, il 23% la protezione sussidiaria e il 28% la protezione umanitaria, mentre il 36% delle richieste hanno ottenuto un diniego. Nel 2015 gli esiti sono stati percentualmente molto diversi, con un 5% di riconoscimenti dello status di rifugiato, un 14% di protezione sussidiaria, un 22% di protezione umanitaria e ben il 53% di dinieghi. Nel 2016 e 2017 e 2018 i dati sugli esiti delle richieste precedentemente presentate sono rimasti percentualmente più o meno invariati con una percentuale di dinieghi molto alta, sempre superiore al 50% (59% nel 2018)<sup>10</sup>.

Anche i minori non accompagnati, segnalati in Italia, sono diminuiti in modo significativo negli ultimi due anni, passando da 9.782 nel 2017 a 3.676 nel 2018.

Nel 2017 i cittadini non comunitari che hanno acquisito la cittadinanza sono stati 135.814. Per la prima volta, dopo più di dieci anni di crescita, tra il 2016 e il 2017, si registra un calo del 26,4% delle acquisizioni di cittadinanza. Il calo più consistente rispetto all'anno precedente si riferisce alle acquisizioni ottenute per residenza e a quelle per trasmissione dai genitori ed elezione al compimento del diciottesimo anno di età; la diminuzione è evidente sia in termini assoluti (rispettivamente -29mila e -25mila circa) che percentuali (-4,7% e -3,7%). Crescono invece le acquisizioni per matrimonio (+4mila, +6,1%). Dal 2016 è possibile rilevare anche il dato relativo a coloro che sono divenuti italiani per *ius sanguinis*, ovvero per nascita da padre o madre cittadino italiano. Si tratta di un numero in crescita: nel 2016 erano circa 7mila individui (il 3,8% di tutte le acquisizioni di cittadini non comunitari), saliti a 8.211 nel 2017 (6,1% del totale)<sup>11</sup>.

Secondo un altro rapporto elaborato della Fondazione Ismu sulle migrazioni del 2017 si troverebbero in Italia (a gennaio 2017) 491 mila stranieri senza un valido titolo di soggiorno. Le sempre più difficoltose e numericamente meno consistenti regolarizzazioni (diversamente da quanto avveniva in passato con il ricorso ciclico alle sanatorie o a più estesi decreti-flusso) rendono dunque inevitabile la scelta dell'ingresso (o della permanenza) in condizioni di irregolarità, che risulta infatti in continuo aumento<sup>12</sup>.

Anche i naufragi nella rotta verso l'Italia hanno continuato ad aumentare, fino a non molto tempo fa, con un picco di 4.578 dispersi nel 2016, rispetto a oltre 181.436 sbarchi. Negli anni successivi i dispersi, secondo i dati Onu, si sono ridotti (2.873 nel 2017 e 1.311 nel 2018), ma a fronte di un numero notevolmente contratto di sbarchi (119.369 nel 2017 e 23.370 nel 2018): se la rotta verso l'Italia è divenuta meno praticata, i dati forniti dall'ONU indicano anche che questa è però assai più rischiosa che in

<sup>10</sup> Cfr. i dati complessivi relativi al 2018 sul sito del Ministero dell'Interno: [http://www.libertacivillimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/riepilogo\\_anno\\_2018.pdf](http://www.libertacivillimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/riepilogo_anno_2018.pdf)

<sup>11</sup> Cfr. [https://www.istat.it/it/files/2018/11/Report\\_cittadini\\_non\\_comunitari.pdf](https://www.istat.it/it/files/2018/11/Report_cittadini_non_comunitari.pdf), p. 10.

<sup>12</sup> F.L. DAMMACCO, *La regolarizzazione degli stranieri in Italia*, in *diritto.it*, 26 gennaio 2018.

passato<sup>13</sup>. Attualmente intensificata risulta attualmente la rotta verso la Spagna, dove si è passati da 22.103 migranti arrivati via mare con 202 dispersi nel 2017 a 58.569 nel 2018, con 784 dispersi<sup>14</sup>.

Le statistiche che abbiamo proposto si riferiscono ad una pluralità di questioni tutte complesse. La prima considerazione che emerge è che il fenomeno migratorio è inesorabile in Europa e nel mondo.

L'Italia (come altri paesi del Mediterraneo quali la Grecia e la Spagna) ha assunto - per la sua collocazione territoriale - un ruolo chiave per l'immigrazione nel contesto europeo: i flussi principali riguardano cittadini provenienti dall'est dell'Europa o dall'Asia e dall'Africa.

L'Italia non è il paese con il più alto numero di immigrati in Europa (è sopravanzata, infatti, da Germania e Gran Bretagna), ma certamente la naturale esposizione sul Mediterraneo rende (o, come pare, rendeva) questo paese uno snodo cruciale per l'accesso all'Europa.

I dati indicano che l'immigrazione in Italia non è più, fra l'altro, un fenomeno recente: sono in aumento i riconoscimenti della cittadinanza italiana a soggetti stranieri, che bilanciano (in parte) il calo demografico del nostro paese.

Il recente calo di migranti che si mettono in viaggio verso le nostre coste ha prodotto un significativo aumento in percentuale dei rischi connessi all'uso di tale rotta e, contemporaneamente, uno spostamento verso la Spagna.

Sono significativamente aumentati i casi di rigetto di qualsiasi forma di asilo o protezione.

È in atto, parimenti, un consistente calo delle nascite di bambini figli di genitori entrambi italiani. Aumentano invece i riconoscimenti della cittadinanza nei confronti di minori che acquistano la cittadinanza per *ius sanguinis*, cioè dopo che uno dei genitori è a sua volta divenuto italiano.

### **3. L'immigrazione come problema**

L'incontro in Bocconi ci ha consentito di rileggere i dati sopra illustrati valorizzando alcune gravi criticità. Il tragico tema delle morti in mare e dei diritti negati è emerso con forza grazie all'intervento della prof.ssa Cristina Cattaneo, docente di Medicina legale all'Università degli studi di Milano e direttrice del Labonof, il Laboratorio di antropologia e odontologia forense. Dal 2013 è impegnata in una intensa attività di riconoscimento di reperti rinvenuti in mare al fine nel tentativo di ricostruire l'identità di chi è morto nel Mediterraneo: di una minima parte di questi si è già ottenuto un nome e una provenienza certa. Ha inoltre costruito un database che consente di raccogliere fotografie degli oggetti (vestiti, documenti ecc.)

---

<sup>13</sup> <https://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean/location/5205> (ultimo accesso: 8 marzo 2019).

<sup>14</sup> <https://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean/location/5226> (ultimo accesso: 8 marzo 2019).

rinvenuti in modo da agevolare il riconoscimento da parte dei familiari che non abbiano più notizie dei loro cari e presumano possano essere stati vittime di naufragi<sup>15</sup>.

A fronte del riconoscimento dell'inevitabilità delle migrazioni, Laura Montanari ha analizzato la giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri ed ha proficuamente messo in luce che, “nonostante le affermazioni di principio, l'apertura verso scelte legislative limitative dei diritti appare significativa. La prevalenza dell'esigenza di 'governare i flussi' - e ridurre gli ingressi - porta all'adozione di soluzioni spesso lesive dei diritti fondamentali, finalizzate essenzialmente all'espulsione degli stranieri irregolari”<sup>16</sup>.

È emersa ancora in diversi interventi e richiamata in alcuni contributi in questa raccolta, la questione dei diritti al soccorso prestato ‘in frontiera’ a coloro che si trovano in situazione di difficoltà o di rischio. L'intervento punitivo è largamente utilizzato (in Italia come in Francia) per contrastare l'immigrazione illegale, giungendo a criminalizzare financo le modalità più fraterne e solidali di aiuto all'immigrazione di soggetti in pericolo.

In Francia il tema si è posto rispetto al caso di Cédric Herrou e Pierre Alain Mannoni; la possibilità di incriminare il soccorso prestato ai migranti che tentavano di passare la frontiera alpina in condizioni spesso molto pericolose (fra Italia e Francia, ad esempio nella c.d. giungla di Calais) ha sollevato un acceso dibattito sul reato definito - in modo suggestivo - *di solidarietà*, previsto dall'art. L. 622-1 del CESEDA<sup>17</sup>. In Italia lo scontro politico-istituzionale, nonché il dibattito interpretativo si è acceso in merito ai diversi casi legati alle navi delle ONG che agivano nel Mediterraneo per prestare soccorso ai migranti in mare (*Iuventa*, *Open Arms* e *Sea-Watch*). Come illustrato da Luca Maserà<sup>18</sup>, il tentativo di controllare i flussi migratori è passato anche attraverso la criminalizzazione delle ONG che operano sulla ‘frontiera’ del Mediterraneo così tanto praticata e luogo di una vera e propria ecatombe ormai da diversi anni, come dimostrano le statistiche sopra citate.

Ci paiono convincenti le considerazioni di chi afferma che “apparirebbe a nostro avviso del tutto anomalo considerare la condotta dei soccorritori – in assenza, ripetiamo, di ogni prova relativa ad un loro accordo con i trafficanti – come condotta *antigiuridica* in quanto causalmente rilevante rispetto alla condotta dei trafficanti. Alla luce della disciplina nazionale e internazionale che regola le attività di ricerca e soccorso in mare, difatti, non può che concludersi come le stesse attività di monitoraggio a salvaguardia della

---

<sup>15</sup> C. CATTANEO, M. D'AMICO, *I diritti annegati. I morti senza nome nel Mediterraneo*, Milano, 2016.

<sup>16</sup> L. MONTANARI, *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri*, in questa raccolta.

<sup>17</sup> Per una ricostruzione di questi profili vedi in questa raccolta il contributo di C. SEVERINO, *Uno sguardo Oltralpe. Aspetti problematici della disciplina dell'immigrazione in Francia*.

<sup>18</sup> Il rinvio è alle interessanti ed aggiornate considerazioni espresse da L. MASERA nel contributo pubblicato dal titolo *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in questa raccolta.

sicurezza delle frontiere marittime europee si configurino come attività *legittime* e *doverose* all'interno del "sistema SAR", nel quale (...) anche le O.N.G. si inseriscono armonicamente a pieno titolo. Anche qualora si dovesse ritenere, dunque, che i trafficanti facciano in effetti affidamento sul pronto intervento delle O.N.G., e che pertanto vengano per questa via incoraggiati a 'lanciare' in alto mare barche di migranti manifestamente sovraccariche ovvero prive del carburante necessario per raggiungere le coste italiane, ciò non escluderebbe l'oggettivo carattere di *conformità al diritto* (nazionale e internazionale) delle operazioni di salvataggio, le quali dunque non potrebbero essere considerate al tempo stesso costitutive di reato; e ciò per l'assorbente ragione – del tutto ovvia per la teoria del reato contemporanea – che una condotta considerata lecita (e anzi doverosa) dall'ordinamento difetta per ciò stesso del carattere dell'*antigiuridicità*, il secondo connotato necessario (dopo la tipicità) a costituire un reato. La condotta sarà pure, insomma, causalmente rilevante rispetto all'azione dei trafficanti, e come tale "tipica" ai sensi del combinato disposto degli artt. 110 c.p. e 12 t.u. imm.; ma non potrà essere considerata "antigiuridica", stante il suo carattere di condotta *doverosa* ai sensi di altre disposizioni del diritto nazionale e internazionale, prevalenti sul divieto penalmente sanzionato in parola<sup>19</sup>.

In merito alla specifica vicenda della nave *Open Arms*, si è dibattuto sulla diversa portata interpretativa della norma dello stato di necessità (art. 54 c.p.), che potrebbe escludere la rilevanza penale delle condotte di salvataggio, nei casi di soccorso nel mare di fronte alla Libia, se si considerasse sussistente la situazione di pericolo anche al di fuori del rischio di naufragio (senza necessità dunque che questo vi sia), ma in relazione al pericolo di violenze e soprusi cui sarebbero esposti i naufraghi in caso di rientro in Libia e conseguente ricollocamento nei campi profughi di quel paese dove sono note le gravi violazioni dei più essenziali diritti umani<sup>20</sup>.

La ricostruzione di tali violenze in alcuni di questi campi risulta oggi, tra l'altro, processualmente accertata in tutta la sua drammaticità e gravità nella sentenza della Corte d'assise di Milano del 10 ottobre 2017, ove si ricostruiscono le aggressioni fisiche, le violenze sessuali, gli omicidi e i sequestri realizzati nei centri di raccolta e transito in Libia<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2018, p. 144.

<sup>20</sup> Su questo caso v. ancora il contributo in questa raccolta di L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*. Sul tema in generale si veda S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, cit., p. 134; V. MILITELLO, *I traffici illeciti nell'area del Mediterraneo. Prevenzione e repressione nel diritto interno, europeo ed internazionale*, in *ivi*, p. 1; A. GILIBERTO, *Sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 4 giugno 2014; A. GILIBERTO, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e soccorso in acque internazionali: il problema della veste processuale da attribuire ai migranti trasportati*, in *ivi*, 10 marzo 2017.

<sup>21</sup> C. ass. Milano, 10 ottobre 2017, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 16 aprile 2018, con nota di S. BERNARDI, *Una condanna della Corte d'Assise di Milano svela gli orrori dei 'Centri di raccolta e transito' dei migranti in Libia*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2018, p. 207.

Il diritto punitivo (penale ed amministrativo) assume dunque un ruolo centrale - come spesso accade - in un quadro politico di 'ostilità' nei confronti degli stranieri<sup>22</sup>.

Proliferano inoltre nel nostro ordinamento diverse forme di espulsione (come misure amministrative o penali)<sup>23</sup> così come il trattenimento amministrativo, discutibile forma di privazione della libertà, più volte messa in discussione di fronte alle Corti superiori e criticata anche all'estero<sup>24</sup>. Come è stato illustrato da Davide Zecca, l'efficace tutela dei diritti degli stranieri contro il provvedimento di espulsione e l'uguaglianza in giudizio potranno essere garantite solo a seguito di una riforma della giurisdizione in materia di immigrazione<sup>25</sup>.

La dottrina ha più volte messo in luce quanto la legislazione degli ultimi anni (soprattutto penalistica, ma non solo) in materia di immigrazione si sia mossa principalmente al fine di 'regolare il fenomeno in senso protezionistico o proibizionistico, limitandone i flussi'<sup>26</sup>. Un esempio particolarmente significativo può rinvenirsi nel reato di clandestinità, la cui depenalizzazione ampiamente auspicata e delegata dal Parlamento con l. 28 aprile 2014, n. 67, art. 2, co. 3, lett. b) non è stata realizzata. La dottrina ha rilevato che tale scelta "sia stata dettata prevalentemente dal timore di incontrare lo sfavore dell'opinione pubblica, con pericolose ricadute in termini di perdita di consenso elettorale. Si tratta di una presa di posizione certamente poco condivisibile laddove si consideri il suo aperto contrasto non solo con le scelte politico-criminali effettuate a monte dall'organo parlamentare (di certo dotato di maggior rappresentatività rispetto all'esecutivo), ma anche con le spinte riformistiche che sempre più frequentemente provengono dalla società civile, dagli operatori del diritto e dal mondo scientifico"<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> Nella raccolta monografica si veda il contributo di P. ODDI, *La tutela giurisdizionale dei migranti. Il ruolo dell'avvocato 'immigrazionista'*.

<sup>23</sup> L. SIRACUSA, *L'espulsione del migrante tra efficientismo e polimorfismo giuridico*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli, 2015, p. 253.

<sup>24</sup> Fra gli altri si vedano: R. CHERCHI, *Il trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione: le norme vigenti, i motivi di illegittimità costituzionale e le proposte di riforma*, in *Questione giustizia*, 3/2014, p. 51 ss.; A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali*, 3/2014, pp. 573 ss.; 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 *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3/2017, pp. 278 ss.; v. anche il *Rapporto sui Centri di Permanenza per il Rimpatrio* (agg. dicembre 2017), su [penalecontemporaneo.it](http://penalecontemporaneo.it), 21 dicembre 2017.

<sup>25</sup> D. ZECCA, *Tutela avverso il provvedimento di espulsione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, nella raccolta monografica che precede.

<sup>26</sup> A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Critica del diritto*, 1/2013, p. 19; L. MASERA, *Terra bruciata attorno al clandestino tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), *Il pacchetto sicurezza*, Torino, 2010, p. 27; G.L. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2015, p. 189; L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4/2009, pp. 15 ss.; G. ALESCI, *(In-)Sicurezza e immigrazione. La "colpevolizzazione" dello straniero nel diritto dell'emergenza*, in *Archivio penale*, 3/2018, p. 2; S. PALIDDA, *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*, Agenzia X, 2009.

<sup>27</sup> C. RUGGIERO, *La depenalizzazione del reato di "immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Riv. trim. diritto penale contemp.*, 2/2017, p. 137. V. anche Cfr. A. CAPUTO, *Il reato di immigrazione clandestina*,

Particolarmente controversa è poi la linea adottata dal legislatore con il Decreto sicurezza del 2018<sup>28</sup>, che - per molti versi - si pone in linea di continuità con i precedenti interventi normativi<sup>29</sup>: il provvedimento conferma politiche penali di deterrenza (che potenziano i casi di detenzione amministrativa, come nel caso del nuovo comma *3bis* dell'art. 6 d.lgs. 142 del 2015)<sup>30</sup> e che suscitano dubbi e perplessità circa la loro reale efficacia<sup>31</sup>. Come è stato rilevato: “questo approccio non ha solo il difetto di legittimare un impiego del tutto arbitrario della carcerazione. Rischia anche di minare proprio quello che dovrebbe essere uno dei capisaldi del sovranismo in ambito giuridico, ossia la previsione di norme nazionali dal contenuto ben definito, in contrapposizione alle fumose prescrizioni troppo spesso rinvenibili nei trattati e nel diritto derivato dell’Unione Europea. Qualcuno potrebbe osservare che sono, dopotutto, norme destinate ai migranti; l’essenziale è che ad essere compatibili con il canone della tassatività siano le norme relative ai cittadini, gli unici meritevoli di una piena protezione della libertà. Sarebbe, però, un argomento miope, incapace di scorgere il pericolo che si profila all’orizzonte: l’effetto contagioso che l’assenza di vere e proprie fattispecie di privazione della libertà, anche se limitata ad uno specifico settore dell’ordinamento, potrebbe determinare in altri settori, alimentando le prassi devianti e gli aggiramenti delle garanzie. Il pericolo, insomma, che ciò che vale oggi per i migranti valga, in un futuro non troppo remoto, anche per i cittadini: un *habeas corpus* costruito per principi anziché per regole, soggetto alle capricciose determinazioni della giurisprudenza ed incapace di assicurare la parità di trattamento”<sup>32</sup>.

Negli ultimi anni il tema dell’immigrazione si è posto per lo più nei termini di una emergenza, ancor più seria perché da affrontare in un contesto di crisi economica<sup>33</sup>.

Le difficoltà di governo dell’emergenza migratoria, le sempre più pressanti politiche di contrasto e contenimento del fenomeno hanno creato una situazione di fibrillazione nel sistema, aggravata da una

---

in *Criminalia*, 2009, pp. 389 ss.; L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione giustizia*, 5/2009, p. 11.

<sup>28</sup> G. MENTASTI, *Il decreto sicurezza diventa legge. Le modifiche introdotte in sede di conversione*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 21 dicembre 2018; Id., *Decreto-sicurezza: i profili penalistici*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 25 ottobre 2018; A. DI MURO - L. DI MURO, *Il diritto dell’immigrazione*, Torino, 2019.

<sup>29</sup> M. DANIELE, *La detenzione come deterrente dell’immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, in *Riv. trim. dir. pen. contemp.*, 11/2018, p. 95; 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*, cit., p. 278; A. MANGIARACINA, *Hotspots e diritti: un binomio possibile?*, in *penalecontemporaneo.it*, 9 dicembre 2016; D. PERUGIA, *Centri di identificazione e di espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, in *penalecontemporaneo.it*, 16 maggio 2013.

<sup>30</sup> M. DANIELE, *La detenzione come deterrente dell’immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, cit., p. 103.

<sup>31</sup> M. VILLA, *Sbarchi in Italia: il costo delle politiche di deterrenza*, in *www.ispionline.it*, 1 ottobre 2018.

<sup>32</sup> M. DANIELE, *La detenzione come deterrente dell’immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, cit., p. 102.

<sup>33</sup> B. GHOSH, *Refugee and mixed migration flows: managing a looming humanitarian and economic crisis*, Cham (Svizzera), 2018; P. BEVELANDER - B. PETERSSON, *Crisis and migration: implications of the Eurozone crisis for perceptions, politics, and policies of migration*, Nordic Academic Press, 2014.

forte strumentalizzazione politica (di quasi tutte le parti politiche) e mediatica<sup>34</sup> del tema. Più che una gestione consapevole dell'immigrazione ci si è orientati verso una sua progressiva criminalizzazione<sup>35</sup>.

Come è stato autorevolmente sottolineato “rispetto all'irrazionale paura collettiva nulla ha maggiore capacità di aggregazione (a buon mercato; e con il rischio di un populismo a sua volta aggregante) della minaccia di repressione penale: una risposta esemplare (tolleranza zero e risposte forti); simbolica (le leggi manifesto anche prescindendo dalla verifica dell'esistente normativo, magari mai attuato); emotiva (la repressione proclamata al di là e indipendentemente da ogni effettività di tutela). Fino ad arrivare ad elaborare un “diritto penale del nemico” che sostituisce il suo oggetto: quest'ultimo, in realtà, non è più il nemico, ma è l'emarginato sociale, l'escluso, lo straniero, il non cittadino in quanto tale, secondo categorie antropologiche che – eccentriche rispetto alla finalità (il nemico, appunto) – risultano assai utili per esportare il conflitto sociale, individuando un soggetto esterno e così sublimando paura e insicurezza sociale”<sup>36</sup>.

Anche in altri Paesi, oltre che nel nostro<sup>37</sup>, soprattutto in Usa, Australia e in alcuni paesi Europei, come abbiamo accennato fino ad ora, dilagano politiche ostili all'ingresso di migranti nel territorio, prospettando un conflitto fra cittadini ed immigrati, che ostacola, più che favorire, la crescita del Paese, incentivando, di fatto, l'immigrazione irregolare e lo sfruttamento degli immigrati privi di documenti prevalentemente da parte di cittadini nativi (come vedremo fra poco).

I tentativi di bloccare i flussi migratori mediante il ricorso agli strumenti che abbiamo visto (sanzioni penali, espulsione, detenzione amministrativa ecc.) non si caratterizzano per una reale efficacia (basti

---

<sup>34</sup> E. CALVANESE, *Media e immigrazione tra stereotipi e pregiudizi*, Milano, 2011; A.M. MANGANELLI RATTAZZI - C. VOLPATO, *Forme sottili e manifeste di pregiudizio verso gli immigrati*, in *Giornale it. psicol.*, 2001, p. 351; M. MANERI, *L'immigrazione nei media. La traduzione di pratiche di controllo nel linguaggio in cui viviamo*, in *Anuac*, 1/2015, p. 24.

<sup>35</sup> G. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, p. 713; R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1425; G. ALESCI, *(In-)Sicurezza e immigrazione. La “colpevolizzazione” dello straniero nel diritto dell'emergenza*, cit., 1; F. FORZATI, *La sicurezza penale fra rassicurazione sociale, conservatio ordinum e criminalizzazione del corpo estraneo*, in *Arch pen.* 2018, 3, p. 2; A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, fra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.* 2011, 2, p. 446; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.* 2006, p. 871; A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Crit. Dir.* 2013, 1, p. 17; L. MASERA, *“Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il pacchetto sicurezza 2009*, Giappichelli, 2009, p.44; G. GATTA, *Il reato di clandestinità e la riformata disciplina dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.* 2009, 11, p. 1334; L. RE, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Laterza, 2006; M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.* 2008, p. 3558; M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre il confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, in *Pol. Dir.* XLII, 2011, 2, p. 253; ID., *Immigrazione e diritto penale*, in *Crit. dir.* 2011, p. 21; S. CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione. La nuova disciplina dell'immigrazione dopo il c.d. pacchetto sicurezza*, Cedam, 2009.

<sup>36</sup> G.M. FLICK, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, cit., p. 263.

<sup>37</sup> L. FERRAJOLI, *Politiche contro i migranti in violazione dei diritti umani*, in *Quest. giust.*, marzo 2019.

pensare che in Italia i rimpatri fra luglio 2016 e agosto 2017 sono stati all'incirca 'solo' 7000)<sup>38</sup>, ma hanno costi sociali ed economici elevatissimi, soprattutto in termini di aumento della immigrazione irregolare che porta con sé sacche di popolazione vulnerabile e facilmente in balia di varie forme di sfruttamento e criminalità.

Occorre porre in evidenza che la chiusura di porti e frontiere, la costruzione di muri e barriere, la complessiva criminalizzazione dell'immigrazione hanno costi elevatissimi di per sé<sup>39</sup> e producono costi diretti e indiretti, globali e nazionali, incommensurabili: perdita di vite umane, vittimizzazioni di massa dei migranti, aumento della immigrazione illegale, spese enormi di respingimenti ed espulsioni (e dei relativi processi). Se alcuni Paesi (si pensi all'Australia) sono riusciti con alcuni di questi strumenti - almeno in parte - a controllare il fenomeno dell'immigrazione, questo è potuto avvenire per una collocazione geografica particolare che rende il flusso in entrata assai difficoltoso e con costi inaccettabili in termini di violazioni dei diritti umani<sup>40</sup>.

Altri ordinamenti, anche quelli attualmente piuttosto ostili all'accoglienza (come gli USA), stanno riflettendo con preoccupazione in merito ai costi della chiusura delle frontiere<sup>41</sup>.

#### 4. L'immigrazione come risorsa: un problema di *governance*

Alcune ricerche confermano, d'altra parte, il dato secondo cui l'immigrazione legale costa assai meno e produce processi virtuosi per il Paese ospitante rispetto all'immigrazione irregolare<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Dossier Viminale Ferragosto 2018, disponibile all'url: <http://www.interno.gov.it/it/sala-stampa/dati-e-statistiche/dossier-viminale-ferragosto-2018> (ultimo accesso: 8 marzo 2019).

<sup>39</sup> M. RHODAN, *Democrats Say President Trump's Border Wall Could Cost \$67 Billion*, in *Time*, 18 aprile 2017, p. 77; L. KOSHGARIAN, *Trump's \$5 Billion Wall Is a Waste – Here's What We Could Spend It on Instead*, in *Fortune*, 9 gennaio 2019, p. 1. Più in generale si vedano anche le riflessioni di P. ANDRISANI – S. BONTEMPELLI – G. CALDIRON – S. CHIODO – D. CONSOLI – G. FASO – G. NALETTO – E. PUGLIESE – A. RIVERA – M. RUSSO SPENA – D. ZOLA, *Cronache di ordinario razzismo. Terzo libro bianco sul razzismo in Italia*, Roma, 2014.

<sup>40</sup> Si veda il documento pubblicato nel 2018 dal *Refugee Council of Australia*, *Recent Changes in Australia refugee policy*, in <https://www.refugeecouncil.org.au/recent-changes-australian-refugee-policy/9/> (url non più accessibile). Cfr. anche N. HUDSON-RODD, *Australia Limits Refuge for Refugee*, in *Tamara: Journal for Critical Organization Inquiry*, 2/2009, p. 182; B. FRELICK, I.M. KYSEL, J. PODKUL, *The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants*, in *Jour. of Migration and Human Security*, vol. 4, n. 4 (2016), p. 190; E. WILLHEIM, *MV Tampa: The Australian Response*, in *Int. Journ. of Refugee Law*, vol. 15, Issue 2 (2003), p. 161; M. RECORD, *The Protection of Asylum Seekers in Australian-Pacific Offshore Processing: The Legal Deficit of Human Rights in a Nodal Reality*, in *Human Rights Law Rev.* vol. 17, Issue 1 (march 2017) p. 33; K. MORALES, *Australia's Guantanamo Bay: How Australian Migration Laws Violate the United Nations Conventions against Torture*, in *American Univ. International Law Rev.* vol 31, Issue 2 (2016), p. 327.

<sup>41</sup> J.S. FRETZER, *Open Borders and International Migration Policy: The Effects of Unrestricted Immigration in the United States, France, and Ireland*, Cham (Svizzera), 2016.

<sup>42</sup> G. CATALDI - A. LIGUORI - M. PACE (a cura di), *Migration in the Mediterranean area and the challenges for "hosting" european society*, Napoli, 2017: in particolare si veda il contributo ivi contenuto di S.P. ALVAREZ TINAJER, *The Challenge of Future Migration Governance of Migration as an Inherent Aspect of Development*, p. 83.

Allo stesso tempo, politiche di sviluppo e supporto all'immigrazione potrebbero favorire il raggiungimento di migliori risultati anche in relazione al tema della sicurezza interna ed internazionale<sup>43</sup>: aiuti allo sviluppo, accoglienza delle minoranze etniche, ingressi regolari e sicuri, numericamente consistenti per richiedenti asilo e migranti economici, nonché la regolarizzazione di immigrati entrati irregolarmente produrrebbero effetti positivi e perfino risorse.

Si è dimostrato, ad esempio, il significativo contenimento della criminalità prodotto dalla regolarizzazione dei migranti irregolari<sup>44</sup>: tale risultato, oltre ad essere positivo in sé, comporta un significativo contenimento dei costi che derivano dalla commissione di reati nel breve e nel lungo periodo (costi per le vittime e per la società in termini di processi, applicazione della pena ecc.)<sup>45</sup>.

Come emerge da alcune ricerche, inoltre, piuttosto di una diffusa criminalizzazione, paiono più efficaci sul piano (anche) del contrasto all'immigrazione irregolare misure come la riduzione del carico fiscale e la lotta all'evasione<sup>46</sup>.

D'altra parte alcuni studi dimostrano con chiarezza che l'immigrazione regolare offre significative potenzialità per il Paese ospitante<sup>47</sup>. Sono interessanti, ad esempio, in Italia le considerazioni svolte da Tito Boeri sull'incidenza positiva dell'immigrazione nel complessivo bilancio delle casse dell'Inps. Considerando il calo demografico, la relazione annuale Inps del 2018 afferma che "azzerando l'immigrazione, secondo le stime di Eurostat, perderemmo 700.000 persone con meno di 34 anni nell'arco di una legislatura"; ancora più interessanti, ai nostri fini, le considerazioni circa l'esigenza di *governance* di

---

<sup>43</sup> M. TAWAT, *Frontiers of Fear: Immigration and Insecurity in the United States and Europe Survival Migration: Failed Governance and the Crisis of Displacement*, in *Governance*, 3/2016, p. 446. Interessante lo studio di J.S. FETZER che dimostrerebbe, sulla base di rilevazioni e studi, che qualsiasi effetto significativo di una immigrazione più ampia (sul mercato del lavoro, della casa, sull'istruzione ecc.) può essere gestito, con la sola eccezione della criminalità. In J.S. FETZER, *Open borders and international migration policy: the effects of unrestricted immigration in the United States, France and Ireland*, Cham (Svizzera), 2016; G.H. HANSON - R.ROBERTSON - A. SPILIMBERGO, *Does Border Enforcement Protect U.S. Worker From Illegal Immigration?*, in 84 *The Review of Economics and Statistics*, 1/2002, p. 73.

<sup>44</sup> P. PINOTTI, *Clicking on Heaven's Door: The Effect of Immigrant Legalization on Crime*, in 107 *American Economic Review*, 1/2017, p. 138.

<sup>45</sup> Interessanti le considerazioni del prof. Palazzo sull'impennata dei tassi di criminalità quando allo stato di immigrato si sommi quello di 'irregolare'. F. PALAZZO, *Immigrazione e criminalità. Una lettura dei dati statistici*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* 24 ottobre 2016. Si veda anche M. MANNO, *Gli stranieri e il carcere tra indici di criminalità e fattori di criminalizzazione*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti*, cit., p. 290.

<sup>46</sup> C. CAMACHO - F.MARIANI - L. PENSIEROSO, *Dealing with Illegal Immigration: The Role of Informality, Taxation and Trade*, in AA.VV., *Le sfide dell'immigrazione*, in *Economia Italiana*, 1/2018, p. 97.

<sup>47</sup> L. MARCHIORI - P.PIERETTI - B. ZOU, *Immigration, Occupational Choice and Public Employment*, in *Annals of Economics and Statistics*, n. 131, sept. 2018, p. 83; M. HANSEN - M. SCHULTZ-NIELSEN - T. TRANÆS, *The fiscal impact of immigration to welfare states of the Scandinavian type*, in 30 *Journal of Population Economics*, 3/2017, p. 925; L. AZOULAI - K. DE VRIES, *Legal Migration Law, Legal Complexities and Political Rationales*, Oxford, 2014; G. PERI, *The Effect Of Immigration On Productivity: Evidence From U.S. States*, in 94 *Review of Economics and Statistics*, 1/2012, p. 348; G.S. GIRMA - Z. YU, *The Link between Immigration and Trade: Evidence form the United Kingdom*, in 138 *Weltwirtschaftliches Archiv*, 1/2002, p. 115.

una più ampia immigrazione regolare: “tutti sono d’accordo sul fatto che bisogna contrastare l’immigrazione irregolare. Bene, ma si dimentica un fatto importante: per ridurre l’immigrazione clandestina il nostro Paese ha bisogno di aumentare quella regolare. (...) Dunque c’è una forte domanda di lavoro immigrato in Italia. In presenza di decreti flussi del tutto irrealistici, questa domanda si riversa sull’immigrazione irregolare degli *overstayer*, di chi arriva in aereo o in macchina, non coi barconi ma coi visti turistici e rimane in Italia a visto scaduto. (...) Il numero di lavoratori domestici extracomunitari iscritti alla gestione Inps tende inesorabilmente a ridursi, non compensato (o compensato in minima parte) dall’aumento dei lavoratori comunitari o italiani che non hanno problemi con i visti”<sup>48</sup>.

Il legislatore sembra talvolta essere ben consapevole della risorsa che rappresenta per il nostro Paese la popolazione (anche) immigrata: questo pare emergere da alcune novità legislative e cioè, ad esempio, l’aumento della tassa richiesta per i permessi di soggiorno e le spese per le marche da bollo determinate per la stampa e la spedizione dei documenti.

Il decreto Salvini ha, infatti, aumentato il costo per la pratica di acquisizione di cittadinanza italiana, elevandola da 200 a 250 euro cui si aggiungono i 16 euro della marca da bollo. Le naturalizzazioni hanno ormai raggiunto le 200 mila unità l’anno con un ingresso nelle casse dello Stato di circa 50 milioni di euro l’anno (10 milioni in più rispetto a prima). È stata poi proposta l’introduzione di un prelievo dell’1,5% sui trasferimenti di denaro verso i Paesi non UE. Un tale prelievo costituirebbe null’altro che un’ulteriore tassa a gravare soprattutto sugli immigrati extraeuropei<sup>49</sup>.

Tutti questi contributi, come è stato opportunamente sottolineato, «si aggiungono naturalmente alle altre imposte ‘universali’ (Irpef, Iva, accise e così via), per le quali gli immigrati contribuiscono con circa 7 miliardi l’anno. Le tasse su permessi di soggiorno e naturalizzazioni sono costi a carico dei soli cittadini stranieri. E anche la nuova tassa sulle rimesse andrebbe di fatto a gravare quasi esclusivamente sugli extracomunitari, visto che si tratta di un canale utilizzato principalmente per inviare denaro alle famiglie di origine. Sommando le tre voci, lo Stato riceverebbe oltre 300 milioni di euro: una sorta di ‘patrimoniale’ a carico degli immigrati. In altri termini, sarebbe come chiedere a ciascuno dei 4 milioni di residenti stranieri adulti un versamento di 75 euro. Sebbene in termini assoluti non siano cifre altissime, va

---

<sup>48</sup> *Relazione annuale del Presidente Inps*, 4 luglio 2018. Si veda anche il richiamo a queste considerazioni di E. DI PASQUALE - A. STOPPANI - C. TORCHION, *Migranti economici cercasi*, in *lavoce.info*; nello stesso senso si vedano i contributi di N. SARTOR, *Invecchiamento, immigrazione, economia: quali politiche pubbliche*, Bologna, 2010; J.A. LACOMBA - F. LAGOS, *Immigration and Pension Benefits in the Host Country*, in *77 Economica*, 306/ 2010, pp. 283-295; A. RAZIN - E. SADKA - B. SUWANKIRI, *Migration and the welfare state: political-economy policy formation*, Cambridge (MA), 2011.

<sup>49</sup> E. DI PASQUALE - A. STUPPINI - C. TRONCHIN, *Quando lo Stato fa cassa con gli immigrati*, in <https://www.lavoce.info/archives/56335/quando-lo-stato-fa-cassa-con-gli-immigrati/> (ultimo accesso: 8 marzo 2019).

ricordato che mediamente i lavoratori immigrati hanno redditi più bassi del 25% rispetto agli italiani (1.029 euro netti al mese secondo la rilevazione Istat relativa al 2017) per cui l'impatto diventa comunque significativo»<sup>50</sup>.

La consapevolezza di queste potenzialità, qualora diffusa anche a livello mediatico, consentirebbe di uscire dal circolo vizioso della percezione negativa dell'immigrazione che alimenta politiche populiste di rigore e chiusura rischiose ed inefficaci sul piano dei costi e dei risultati. Anche negli Usa, diversi studi paiono fare emergere le positive ripercussioni di politiche che favoriscono l'immigrazione regolare o la regolarizzazione di immigrati introdotti irregolarmente nel paese, piuttosto che politiche di chiusura che non fanno che aumentare l'immigrazione irregolare con significativi costi per il resto della popolazione<sup>51</sup>. Per i Paesi che fanno parte dell'Unione Europea, come l'Italia, questi temi non possono non essere affrontati se non in collaborazione con gli altri paesi membri dell'Unione<sup>52</sup>, anche se forse la prospettiva europea può non essere esaustiva: occorre cioè una politica globale, proprio come il fenomeno che si cerca di governare.

Tutti e 193 i membri delle Nazioni Unite, del resto, nel 2016 hanno adottato la Dichiarazione di New York per rifugiati e migranti, nella quale si afferma che nessun Paese può gestire da solo la migrazione internazionale. Come ricorda il rapporto dell'Onu del 2018 sui migranti ampiamente richiamato *supra* “gli Stati hanno accettato di attuare politiche migratorie concordate e si sono impegnate a condividere più equamente l'onere di ospitare i rifugiati, hanno anche accettato di proteggere i diritti umani dei migranti

---

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> J. RAMOS, *A Review of Benefits and Costs Imposed by Immigrant Population on the U.S. Economy*, in *Proceedings of the Northeast Business & Economics Association*, 2013, p. 201; si sofferma ad esempio sulle differenze di salario in relazione a immigrati regolari ed irregolari; A. GILL - S. LONG, *Is There an Immigration Status Wage Differential between Legal and Undocumented Workers? Evidence from the Los Angeles Garment Industry*, in *70 Social Science Quarterly*, 1/1989, p. 164. Si vedano poi le considerazioni di LeMay sulla possibilità di favorire l'emersione del lavoro nero di lavoratori privi di documenti promuovendo modalità di contribuzione personali e la possibilità di rimanere negli Stati Uniti, cfr. G. LEMAY, *Law-Abiding Illegal Aliens: Paying Taxes for the Chance of Legal Immigration Status, Or Not Null*, in *27 St. Thomas L. Rev.*, 2/2015, p. 318. Interessanti, ancora, le considerazioni sugli effetti della amnistia per gli immigrati irregolari in Usa nel 1986, P.M. ORRENIUS - M. ZAVODNY, *The economic consequences of amnesty for unauthorized immigrants*, in *32 Cato Journal*, 1/2012, p. 85.

<sup>52</sup> S. FERRERA, *Human security and migration in Europe's southern borders*, Cham (Svizzera), 2019; M. AMBROSINI, *Irregular immigration in Southern Europe: actors, dynamics and governance*, Cham (Svizzera), 2018; T. LAGIOS - V. LEKKA - G. PANOUTSOPOULOS, *Borders, bodies and narratives of crisis in Europe*, Cham (Svizzera), 2018; U. CURI (a cura di), *Vergogna ed esclusione: l'Europa di fronte alla sfida dell'emigrazione*, Roma, 2017; A. TOMASELLI, *Sicurezza ed immigrazione nell'UE: profili di diritto europeo e riflessioni critiche*, in *Riv. cooper. giurid. intern.*, 56/2017, p. 177; C. BOTRUGNO, *Immigrazione ed Unione europea: un excursus storico ragionato*, in *Sociologia dir.*, 1/2014, p. 121; M.M. PAPPALARDO, *Respingimenti in mare ed emergenza immigrazione: nuove prospettive nel sistema Dublino III*, in *Comunità intern.*, 4/2013, p. 793; A.M. CALAMIA - M. DI FILIPPO - M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, diritto e diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali: l'esperienza italiana tra storia, costituzione e prospettive europee*, Napoli, 2007. Per un monitoraggio costante della situazione dei rifugiati, si veda il portale dell'ONU su sito <https://data2.unhcr.org/en/situations>.



e di contrastare la xenofobia e l'intolleranza verso i migranti. Hanno inoltre concordato di avviare un processo che portasse all'adozione di un patto globale nel 2018”.

L'impressione è che si debba e si possa cominciare a rivedere l'approccio al fenomeno migratorio, prendendo atto della sua ineluttabilità, e riproponendolo – anche mediaticamente – come una risorsa<sup>53</sup>.

La valorizzazione dell'immigrazione legale impone un ribaltamento di prospettive: non più criminalizzazione ed espulsione dello straniero come strumenti di regolazione, ma potenziamento dell'accoglienza, promozione della regolarizzazione degli irregolari attraverso politiche di contrasto ed emersione del lavoro nero e strumenti di *welfare* che – sostenendo la popolazione più vulnerabile – facciano stare meglio tutti.

---

<sup>53</sup> In questo senso è stato prezioso l'intervento al nostro convegno di C. DEVILLANOVA sul tema *L'impatto economico del fenomeno migratorio*. Cfr. C. DEVILLANOVA - F. FASANI - T. FRATTINI, *Employment of undocumented immigrants and the perspective of legal status: evidence from an amnesty program*, in 71 *ILR Review*, 4/2018, p. 853.



## Notizie sugli Autori

- **Luca Masera** è Professore associato di Diritto penale presso l'Università degli studi di Brescia;
- **Melissa Miedico** è Professore associato di Diritto penale presso l'Università Bocconi di Milano;
- **Laura Montanari** è Professore ordinario di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Udine;
- **Paolo Oddi** è Avvocato presso il Foro di Milano;
- **Simone Penasa** è Ricercatore a tempo determinato di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Trento;
- **Graziella Romeo** è Assistant Professor di Diritto costituzionale presso l'Università Bocconi di Milano;
- **Caterina Severino** è Professeur à l'Université de Toulon, CDPC Jean-Claude Escarras, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, Toulon, France ;
- **Davide Zecca** è Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato presso l'Università degli studi di Pavia.



*Numero speciale / Special Issue*

*2/2019*

*25 marzo 2019*