UMANITÀ E SOVRANITÀ

Ernesto Bettinelli

# Umanità e sovranità

## I diritti negati ai migranti (1986-2015)

Introduzione di
Carola Ricci

PaviaUniversityPress

Umanità e sovranità : i diritti negati ai migranti : (1986-2015) / Ernesto Bettinelli ; introduzione di Carola Ricci. - Pavia : Pavia University Press, 2017. - 144 p. ; 24 cm.
http://archivio.paviauniversitypress.it/oa/9788869520532.pdf

ISBN 9788869520525 (brossura)
ISBN 9788869520532 (ebook PDF)

© 2017 Pavia University Press, Pavia

ISBN: 978-88-6952-053-2

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento anche parziale, con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i paesi.

L'autore è a disposizione degli aventi diritti con cui non abbia potuto comunicare, per eventuali omissioni o inesattezze.

L'immagine di copertina è un disegno dei bambini della classe Quinta/A della Scuola primaria Vallone di Pavia, che nel 2010, per iniziativa del Maestro Carlo Marconi, hanno dato alle stampe *La stato cantato*. Il libretto, che ha avuto una notevole risonanza anche a livello nazionale, è un commento ai primi 12 articoli della Costituzione italiana (i «Principi fondamentali»). Un commento collettivo fatto di immagini e di brevi poesie in rima. Il disegno riprodotto si riferisce all'art. 10 della Costituzione e illustra questi versi:

*Esistono persone / che a causa della guerra / nella disperazione / scappan dalla propria terra. / Son uomini stranieri / son donne, son neonati / migranti bianchi e neri / i cui diritti son negati. / A quei perseguitati / che fuggon dalla morte / ai tanti rifugiati / l'Italia apre le porte*

Prima edizione: febbraio 2017

Pavia University Press – Edizioni dell'Università degli Studi di Pavia
Via Luino, 12 – 27100 Pavia (PV) – Italia
www.paviauniversitypress.it – unipress@unipv.it

*Printed in Italy*

*Ad Aurora, Francesco*
*e agli altri che verranno…*

# Sommario

**Introduzione**
**I diritti "essenziali" della convivenza universale**
Carola Ricci 9

**Porte aperte ma più strette per gli stranieri in Italia (1986)** 29

**Guerre e operazioni di polizia internazionale (1991)** 37

**I diritti 'essenziali' (inviolabili e universali) dell'uomo e le frontiere dell'ordinamento: l'apologo degli albanesi (1992)** 47

**Pena di morte, stato di principi, stato di valori (1992)** 59

**Immigrati: attuare il diritto di voto senza modifiche alla Carta fondamentale (2003)** 65

**La Cooperazione permanente e integrata tra comunità (2003)** 73

**Cittadini extracomunitari, voto amministrativo e Costituzione *inclusiva* (2004)** 81

**Verso il cosmopolitismo costituzionale? (2005)** 97

**Immigrazione clandestina: gli operatori sanitari non diventano 'spie' (2009)** 105

**Il clandestino: persona senza status? (2011)** 115

**Osservazioni minime sul contributo dei giuristi al progetto strategico: «Verso una *governance* del fenomeno migratorio» (2015)** 135

*Abstract in English* 145

# Introduzione

## I diritti "essenziali" della convivenza universale

*di Carola Ricci**

La raccolta degli scritti di Ernesto Bettinelli dedicati a diverse problematiche connesse al tema dell'immigrazione vuole essere uno stimolo di riflessione su questioni a cui nel corso degli anni l'Autore ha sempre riservato particolare attenzione, cogliendo sin dai primi scritti aspetti critici e al tempo stesso strategici per lo sviluppo nel nostro Paese e per tutta la Comunità internazionale di una politica migratoria che rispettasse e realizzasse in modo indiscriminato i diritti essenziali inviolabili di ogni individuo, «presupposto e programma della forma di Stato liberaldemocratico».[1]

Questa stessa attenzione ha portato l'Autore ad aderire da subito al progetto spiccatamente interdisciplinare, a cui l'Ateneo pavese ha riconosciuto rilievo strategico, denominato «MIGRAT.IN.G (Migrations: Towards an Interdisciplinary Governance Model)», finalizzato a proporre nuove strategie di *governance* per una gestione sostenibile degli ingenti flussi migratori che si stanno riversando sul vecchio continente e, in particolare, sull'Italia, che sembra incapace di affrontare il fenomeno in modo strutturato, distaccandosi dall'ottica dell'emergenza. Gli aderenti al Tema Strategico di Ateneo (TSA) sono partiti dalla constatazione che i più recenti flussi di migrazione umana, pur essendo ascrivibili a cause tra loro molto differenti, sono accumunati dal fatto di aver concorso a ridisegnare la geografia politica e identitaria mondiale.[2]

---

* Professore associato di Diritto internazionale dell'Università di Pavia, coordinatore del gruppo dei giuristi aderenti al Tema Strategico di Ateneo 2015-2017 «MIGRAT.IN.G (Migrations: Towards an Interdisciplinary Governance Model)», su cui *amplius* nel testo e sul sito ufficiale, URL: <http://www-wp.unipv.it/migrazione/>, [data di accesso: 31/01/2017].

[1] Queste le parole dell'Autore in *I diritti 'essenziali' (inviolabili e universali) dell'uomo e le frontiere dell'ordinamento: l'apologo degli albanesi*, pubblicato *infra*, come terzo scritto, pp. 47 ss., spec. p. 58.

[2] Cfr. spec. sul sito ufficiale, URL: <http://www-wp.unipv.it/migrazione/?page_id=82>, [data di accesso: 31/01/2017].

Da qui la necessità avvertita dall'Autore di contribuire a fissare alcune linee programmatiche di azione, formazione e ricerca per i giuristi che si accingevano a dare il loro apporto al TSA MIGRAT.IN.G.,[3] linee che hanno trovato il loro prodromo nei suoi precedenti scritti, di seguito presentati in ordine cronologico: si sviluppano, a mio modo di vedere, intorno ad alcuni temi nodali tra loro interconnessi, che queste note introduttive hanno lo scopo di evidenziare.

### *Migrante «espatriato» versus migrante «forzato»?*

Dal punto di vista giuridico, la consapevolezza è che, allo stato attuale, la normativa di varia fonte (internazionale, europea e interna) non sia adeguata alla natura e al volume di quel «dramma umano collettivo» di **migranti non volontari** registrabili oggi, costituito da ingenti masse di persone che lasciano il (o fuggono dal) «proprio Paese per ragioni di sopravvivenza e/o di impossibile convivenza a causa di eventi catastrofici, quali: guerre, violazioni dei diritti umani da parte di poteri totalitari, carestie, disastri ambientali».[4]

L'odierna dimensione massiva del fenomeno migratorio è percepita come «un aggregato indifferenziato» di individui ugualmente mossi a lasciare la loro terra d'origine e spesso i loro familiari dalla disperazione e dal bisogno di sopravvivenza. Questa visione indistinta e «cumulativa», in cui l'identità del singolo migrante è confusa e ricondotta a quella della massa, ha portato ad attuare una discriminazione nel trattamento di migranti sulla base dei motivi che hanno scatenato i diversi flussi migratori o, più precisamente, sulla base volontaristica o meno del trasferimento originario.

Da un lato, dunque, il migrante volontario, comunemente indicato come 'economico', è definito dall'Autore un «**espatriato**», ovvero colui che deliberatamente si allontana *sua sponte* perché è in cerca di uno *standard* di vita più elevato: il suo diritto «esistenziale»[5] a migliorare la sua condizione è riconosciuto dallo Stato di origine che rilascia il titolo (il passaporto) in astratto idoneo alla realizzazione all'estero di quello stesso diritto in ambiti per lo più normativamente prestabiliti (lavoro, studio, prestazioni sanitarie, ricongiungimento familiare, turismo di lungo periodo…). Spetta poi allo Stato straniero, in cui l'espatriato avrebbe interesse a soggiornare, decidere discrezionalmente in «un'ottica di scambio» se concedergli il visto laddove non solo i suoi parametri normativi siano

---

[3] Le riflessioni dell'Autore sono state raccolte nello scritto fino ad oggi inedito dal titolo *Osservazioni minime sul contributo dei giuristi al progetto strategico: «Verso una* governance *del fenomeno migratorio»*, *infra,* come pezzo di chiusura.

[4] *Ibidem*, p. 136.

[5] Si rinvia alla specifica definizione che ne dà l'Autore già negli anni Novanta in *I diritti 'essenziali' (inviolabili e universali) dell'uomo*, pp. 49 e 52 ss. (ma anche nell'ultimo pezzo citato, *Osservazioni minime*, pp. 135-136).

soddisfatti, ma anche un precipuo interesse ad un corrispondente vantaggio, per lo più economicamente valutabile, per la comunità statale ospitante giustifichi la concessione di appositi «statuti protettivi», negoziati a livello sovranazionale o riconosciuti unilateralmente dal sistema giuridico.

Dall'altro lato, il migrante appunto «**forzato**» è invece costretto a fuggire (magari anche in tenerissima età) per realizzare i propri fondamentali diritti «essenziali» di sopravvivenza, scappando da insopportabili condizioni di vita, disumane e degradanti. Spesso alla base della necessità della migrazione vi sono livelli di povertà estrema in cui l'individuo è nato o si viene improvvisamente a trovare a causa di una guerra, dell'instaurazione di un regime oppressivo, di una catastrofe di origine naturale/ambientale o ancora umana. A questi soggetti, come si diceva sovente riferiti ad un «corpo complessivo declinato al plurale (i migranti)», non è riconosciuto il diritto a migrare a differenza invece di quanto si concede in linea teorica a ciascun espatriato, quasi che la volontà di fuggire da condizioni di vita insopportabili valga meno della volontà di espatriare per realizzare diritti peraltro «meno vitali».[6]

Una simile discriminazione *in peius*, a svantaggio della massa divenuta indistinta di quei migranti forzati di cui non si riesca a determinare i «connotati irrinunciabili e indisponibili» del nome e/o della cittadinanza, è stata portata fino al punto, ad esempio in Italia, da indurre il legislatore in alcuni casi a ricomprenderli tutti sotto l'unica formula di 'clandestino', in sé priva di senso giuridico. L'Autore prende le mosse da una lettura sistematica dell'art. 22 della Costituzione, operata alla luce non solo dei valori fondamentali che informano il nostro ordinamento, ma anche di principi condivisi dalla Comunità internazionale che fanno ingresso in Italia passando attraverso il "trasformatore permanente" costituito dall'art. 10 della Costituzione. Identifica così il significato incondizionato e assoluto dell'identità giuridica di qualsiasi individuo, rifiutando ogni rilievo appunto all'espressione 'clandestino', una (*maxima capitis*) *deminutio* incompatibile con lo stesso concetto giuridico di *status.* In questo senso, ricorda, si è orientata anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 249 del 2010 dichiarando l'illegittimità costituzionale della 'aggravante di clandestinità', non collegata ad alcuna specifica condotta, ma alla sola condizione di immigrato privo di titolo, in tal modo attribuendo uno «stigma» ad una categoria di persone sempre e comunque soggette a un trattamento peggiore, quando invece – ricorda la Corte, citando un altro suo precedente (la sentenza n. 105 del 2001) – la condizione giuridica dello straniero, in quanto essere umano, non può di per sé costituire «causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi».[7]

---

[6] *Osservazioni minime*.

[7] L'Autore nota che nel senso opposto sembra andare un'altra sentenza della Corte costituzionale del 2010, la n. 250, che viceversa non ha accolto le questioni di legittimità costituzionale sulla

In generale, la discriminazione nel trattamento tra i migranti di necessità e quelli volontari, se politicamente spesso è giustificata dai governi degli Stati di accoglienza sulla base del «recupero del dogma dei preminenti 'interessi pubblici'»,[8] non trova alcun fondamento giuridico e, anzi, è in palese violazione del divieto di discriminazione di cui all'art. 3 della Costituzione e dunque dell'obbligo trasversale che pervade tutte le convenzioni moderne sui diritti umani. Non differenziare gli individui sulla base della cittadinanza, della lingua, della religione, del sesso, della condizione sociale nella realizzazione dei loro diritti fondamentali (sia civili e politici, sia economici, sociali e culturali) è il fondamento e lo scopo irrinunciabile fissato, tra le varie fonti sovranazionali obbligatorie a portata universale, nei due Patti internazionali del 1966, pietra angolare dell'ambiziosa costruzione dell'«ordinamento superiore della persona umana», per usare un'espressione cara all'Autore, o anche «un *corpus juris humanitatis*», un insieme di precetti in effetti distribuiti (ma «non dispersi!») in più di una fonte su diversi livelli normativi.[9]

Il principio di non discriminazione tra diverse categorie di migranti ha permesso, per esempio con riferimento al **diritto fondamentale alla salute**, di escludere l'obbligo di denuncia per i medici che abbiano prestato soccorso e cure a un soggetto privo del titolo di soggiorno adeguato, perché il diritto fondamentale alla salute è intrinseco alla stessa esistenza dell'uomo in quanto tale, sancito non solo nella Carta costituzionale all'art. 32, ma pure affermato come principio consuetudinario trasposto in diversi strumenti internazionali.[10] Anche con riferimento all'esercizio di alcuni diritti politici, il principio di non discriminazione, parametrato ai valori di convivenza e integrazione, dovrebbe permettere, secondo l'Autore, una lettura estensiva dell'art. 48 della Costituzione nel senso di fondare il **diritto dello straniero extracomunitario residente a partecipare alle elezioni amministrative** relative alla comunità in cui è integrato, come a riconoscergli una sorta di «cittadinanza di fatto» partecipativa di

---

previsione del reato di clandestinità. Cfr. *Il Clandestino: persona senza status?*, pubblicata *infra* come decimo contributo, pp. 115 ss., spec. p. 124.

[8] Cfr. *Il Clandestino*, p. 124.

[9] Tra le fonti a carattere 'regionale', lo stesso principio è confermato negli artt. 21 e 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, divenuta vincolante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Si rinvia *infra* a *I diritti 'essenziali' (inviolabili e universali) dell'uomo*, spec. a p. 51.

[10] Commentando gli effetti della legge 15.7.2009 n. 94 (intitolata *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica* e pubblicata in *Gazz. Uff.*, 24.7. 2009 n. 170, suppl. ord. n. 128/L), l'Autore nota che se è indubitabile che la sua entrata in vigore non possa imporre a nessun appartenente alle professioni sanitarie, in quanto pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, di denunciare gli assistiti sospettati di non essere in regola con le norme sul soggiorno, non altrettanto certo è se questa manleva possa valere anche per il resto del personale amministrativo delle strutture ospedaliere. Cfr. *Immigrazione clandestina: gli operatori sanitari non diventano 'spie'*, *infra*, pp. 105 ss.

livello locale, «sufficiente a consentire a *tutti* di manifestare, attraverso una *piena* partecipazione elettorale, *sincera* adesione alla comunità in cui vivono e al cui sviluppo concorrono».[11]

### *I diritti umani dei non-cittadini*

La visione che permea tutti gli scritti qui pubblicati si inserisce, a mio modo di vedere, nella relativamente recente tendenza che, distaccandosi dall'impostazione tradizionalmente statalista, considera l'individuo come un nuovo soggetto giuridico nella Comunità internazionale, capace di chiedere conto allo Stato per le violazioni da questo commesse dei suoi diritti fondamentali, portando le sue istanze non solo di fronte a organi giurisdizionali nazionali, ma anche presso corti internazionali, sia in caso di diniego di giustizia sia quando comunque ritenga che la giustizia nazionale non sia conforme agli *standard* fissati a livello sovranazionale in strumenti internazionali ratificati dallo Stato stesso o in consuetudini internazionali.[12] Se è vero che, a seconda del sistema di protezione dei diritti umani che

---

[11] Cfr. *infra*, *Cittadini extracomunitari, voto amministrativo e Costituzione inclusiva*, p. 71 e similmente in *Immigrati: attuare il diritto di voto senza modifiche alla carta fondamentale*, *infra*, p. 96. Sul «fenomeno dell'emersione, accanto alla cittadinanza "legale", di forme di cittadinanza *de facto*, intesa in senso sostanziale e non formale, variamente riconducibili ad una sorta di "cittadinanza sociale" o "attiva" o di "residenza"», v. Di Stasi A., *Migrazioni, cittadinanza e "cittadinanze"*, in *Gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico e sicurezza interna ed integrazione europea*, a cura di Di Stasi A., Kalb L., Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 87 ss., spec. p. 91, che ricorda come gli Stati membri dell'Unione europea riservano generalmente un trattamento di favore ai cittadini di Stati terzi soggiornanti di lungo periodo (cui è dedicata la direttiva 2003/109, pubblicata in *Gazz. Uff. Un. eur.* n. L 16 del 23.10.2004), apprestando tutele differenziate a seconda non solo della durata e dell'intensità dei legami con lo Stato di accoglienza, ma anche dell'identificazione e dell'ampiezza dei diritti per lo più economico sociali che si vogliono loro estendere oltre che dei modi di acquisto e perdita della cittadinanza fissati dallo Stato stesso.

[12] Muovendo da posizioni opposte, è giunto ad affermare la personalità dell'individuo anche Conforti B., *Dirittto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, IX edizione, 2015, pp. 23 ss., il quale si aggiunge alla maggioranza degli autori, oltre che alla Corte internazionale di giustizia. Quest'ultima, infatti, nelle sentenze del 31.3.2004, nel caso *LaGrand* (*Germania* c. *Usa*), spec. par. 77, e del 31.3.2004, caso *Avena e altri cittadini messicani* (*Messico* c. *USA*), al par. 36, ha affermato che il diritto dello straniero detenuto di comunicare con il proprio consolato, fondato sull'art. 36 della Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari, non è di titolarità del solo Stato parte ma anche del singolo individuo. In dottrina cfr. la posizione di Marchisio S., *Corso di diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 281 ss. per cui risulta poco convincente la teoria della soggettività diretta discendente dal diritto consuetudinario, mentre ritiene che si possa configurare «una limitata soggettività *inter partes* derivante dal diritto internazionale convenzionale», anche se si tratterebbe a suo avviso «di una semplice soluzione tecnica»; Cannizzaro E., *Diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, pp. 329 ss., invece, riscontra ancora una certa asimmetria tra regole che riconoscono i diritti individuali fondamentali e regole secondarie che stabiliscano le conseguenze di una violazione, oltre che regole strumentali attraverso cui gli individui possano reclamare l'osservanza dei propri diritti fondamentali.

si considera, la titolarità all'azione diretta da parte del singolo contro lo Stato può corrispondere ad un differente grado di effettività del diritto stesso, si riscontra però una ben maggiore protezione degli individui, in quanto tali, in ambiti e per casi rispetto ai quali sarebbe stato impensabile anche solo fino a pochi decenni fa, quando si poneva solo in capo allo Stato la discrezionalità della tutela.

Tradizionalmente, infatti, con riferimento al trattamento dello straniero, in applicazione dell'istituto della protezione diplomatica, il titolare del diritto di reagire a un sopruso è sempre coinciso con lo Stato di cittadinanza del soggetto leso (sin dal celebre caso *Mavrommatis*),[13] risultando la tutela del singolo quindi solo *indiretta*, oltre che *eventuale*, perché anche di fronte a chiare lesioni di diritti fondamentali o casi eclatanti di diniego di giustizia lo Stato d'origine può comunque ritenere non politicamente conveniente agire in protezione diplomatica contro lo Stato territoriale, in una disputa che appare solo inter-statale.

L'istituto della protezione diplomatica, inoltre, *non* soccorre il singolo sia nell'ipotesi in cui, pur quando lo Stato abbia deciso di agire, non possa essere provata una violazione al «trattamento internazionale minimo» (non necessariamente coincidente, tra l'altro, con il pieno godimento dei suoi diritti fondamentali),[14] né soprattutto nel caso in cui la stessa violazione sia posta in essere proprio dallo Stato di origine (sia esso quello di nazionalità o di residenza abituale, nel caso degli apolidi). In particolare, contro questo secondo genere di soprusi, secondo una visione statalista, lo Stato di origine non doveva rispondere ad alcuno, rivendicando il diritto di escludere l'intervento esterno e l'interferenza di altri Stati nell'esercizio delle proprie prerogative sovrane all'interno dei confini nazionali. Secondo tale visione, l'individuo era considerato come uno dei sudditi, una parte

---

[13] Corte permanente di giustizia internazionale, sentenza 30.8.1924, *Grecia* c. *Regno Unito, Concessioni Mavrommatis in Palestina*, spec. p. 12, consultabile sul sito ufficiale (URL: <www.icj-cij.org>, [data di accesso: 31/01/2017]), sotto serie A, n. 2 («By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law»).

[14] Secondo una formulazione classica, lo Stato deve cioè «predisporre le misure idonee a *prevenire* e *reprimere* le offese contro la persona e i beni dello straniero, l'idoneità essendo commisurata a quanto di solito si fa per tutti gli individui (sudditi compresi) in uno Stato civile», cfr. Conforti B., *Diritto internazionale*, pp. 241 ss. Invocano la necessità di riferirsi al trattamento «internazionale minimo» gli Stati più sviluppati per imporre agli Stati meno sviluppati di alzare i livelli di tutela nazionale nei confronti degli stranieri, abituati a *standard* più elevati; il trattamento «nazionale» viceversa è generalmente invocato per ragioni opposte dai Paesi meno sviluppati che non vogliono dovere riconoscere trattamenti preferenziali agli stranieri. Cfr. Nascimbene B., *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale e europeo*, Milano, Giuffrè, 1984; Tamburini M., *Trattamento degli stranieri e buona fede nel diritto internazionale generale*, Padova, Cedam, 1984; Focarelli C., *Diritto internazionale, I. Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, Seconda edizione, Padova, Cedam, 2012, pp. 416 ss., al par. I-136.1 e Id., *La persona umana nel diritto internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2013.

indistinta del popolo, uno degli elementi costitutivi dello Stato, di cui quindi quest'ultimo poteva disporre *ad nutum*.

Il secondo conflitto mondiale ha messo in risalto l'assoluta inadeguatezza di questa impostazione e ha condotto la quasi totalità degli Stati ad accettare sistemi di protezione che limitassero il dominio riservato dello Stato stesso a favore della tutela dei diritti essenziali di qualsiasi individuo posto sotto il suo controllo (o responsabilità), incluso colui che fugge perché costretto. Perciò si sono elaborate a livello internazionale regole specifiche per i casi in cui la condotta dello Stato d'origine sia così grave da configurarsi alla stregua di una persecuzione perpetrata (o che possa anche solo essere ragionevolmente temuta) a causa di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un gruppo sociale o politico della vittima, fuggita senza speranza di tornare. Trova in ipotesi applicazione, come noto, la Convenzione di Ginevra del 1951 che, definendo – insieme al suo Protocollo del 1967 –, chi sia rifugiato,[15] impone a tutti gli Stati (anche a quelli *non parte*) l'obbligo di non respingere in massa i migranti, proprio perché possano essere identificati, all'interno di quella massa, i soggetti bisognosi di protezione, analizzando quindi la situazione giuridica e di fatto di ciascun individuo che si presenti alle loro frontiere o a bordo di una loro nave (anche in acque internazionali). Il **divieto di *non refoulement***, fissato nell'art. 33 par. 1, secondo la dottrina maggioritaria, è infatti una norma consuetudinaria che, pur sviluppatasi a partire dall'immediato dopoguerra a protezione dei rifugiati, soprattutto politici europei, che fuggivano dai regimi comunisti o dittatoriali, nel tempo ha acquisito valore di norma vincolante non limitata temporalmente ed estesa anche ad altri fenomeni scatenanti.

Il sistema di Ginevra, pur con le sue limitazioni legate soprattutto al contesto storico politico in cui è stato concepito, molto differente dall'attuale, ha avuto un indubbio ruolo nel restituire dignità al rifugiato, considerato *uti singulus* e non come parte irrilevante all'interno di un'indistinta massa di migranti.[16] Rispetto

---

[15] Il rifugiato viene infatti definito dall'art. 1, sezione A della Convenzione di Ginevra del 1951 (e confermato dall'art. 1(2) del Protocollo del 1967 che ne estende il limite temporale di applicazione a oltre il 1951) come la persona che: «owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable, or owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence […] is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it». Cfr. *ex multis*, Goodwin-Gill G.S., *International Law of Refugee Protection*, in *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, a cura di Fiddian-Qasmiyeh E., Loescher G., Long K., Sigona N., Oxford, OUP, 2014, pp. 36-47; Kugelmann D., *Refugees*, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, a cura di Wolfrum R., Oxford, OUP, 2012; *The 1951 Convention Relating to the Status of the Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, a cura di Zimmermann A., Oxford, OUP, 2011, pp. 280-479.

[16] Fortin A., *The Meaning of 'Protection' in the Refugee Definition*, «International Journal of

a quel sistema restano però privi di tutela gli altri individui forzati a fuggire (*displaced persons*) per motivi diversi dalla persecuzione individuale. Si è a tale scopo pensato di elaborare una futura convenzione multilaterale che chiarifichi le condizioni per l'espulsione di tutti gli stranieri; su di essa già da tempo sta lavorando la Commissione di diritto internazionale, che si è pure dedicata a indicare future definizioni e norme uniformi in tema di protezione delle persone colpite da disastri naturali, incluse quelle che ne fuggono.[17] Nell'attesa che si formi il necessario consenso politico in sede ONU, da tempo si è avviata una discussione intorno alla revisione della convenzione del 1951,[18] ovvero a un'interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione della stessa che vada nella direzione più garantista,[19] indicata ad esempio in strumenti regionali in vigore come la Convenzione dell'Unione africana del 1969 sui rifugiati africani e la Dichiarazione di Cartagena del 1984. Entrambe, infatti, considerano in generale di per sé rilevante, ai fini della protezione, la gravità della situazione esistente nello Stato di provenienza del richiedente asilo.[20]

---

Refugee Law», vol. 12 (4), 2000, pp. 548-576; Edwards A., *Human Rights, Refugees, and The Right 'To Enjoy' Asylum*, «International Journal of Refugee Law», vol. 17 (2), 2005, pp. 293-330.

[17] Dopo dieci anni di lavori, iniziati nel 2004, la International Law Commission (ILC) ha presentato un complesso articolato, *Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries*, adottato alla sua LXVI sessione, all'Assemblea generale, che ne dà riscontro nella risoluzione 67/92 del 14 dicembre 2012, U.N. Doc. A/69/10, 59 (2014), disponibile anche sul sito, URL: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_12_2014.pdf> [data di accesso: 31/01/2017]. Per una posizione critica sul progetto si veda Kidane W., *Missed Opportunities in the International Law Commission's Final Draft Articles on the Expulsion of Aliens*, «Harvard Human Rights Journal», n. 6, 2015, pubblicato insieme ad altri contributi portati nell'ambito di un *forum* dedicato al tema (tra cui si segnala anche Neuman G., *Human Rights and the International Law Commission's Draft Articles on the Expulsion of Aliens*, n. 4) sul sito URL: <http://harvardhrj.com/forum-essays/>, [data di accesso: 31/01/2017]. La stessa ILC ha inoltre di recente terminato un altro importante lavoro dedicato all'elaborazione di un *Draft articles on the protection of persons in the event of disasters*, presentato nel 2016 alla sua LXVIII sessione, reperibile anch'esso sul sito all'URL: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/6_3_2016.pdf>, [data di accesso: 31/01/2017].

[18] Cfr. Cantor D.J., *Reframing Relationships: Revisiting the Procedural Standards for Refugee Status Determination in Light of Recent Human Rights Treaty Body Jurisprudence*, «Refugee Survey Quarterly», vol. 34 (1), 2015, pp. 79-106; Simeon J.C., *Complicity and Culpability and the Exclusion of Terrorists From Convention Refugee Status Post-9/11*, «Refugee Survey Quarterly», vol. 29 (4), 2010, pp. 104-137; Long K., *When Refugees Stopped Being Migrants: Movement, Labour and Humanitarian Protection*, «Migration Studies», vol. 1 (1), 2013, pp. 4-26.

[19] Sul dibattito si vedano: Harvey C., *Time for Reform? Refugees, Asylum-seekers, and Protection Under International Human Rights Law*, «Refugee Survey Quarterly», vol. 34 (1), 2015, pp. 43-60; Chetail V., *Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law*, in *Human Rights and Immigration*, a cura di Rubio-Marin R., Oxford, OUP, 2014, pp. 19-72.

[20] Mette in luce questa distinzione Graziani F., *Antichi e nuovi "rifugiati" nel diritto internazionale contemporaneo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, pp. 49-57.

Al di fuori di questi limitati ambiti regionali, comunque, a tutela delle altre *displaced persons* soccorrono allo stato attuale diversi sistemi riferibili al migrante in quanto 'uomo' e 'inerme', tutelato dai trattati sui diritti umani e da alcune disposizioni del diritto umanitario. Come ricordato anche in punto di tutela multilivello dei diritti essenziali, il migrante forzato, infatti, per solo il fatto di doversi allontanare dal suo Stato di origine non può essere considerato privo di *status*, ma resta sempre e comunque un individuo, titolare di diritti e obblighi nei confronti della Comunità internazionale grazie a un'evoluzione resa possibile per la parallela affermazione: (*a*) di **sistemi di protezione dei diritti umani** *complementari* (*non alternativi* alla protezione diplomatica),[21] a vocazione sia universale (come i già citati Patti del 1966), sia regionale (tra cui la Convenzione europea del 1950 sui diritti dell'uomo delle libertà fondamentali, la Carta interamericana, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), rivolti a garantire *tutti* i diritti essenziali degli individui indipendentemente dalla loro cittadinanza o dal fatto che ne possiedano una (nel caso degli apolidi); (*b*) del **diritto umanitario**, elaborato a partire dalle convenzioni di Ginevra del 1949 e dei Protocolli addizionali del 1971, finalizzato all'«umanizzazione» dei conflitti armati internazionali[22] e (*c*) del c.d. diritto internazionale penale, che evidenzia la capacità dell'individuo di essere titolare non solo di posizioni attive ma anche di obblighi e **responsabili-**

[21] Come sottolineato dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 30 novembre 2010, nel caso *Repubblica di Guinea contro Repubblica democratica del Congo*, un sistema di protezione non esclude l'altro, proprio perché *non* sono sovrapponibili o alternativi tra loro. Secondo la Corte, infatti, la decisione delle autorità congolesi di espellere Diallo, un uomo d'affari della Guinea con alcune società in Congo, arrestato con l'accusa di aver turbato la stabilità economica dello Stato, costituisce una violazione dell'art. 13 del Patto sui diritti civili e politici e dell'art. 14 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, anche perché al cittadino era stato impedito di ricorrere in sede giurisdizionale, con la conseguenza che non vi era stata una verifica da parte dell'autorità giudiziaria del provvedimento di espulsione. Inoltre, per la Corte, il Congo aveva sottoposto l'uomo d'affari a una detenzione arbitraria, oltre ad aver violato l'art. 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari.

[22] Come noto, il diritto c.d. di Ginevra, relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati e della popolazione civile, si è sviluppato a partire dalla convenzione di Ginevra del 1864 e ha trovato una sistemazione nelle Convenzioni di Ginevra del 1906, 1929 e 1949: tradizionalmente si distingue dal c.d. diritto dell'Aja, relativo alla disciplina dell'uso della violenza bellica fra Stati (le Convenzioni dell'Aja del 1899 e 1907), anche se tale distinzione viene ritenuta superata dall'adozione dei Protocolli addizionali del 1977 alle quattro convenzioni relative al trattamento dei prigionieri di guerra; per il miglioramento della sorte dei feriti e dei malati delle Forze armate in campagna; per il miglioramento della sorte dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle Forze armate sul mare e relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra. Cfr. *ex multis*, Chetail V., *Armed Conflict and Forced Migration: A Systemic Approach to International Humanitarian Law, Refugee Law and Human Rights Law*, in *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, a cura di Clapham A. e Gaeta P., Oxford, OUP, 2014, pp. 700-734; Türk V., Dowd R., *Protection Gaps*, in *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, a cura di Fiddian-Qasmiyeh E., Loescher G., Long K., Sigona N., Oxford, OUP, 2014, pp. 278-289.

**tà penali individuali** nei confronti della Comunità internazionale che possono essere sanzionate.[23]

La tendenza a considerare l'individuo un nuovo soggetto nell'arena internazionale si pone in modo evidente proprio rispetto a individui che migrano, raggiungendo sistemi giuridici anche molto diversi da quelli di origine, passando quindi sotto la 'responsabilità' di Stati che devono applicare agli stranieri gli stessi *standard* di protezione delle convenzioni internazionali di cui sono parte quando esercitino su di loro la propria **giurisdizione**,[24] ovvero un «**controllo diretto ed effettivo**», come ribadito di recente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in tema di respingimenti collettivi e, prima ancora, dalla Corte inter-americana dei diritti umani.

Con riferimento alla prima, emblematico è il caso *Hirsi*,[25] deciso il 23 febbraio

---

[23] Cannizzaro E., *Diritto internazionale*, pp. 319 ss.; Focarelli C., *Diritto internazionale*, parr. I-22.1-23.7, pp. 85-91.

[24] Sull'ampliamento della giurisdizione degli Stati contraenti il Patto sui diritti civili e politici e la CEDU anche alla luce della giurisprudenza degli organi istituiti da tali trattati si veda per tutti De Sena P., *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2002.

[25] Corte europea dei diritti umani [GC], *Hirsi Jamaa et al.* c. *Italia*, ricorso n. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012 consultabile sul sito ufficiale, URL: <www.echr.coe.int>, [data di accesso: 31/01/2017]. Sulla sentenza si vedano Focarelli C., *Diritto internazionale*, pp. 423 ss.; Napoletano N., *La condanna dei 'respingimenti' operati dall'Italia verso la Libia da parte della Corte europea dei diritti umani: molte luci e qualche ombra*, «Diritti umani e diritto internazionale», vol. 6.2, 2012; Giuffré M., *Watered-down Rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others v Italy*, «International and Comparative Law Quarterly», vol. 61, 2012, pp. 728750; Cellamare G., *Il rimpatrio e l'allontanamento dei cittadini di Stati terzi in condizione irregolare*, in *L'immigrazione e la mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea*, a cura di Carella G., Cellamare G., Garofalo L., Gargiulo P., Pizzolante G., Sciacovelli A.L., Di Chio R., Noceto (Parma), Monduzzi Editoriale, 2012, pp. 227 ss., spec. pp. 252 ss.; Napoletano N., *La condanna dei 'respingimenti' operati dall'Italia verso la Libia da parte della Corte europea dei diritti umani: molte luci e qualche ombra*, «Diritto internazionale e diritti umani», vol. 2, 2012, pp. 436 ss.; Scovazzi T., *Il respingimento di un dramma umano collettivo e le sue conseguenze*, in *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di Antonucci A., Papanicolopulu I., Scovazzi T., Torino, Giappichelli, 2016, pp. 45 ss., spec. pp. 74-76; e, infine, sul caso v. anche Zanghì C., *L'intervento in alto mare tra "*non refoulement*", diritti umani e contrasto all'immigrazione clandestina*, in *Scritti in onore di Ugo Draetta*, a cura di Parisi N., Fumagalli Meraviglia M., Santini A., Rinoldi D., Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 815 ss. (e Id., *Emigrazione e respingimento in mare*, in *La gestione dei flussi migratori*, pp. 9 ss., spec. pp. 13, 17 ss., 20 ss.), che già prima che la sentenza fosse pronunciata, evidenziava la contrarietà con gli *standard* fissati dagli artt. 1 e 3 CEDU non solo delle prassi di respingimento di migranti verso le coste libiche, ma pure degli accordi di riammissione «utilissimi in teoria, vietati in pratica» stipulati con Paesi non "sicuri". Sulle criticità di tali accordi ma anche sull'opportunità che costituiscono per indurre i Paesi terzi a cooperare nella gestione del fenomeno migratorio cfr. la posizione di Spatti M., *I limiti all'esclusione degli stranieri dal territorio dell'Unione europea,* Torino, Giappichelli, 2010, pp. 51 ss. e pp. 93 ss., e in una successiva evoluzione Ead., *Accordi di riammissione conclusi dall'Unione europea: criticità e potenzialità*, in *Scritti in onore di Ugo Draetta*, pp. 705 ss.

2014 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha condannato all'unanimità l'Italia per violazione degli artt. 1, 3, 4 del Protocollo n. 4, nonché dell'art. 13 della CEDU, per avere essa respinto in massa e riconsegnato alle autorità libiche decine di migranti (per lo più eritrei e somali) raccolti nel 2009 in acque internazionali, senza avere prima analizzato la situazione individuale di ciascuno, né avere permesso di fatto l'esercizio del diritto di ricorso contro tale misura. La decisione evidenzia la sussistenza della giurisdizione italiana sui migranti soccorsi da navi militari battenti bandiera italiana, composte da un equipaggio esclusivamente italiano non solo in base al diritto del mare, trasposto nel codice della navigazione italiano (parr. 77 e 78), ma anche perché, nel lasso di tempo intercorso tra il trasferimento a bordo dei migranti e la loro consegna alle autorità libiche, gli stessi erano stati sotto il continuo ed esclusivo controllo *de facto* delle autorità italiane (parr. 81 e 82). La Corte ribadisce poi che l'Italia non può venir meno agli obblighi derivanti dall'adesione alla CEDU eccependo l'esistenza di accordi bilaterali – come quello con la Libia – che certo non escludono le responsabilità degli Stati contraenti (par. 129), ma semmai richiedono un ancor maggiore scrupolo nel valutare la 'sicurezza' dello Stato di sbarco (par. 131), a prescindere dalla presentazione di una specifica richiesta di asilo (par. 133). In particolare, è d'obbligo per uno Stato membro assicurarsi che lo Stato verso cui rinvia un individuo offra garanzie sufficienti circa il fatto che non procederà ad un ulteriore rinvio di questi verso il suo Paese di origine (parr. 146 e 147). La decisione sembra sviluppare una scia già tracciata dalla Corte inter-americana nel parere n. 18 sulla condizione giuridica dei migranti privi di documenti,[26] nel senso dell'estensione ulteriore degli obblighi posti in capo agli Stati.

La nozione di giurisdizione che viene delineata da entrambi gli organi preposti all'esecuzione dei trattati regionali sui diritti umani, conferma l'**irrilevanza dei confini territoriali** nella tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, a cui è stata da tempo riconosciuta un'efficacia *extraterritoriale* anche quando da proteggere siano cittadini di Stati terzi o apolidi.[27]

---

[26] La Corte interamericana dei diritti umani, nel parere n.18 del 17 settembre 2003 (*Judicial Condition and Rights of Undocumented Migrants*), in effetti aveva già chiaramente affermato l'obbligo generale posto in capo agli Stati di non discriminare i migranti sulla base del loro *status*; sull'importanza del parere, anche rispetto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si veda il commento di Cançado Trindade A.A., *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, OUP, 2011, pp. 147 ss.

[27] Cfr. ancora, anche per il sistema del Patto del 1966 sui diritti civili e politici, De Sena P., *La nozione di giurisdizione statale*, e anche specificamente sull'estensione della giurisdizione degli Stati membri della CEDU rispetto a migranti in alto mare Caggiano G., *La tutela dei diritti degli stranieri nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, a cura di Caggiano G., Torino, Giappichelli, 2014, pp. 151 ss., spec. pp. 159 ss.

### *Il divieto di inerzia di fronte alle violazioni dei diritti essenziali e il diritto di interferire*

Sulla base del riscontro della necessaria extraterritorialità della protezione dell'individuo, l'Autore si chiede se sia possibile, attraverso un'interpretazione sistematica ed evolutiva, trarre dai principi generali del *corpus juris humanitatis* «una norma di chiusura che di fronte all'inerzia di singoli Stati possa autorizzare l'attribuzione automatica dello **status universale di "cittadino itinerante"**», nel contempo rendendo legittimo l'intervento di Stati terzi anche attraverso la loro **interferenza** nel dominio riservato di quegli altri Stati sovrani che non si siano dimostrati in grado di inverare tali diritti essenziali ma, anzi, siano la causa scatenante della diaspora del loro popolo. Così, ricorda l'Autore, è accaduto al popolo albanese, di cui è pubblicato di seguito un vero e proprio 'apologo', scritto in controtendenza alle prime reazioni di chiusura registrate all'indomani degli sbarchi di massa del 1991. Una lettura del terzo comma dell'art. 10 della Costituzione alla luce del *corpus juris humanitatis*, anche di fonte sovranazionale (o meglio «ultrastatale»), imporrebbe all'Italia di «*rispondere* a pretese che trovano la loro origine in obiettive situazioni contrarie alle condizioni di umanità», anche quando queste siano poste in essere al di fuori dei confini nazionali. Da ciò discenderebbe pure che i titolari del diritto a essere protetti dallo Stato italiano sarebbero «anche coloro che si trovano nell'impossibilità concreta di lasciare il loro Paese proprio in ragione di *quell'obiettiva* situazione» di impedimento dell'esercizio delle libertà democratiche cui si riferisce la citata disposizione.[28] Più precisamente, in base ad una lettura combinata di tale disposto con il primo e il secondo comma dello stesso art. 10 Cost., l'Italia dovrebbe concedere l'asilo allo straniero che sia vittima di violazione dei diritti essenziali, anche se si trova al di fuori del territorio della Repubblica. L'interferenza è dunque un «metodo […] per l'affermazione *ovunque* e *comunque* dei diritti 'essenziali' degli uomini. La negazione di siffatti diritti fa insorgere un *obbligo di fare* (che si può esprimere anche come '*divieto di inerzia*') nello Stato italiano».[29]

La lettura così orientata verso un livello di normazione sovranazionale in tema di asilo è un «compito che grava sul concerto degli Stati» e trova conferma anche nell'art. 11 della Costituzione con cui l'Italia pacifista, ripudiando la guerra e affermando al contempo il principio di coesistenza tra gli Stati, ha acconsentito a cedere quote della propria sovranità ad un **ordinamento sovranazionale** che assicuri la pace e la *giustizia* fra le Nazioni, promuovendo le or-

---

[28] L'universalità dei diritti umani si caratterizza dunque anche perché gli stessi «si possono formare anche al fuori dell'ambito di sovranità dello Stato», cfr. *I diritti 'essenziali'*, p. 53, corsivi aggiunti.

[29] Questa l'espressione che sembra richiamare il concetto di "responsibility to protect", usata dall'Autore in *I diritti 'essenziali'*, p. 55 (corsivi aggiunti).

ganizzazioni internazionali rivolte a questo scopo.[30] Tale disposizione, presente in molte carte costituzionali, segnalerebbe il *deficit* degli ordinamenti statali che prendono consapevolezza di non essere in grado di affrontare con i soli apparati istituzionali e normativi interni le sfide poste dalla necessità di trovare rimedi adeguati per assicurare le migliori condizioni di convivenza tra i popoli. Sulla base della presa di coscienza della necessità di acquisire una visione «cosmopolita», gli ordinamenti liberali cercano di orientarsi a «rimedi giuridici tendenzialmente universali, in sedi di *governance* tendenzialmente globali»: da un lato, attraverso la ratifica di strumenti convenzionali di protezione dei diritti umani fondamentali basati su «una comune civiltà giuridica»[31] e, dall'altro, attraverso il conferimento di risorse e mezzi (comprese le forze armate), all'ONU perché possa disporne nelle forme previste dalla Carta e allo scopo di realizzare «la convivenza umanitaria "globale"».[32]

### *Le modalità dell'interferenza: (a) il ruolo dei valori nel bilanciamento tra apertura internazionale e diritti essenziali*

L'intervento dello Stato a tutela dei diritti dei 'cittadini itineranti', sottolinea l'Autore, non può però essere attuato in modo del tutto discrezionale e senza limiti di sorta: richiede piuttosto di trovare sempre un **bilanciamento** tra l'esigenza di cooperazione internazionale e la tutela effettiva dei diritti essenziali. Si tratta di un equilibrio non facile da individuare e mantenere, come è dimostrato secondo l'Autore dai fatti accaduti in Iraq nel 1991, quando tale equilibrio è stato rotto da un intervento non autorizzato dal Consiglio di Sicurezza, come invece avrebbe richiesto il capitolo VII della Carta.[33] L'interferenza consistente nell'intervento in autotutela collettiva, in quel caso, non era stata attuata in conformità alle modalità e procedure convenzionalmente pattuite dagli Stati e contenute nell'atto istitutivo della stessa organizzazione internazionale a cui si era precedentemente deciso di trasferire competenza e poteri in materia.

Come ricondurre il tutto all'equilibrio? Come orientare la condotta quando le due esigenze sembrano collidere in modo inconciliabile? L'Autore ricorda che la posizione da tenere per l'Italia dovrà sempre essere quella indicata dai **valori essenziali** a cui ha aderito «*una tantum* nel momento magico e irripetibile (lo Stato nascente) della [sua] fondazione», quale appunto "Stato di valori" che

---

[30] Alla ricostruzione sistematica in tal senso dell'art. 11 Cost., richiamato peraltro in più scritti dall'Autore, è particolarmente dedicato un pezzo riprodotto nel testo *infra*, come secondo, su *Guerre e operazioni di polizia internazionale*, pp. 37 ss.

[31] Così in *Verso il cosmopolitismo costituzionale?*, pubblicato *infra*, come ottavo pezzo, p. 101.

[32] Cfr. ancora *ibidem*, p. 102.

[33] Cfr. *Guerre e operazioni di polizia internazionale*, pp. 45-46.

«scommette su livelli di integrazione sociale più profondi»; si tratta dunque di valori *indefettibili* scelti *ab origine*, *autoevidenti* e trascendenti le generazioni attuali, che costituiscono il «presupposto della condizione elementare di umanità», stabilendo il contesto in cui a loro volta **i principi** possono operare. Il **valore personalistico**, che mette al centro l'uomo, nella ricerca del suddetto bilanciamento impone di riconoscere un peso determinante in primo luogo al **diritto alla vita** per l'interpretazione teleologica orientata alla realizzazione indiscriminata dei diritti umani essenziali. Da qui deriva il divieto costituzionale della pena di morte (art. 27) che l'Autore ricorda proclamato dalla nostra Corte costituzionale sin dal 1979 nella sentenza (n. 54) con cui la stessa ha dichiarato l'illegittimità della concessione dell'*estradizione* ove il criminale possa essere punito con la *pena capitale* una volta consegnato alle autorità dello Stato richiedente. In tal modo la Corte giunge a confermare l'obbligo per l'Italia di riconoscere il diritto alla vita a chiunque, anche al più efferato criminale e anche se la sua violazione fosse commessa da uno Stato terzo.[34] La posizione italiana (confermata anche dalla legge costituzionale n. 1 del 2007 e prima ancora dalla legge n. 589 del 1994 che aveva già sostituito nel codice penale di guerra la pena di morte con l'ergastolo) si trova peraltro in linea con l'interpretazione fornita sull'art. 2 della CEDU dalla Corte di Strasburgo che ha più volte confermato la centralità del diritto alla vita nel sistema convenzionale, il quale prevede a mo' di corollario l'obbligo dell'abolizione della pena di morte non solo in tempo di guerra (come era nel Protocollo n. 6 del 1983) ma in ogni circostanza (come è nel Protocollo n. 13 del 2002). Anche con riguardo all'art. 3, e dunque al divieto di tortura e trattamenti o pene disumani e degradanti, la Corte ha infatti riconosciuto la responsabilità di ogni Stato membro richiesto dell'estradizione o che intende espellere uno straniero rispetto al trattamento che la persona subirebbe in uno Stato terzo ove vi sia il rischio di condanna alla pena di morte (magari preceduta da una lunga detenzione nel braccio della morte, come nel famoso precedente *Soering*).[35]

### *Le modalità dell'interferenza: (b) il metodo della sussidiarietà nella realizzazione del diritto alla cooperazione adeguata*

Interferire in modo bilanciato, infine, non significa solo *accogliere* riconoscendo e garantendo in Italia, secondo gli standard del *corpus juris humanitatis*, il pieno godimento dei diritti ai soggetti anche stranieri o apolidi sottoposti alla

---

[34] *Pena di morte, stato di principi, stato di valori*, corsivi aggiunti, pp. 62-63.

[35] Sentenza *Soering* c. *Regno Unito*, 7 luglio 1989, spec. par. 88; Zagrebelsky V., Chenal R., Tomasi L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 148 ss., 156 e 343 ss.; Focarelli C., *Diritto internazionale*, pp. 422-423. Si ricorda che la Convenzione contro la tortura del 1984 prevede comunque, al suo art. 3, il divieto di respingimento verso Paesi in cui essa possa essere perpetrata.

giurisdizione italiana, ma anche **porre tutte le condizioni** (incluse le giuridiche) adeguate per esercitare il ***diritto* alla (e non l'obbligo della) cooperazione**, che secondo l'impostazione e la sistematizzazione proposte dall'Autore, è «un diritto che si esercita normalmente in forma collettiva e che è rivolto a produrre vantaggi nei confronti di coloro che praticano la cooperazione e non soltanto nei confronti dei destinatari della medesima». Si tratta di un «diritto al pieno sviluppo della propria personalità e alla salvaguardia della propria sicurezza e delle proprie legittime aspettative di vita».[36]

La cooperazione 'adeguata', secondo questa visione, non si realizza attraverso le ben diverse operazioni di *soccorso*, necessarie per far fronte in via emergenziale a eventi catastrofici di tipo sanitario, alimentare e/o ambientale. Viceversa, la cooperazione adeguata, secondo l'Autore, si deve poter fondare sul **principio-metodo di sussidiarietà**, che metta in grado la comunità più vicina alle situazioni di sofferenza e bisogno di intervenire in un clima di mutuo supporto, reciproca conoscenza e coinvolgimento tra i cooperanti e i destinatari dei progetti. Occorre disegnare una nuova concezione di cooperazione «permanente, decentrata e concentrata» al tempo stesso, che proceda «punto a punto, come… una rondine che va e ritorna con leggerezza e tenacia», proprio come il logo scelto per l'*Agenzia n. 1 di Pavia per Ayamé*, di cui Bettinelli è presidente. La realizzazione di un simile obiettivo passa per una necessaria semplificazione, da un lato, e per il coinvolgimento responsabile delle comunità interessate, dall'altro, che devono adoperarsi perché siano, ad esempio, «facili, immediate e responsabili le comunicazioni e gli scambi tra i soggetti comunitari cooperanti».[37]

Tutte le riflessioni raccolte dall'Autore, come risulterà evidente dalla lettura dei singoli contributi che qui si sono dovuti sintetizzare, sono indispensabili per adempiere alla responsabilità impellente per il giurista di evidenziare mancanze e disfunzioni del sistema attuale allo scopo di suggerire al legislatore nuove linee di *governance* sostenibili in materia di migrazioni. È stato denunciato come il quadro normativo di riferimento sia divenuto inadeguato e bisognoso di ripensamento; ci si riferisce non solo al livello internazionale, come si è ricordato ad esempio con riguardo alla convenzione di Ginevra del 1951, ma anche al quadro normativo nazionale, che si presenta spesso ambiguo e a volte ancora frammentato, non strutturato in modo coerente perché 'figlio dell'emergenza',[38] come è

[36] V. *infra* il sesto pezzo, *La Cooperazione permanente e integrata tra comunità*, spec. p. 76.

[37] *Ibidem*, p. 79.

[38] Dello stesso avviso è Cataldi G. che, nell'introduzione al testo *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di Scovazzi T., Torino, Giappichelli, 2016, p. XVI, nota come sin dalla legge Martelli del 1989 il filo conduttore della politica migratoria in Italia sia stata «l'"emergenza Nord-Africa", passando per l'"emergenza Balcani", l'"emergenza terrorismo", l'"emergenza nomadi"».

sempre stato sin dai primi tentativi mal riusciti, registrati negli anni Ottanta, di accorpamento e razionalizzazione di una disciplina frammentaria, costituita per di più da «atti normativi emanati in periodi diversi o volti a proteggere ora esigenze e interessi statali meritevoli di prevalente tutela, ora invece esigenze di apertura verso la comunità internazionale».[39]

Sembra purtroppo tristemente attuale la prevalenza dell'atteggiamento, rilevato con disappunto dall'Autore, di «protezione dello Stato *dagli* stranieri» rispetto all'esigenza *comune* di una maggiore tutela della loro «situazione di *diritto certo*» nel nostro Paese,[40] dando adito a una disciplina incongruente, se si considera, ad esempio, che alcune norme interne, se non interpretate anche alla luce del diritto internazionale, rischiano di «criminalizzare l'assistenza umanitaria fornita ai migranti in difficoltà».[41]

Anche a livello regionale, le stesse questioni definitorie di base della normativa europea adottate nel c.d. 'Sistema Dublino'[42] richiederebbero ponderati

---

[39] Queste le parole di Calamia A.M. (*Ammissione e allontanamento degli stranieri*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 260) richiamate da Bettinelli nel suo commento al disegno di legge presentato il 2 aprile 1986 in tema di «Nuove norme sull'ingresso e soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato» nel primo pezzo, *infra*, *Porte aperte ma più strette per gli stranieri in Italia*, pp. 34-35.

[40] Cfr. ancora *Porte aperte ma più strette*, p. 34.

[41] Come fa notare Cataldi G., *ibidem*, spec. pp. XVI-XVIII e Id.,*"Economic" Migrants and Refugees: Emergencies (Real and Alleged) and the Law of the Sea*, in *A Mediterrean Perspective on Migrants' Flows in the European Union: Protection of Rights, Intercultural Encounters and Integration Policies*, a cura di Cataldi G., Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 17-20, ove ricorda come l'interpretazione erroneamente restrittiva fornita dalla Corte di Cassazione nella sentenza 8.9.2010 n. 32960, *Kircaoglu Mehemet e Sanaga Mehemet* (in «Italian Yearbook of International Law», 2010, pp. 419 ss. su cui si veda il commento di Andreone G., *Immigrazione clandestina, zona contigua e Cassazione: il mistero si infittisce*, «Diritti umani e diritto internazionale», vol. 5.1., 2011, pp. 183-188), sia stata poi superata da successive decisioni della stessa Corte che hanno ammesso l'opponibilità in via generale della zona contigua anche a Stati non Parte della Convenzione di Montego Bay del 1982 sul diritto del mare e il diritto dell'Italia di affermare la propria giurisdizione anche sulle 'navi-madre' degli *smuggler* che abbiano scaricato i migranti su pericolanti barconi della speranza per poi fuggire in alto mare, magari subito dopo avere inviato un messaggio di SOS, attivando il soccorso obbligatorio. Cfr. in tal senso, ad esempio, Cass. pen., 27.5.2014 n. 14510 e Cass. pen., 23.5.2014 n. 36052.

[42] Il Sistema Dublino è oggi costituito da: (*a*) il regolamento (UE) n. 604/2013, c.d. Dublino III, del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide (in *Gazz. Uff. Un. eur.* n. L 180 del 29.6.2013), che sostituisce il regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003 (c.d. Dublino II, in *Gazz. Uff. Un. eur.* n. L 50 del 25.2.2003) per la cui applicazione occorre riferirsi al regolamento di esecuzione (UE) n. 118/2014 della Commissione, del 30 gennaio 2014, che modifica il regolamento (CE) n. 1560/2003 recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo (in *Gazz. Uff. Un. eur.* n.

processi di revisione e aggiornamento, a cominciare dalla fissazione di criteri utili a determinare il concetto di "**luogo sicuro**" presso cui sbarcare i migranti, al fine di garantire non solo l'effettiva tutela dei loro diritti umani essenziali, ma anche il rispetto del principio di *non refoulement* e «una *distribuzione più equa* degli sforzi degli Stati membri di ospitare i sopravvissuti e soddisfarne diritti e bisogni».[43] La regola che riferisce allo Stato membro di ingresso la responsabilità di analizzare la domanda di asilo ha infatti prodotto una pressione sproporzionata sui Paesi di frontiera, che spesso non hanno a disposizione né mezzi né un apparato strutturale adeguati a gestirla in modo autonomo e, anzi, sono appesantiti dalle prassi di rinvio adottate dagli altri Stati, raggiunti in un secondo momento, i quali non intendono analizzare la domanda, in spregio alla c.d. 'clausola di sovranità' contemplata dal regolamento Dublino III all'art. 17(1) – già art. 3(2) Dublino II –, che pure glielo permetterebbe. Dopo qualche anno di operatività, risulta evidente come l'intero Sistema *non* «sia ispirato alla volontà di una maggiore adesione al principio di solidarietà, inteso nel senso di una cooperazione solidale tra Stati membri in materia di asilo, ma introduca piuttosto un meccanismo di tutela dei diritti fondamentali su base "unilaterale"».[44] Una simile impostazione non è accettabile, non solo all'interno dell'Unione europea,[45] ma neppure rispetto al sistema regionale di protezione

---

L 39 dell'8.2.2014); (b) il regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol, e che modifica il regolamento (UE) n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (in *Gazz. Uff. Un. eur.* n. L 180 del 29.6.2013).

[43] Si rinvia qui testualmente all'analisi riportata nella «Carta di Napoli. Proposte per Affrontare le Migrazioni nel Mare Mediterraneo», elaborata da un ampio *network* – di studiosi, rappresentanti di agenzie nazionali e internazionali competenti in materia di migrazioni oltre che altri *stakeholder* – attivato dal *Centro di Eccellenza Jean Monnet sui diritti dei migranti nel Mediterraneo*, sotto il coordinamento del prof. Giuseppe Cataldi, in collaborazione con *MARSAFENET*, gruppo di esperti sugli aspetti giuridici della sicurezza in mare. Cfr. spec. i punti *a, b* e *c* del preambolo della *Carta di Napoli* e il conseguente punto 4, disponibili on-line, URL: <http://www.jmcemigrants.eu/>, [data di accesso: 31/01/2017].

[44] Così Ravo L.M., *La giurisprudenza* N.S. e altri c. Regno Unito *e il problema della solidarietà fra Stati membri in materia di asilo*, in *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, a cura di Amadeo S., Spitaleri F., Torino, Giappichelli, 2015, pp. 245 ss., spec. pp. 285-286.

[45] Sui correttivi introdotti dal sistema della ridistribuzione e ricollocamento secondo 'quote', inaugurata nel settembre 2015, si rimanda da ultimo a *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council – Seventh report on relocation and resettlement*, COM (2016) 636 fin., del 28 settembre 2016 (disponibile su URL: <https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration_en>, [data di acces-

dei diritti umani stabilito dalla CEDU. La Corte di Strasburgo, infatti, non ha esitato a dichiarare il contrasto con l'art. 3 della decisione del Belgio di non esaminare la domanda di asilo presentata da un cittadino afghano che aveva fatto il suo primo ingresso sul territorio dell'Unione europea dalla Grecia. Proprio verso questo Stato era stato rimandato dalle autorità belghe in applicazione del regolamento Dublino, nonostante fossero ben note le infime condizioni in cui versavano i richiedenti asilo nei centri di accoglienza greci, esponendo dunque il ricorrente al reale rischio di subire trattamenti inumani e degradanti. La Corte, in particolare, ha escluso che il margine di apprezzamento nell'applicazione del Sistema Dublino possa essere utilizzato in modo non conforme alla CEDU e al diritto internazionale applicabile (*i.e.*, la Convenzione di Ginevra del 1951), incombendo su ogni Parte un accertamento scrupoloso intorno sia alla *sicurezza* dello Stato di ingresso verso cui si rimanda il richiedente, anche se si tratta di un Membro UE,[46] sia all'*adeguatezza* della sua capacità di accoglienza, da valutare nel caso concreto, rispetto alle esigenze specifiche del migrante, in particolare quando si tratti di un soggetto vulnerabile, qual è un minore, anche quando sia accompagnato dai suoi familiari.[47]

La necessaria revisione del Sistema di Dublino non potrà certo andare verso politiche che prevedano innalzamenti di nuovi muri che, come la storia insegna, non sono mai stati forieri di sviluppo, da qualsiasi lato dello sbarramento si guardasse. Tale riesame andrà piuttosto operato nel pieno rispetto del diritto d'asilo e del diritto al ricongiungimento familiare[48] e dovrà essere finalizzato a facilitare le vie di accesso legale all'Europa, creando anche canali alternativi si-

---

so: 31/01/2017]) seguita alla "Bratislava declaration and road map" del 16 settembre 2016 che ha riaffermato «the need to apply the principles of responsibility and solidarity in future migration policy» (a sua volta consultabile al sito, URL: <http://www.consilium.europa.eu/>, [data di accesso: 31/01/2017]).

[46] Il caso a cui si fa riferimento è *M.S.S. c. Belgio e Grecia* (ric. n. 30696/09), deciso dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo il 21 gennaio 2011. Si vedano i commenti di Pustorino P., *Articolo 3*, in *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, a cura di Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V., Padova, Cedam, 2012, XV.3, p. 87; Cfr. Liguori A., *Clausola di sovranità e regolamento "Dublino III"*, in *Il diritto di asilo in Europa*, a cura di Cataldi G., Del Guercio A., Liguori A., Napoli, Photocity, 2014, pp. 43 ss.; Cataldi G., *"Economic" Migrants and Refugees,* già cit. a nota 42, pp. 13-16.

[47] Con riguardo a questo diverso *test* richiesto dalla Corte, nella sentenza del 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Svizzera* (ric. n. 29217/12), la Grande Camera ha dichiarato che il rinvio verso l'Italia di richiedenti asilo particolarmente vulnerabili (ospitati in un centro di accoglienza richiedenti asilo, C.A.R.A.), quali un nucleo familiare con minori, è suscettibile di violare il divieto di trattamenti inumani o degradanti, *ex* art. 3 CEDU, in mancanza di adeguate garanzie che non possono essere fornite dall'Italia («due to limited human resources […] aggravating the already strained Italian reception capacities»).

[48] Cfr. nello stesso senso Cataldi G., *"Economic" Migrants and Refugees*, pp. 21-22, e le linee di intervento auspicate nella citata *Carta di Napoli*, al punto 5.

curi. In tal senso, tra le **buone prassi** registrate di recente, grazie all'iniziativa di alcune ONG impegnate sul campo, si sono aperti dei "**corridoi umanitari**": si tratta di un progetto-pilota, il primo di questo genere in Europa, attuato grazie al Protocollo d'intesa sottoscritto da Comunità di Sant'Egidio, Federazione delle Chiese Evangeliche in Italia e Tavola Valdese con il Ministero degli Affari esteri e della Cooperazione internazionale (Direzione generale per gli Italiani all'estero e le politiche migratorie) e con il Ministero dell'Interno (Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione). Ha come obiettivo principale quello di evitare i 'viaggi della speranza' nel Mediterraneo: dopo i necessari controlli preventivi operati dalle autorità italiane, viene concesso un ingresso *legale* e *sicuro* sul territorio italiano con visto umanitario a persone in 'condizioni di vulnerabilità' (incluse famiglie con bambini, anziani, malati e persone con disabilità, oltre a vittime di persecuzioni, torture e violenze), *selezionate* dalle ONG presenti nei Paesi di imbarco e *assistite* dalle stesse per un periodo di sei mesi dall'arrivo in Italia. Questa prima iniziativa, totalmente autofinanziata dalle associazioni che lo hanno promosso, si è rivolta a mille profughi provenienti da Libano, Marocco e prossimamente Etiopia. Come dimostra la buona riuscita che sta riscuotendo l'iniziativa, il coinvolgimento del terzo settore e, in particolare, di fondazioni 'sponsor', potrebbe essere decisivo per risolvere l'*impasse* che i governi europei non riescono a superare. La presa di coscienza delle potenzialità del sistema ha giustificato l'introduzione di una nuova norma, inclusa nel disegno di legge n. 3146 sulla *Disciplina organica del diritto di asilo e altre forme di protezione internazionale*, presentato il 26 maggio 2015. Il suo art. 25 prevede, infatti, la possibilità che la richiesta di asilo venga avanzata nello Stato di origine e previa intervista con l'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, con altro ente nazionale o internazionale o *con ONG* presenti sul territorio.[49]

[49] L'art. 25 del d.d.l. più precisamente prevede che: «1. La domanda di protezione internazionale può essere presentata anche nello Stato d'origine del richiedente previo colloquio presso l'ACNUR o altri organismi e organizzazioni non governative nazionali e internazionali presenti nello Stato che, a seguito dell'esito positivo di tale colloquio, provvedono a inviare la domanda per via telematica all'ambasciata o al consolato italiano competente per territorio. 2. Il richiedente, previo appuntamento, effettua presso l'ambasciata o il consolato italiano un colloquio in videochiamata con la Commissione nazionale ed è sottoposto a una visita medica. 3. La Commissione nazionale adotta una decisione preliminare previa verifica dell'esistenza del fondato timore di persecuzione, dell'esclusione della garanzia di protezione offerta nello Stato d'origine del richiedente, dell'eventuale presenza di un legame con l'Italia basato sulla presenza di familiari o di conoscenti, di eventuali soggiorni precedenti e della conoscenza della lingua italiana. In caso di imminente pericolo e di particolare vulnerabilità del richiedente, non è previsto il requisito del legame con l'Italia. 4. Se la decisione preliminare della Commissione nazionale è positiva e dopo espressa richiesta della stessa Commissione al Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, al richiedente è rilasciato, tramite l'ambasciata o il consolato italiano, un visto umanitario di ingresso in Italia della durata di quindici giorni».

Insieme ai lavori di revisione della normativa a diverso livello, va infine avviato uno studio che individui metodi più flessibili da adottare nei progetti di cooperazione e sviluppo, e dunque vagliare «la fattibilità di accordi semplificati di cooperazione di nuova generazione, che non misconoscono le ragioni della sovranità, ma le rendono compatibili con le ragioni dello sviluppo umano e dell'integrazione, nella dirompente dimensione globale».[50]

[50] Cfr. ancora *infra*, *La cooperazione permanente*, p. 79.

# Porte aperte ma più strette per gli stranieri in Italia*

> L'Italia […] in armonia con la sua antica civiltà ha sempre accolto generosamente quanti vi hanno cercato rifugio alla persecuzione ovvero occasioni di onesto lavoro e di integrazione sociale. Il flusso degli stranieri ha rappresentato e rappresenta ancora oggi un elemento prezioso per quella reciproca conoscenza che, nella storia dell'uomo, ha costituito un efficace contributo alla pace tra i popoli. L'Italia dal turismo, trae, inoltre, significative risorse per la propria economia. Porte aperte, dunque!

Queste le considerazioni che aprono la relazione introduttiva al disegno di legge, presentato dal Ministro dell'Interno, Scalfaro, in tema di «Nuove norme sull'ingresso ed il soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato», in corso di esame presso la Camera dei Deputati.

È noto che l'iniziativa del Governo è stata sollecitata dall'esigenza di controllare (e circoscrivere) l'afflusso degli stranieri, soprattutto quelli provenienti dal *terzo mondo*, essenzialmente per ragioni di sicurezza interna e internazionale, in seguito al riacutizzarsi della tensione terroristica. Ciononostante, la preoccupazione di facciata è quella di dimostrare che la *nuova* disciplina proposta intende semplicemente «mettere ordine» in un settore («lacunoso e inadeguato»), tuttora regolato dal vecchio T.U. delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. 18 giugno 1931, n. 773).

Preliminarmente, occorre dunque considerare le linee del diritto vigente, al fine di valutare se, e in quale misura, il Governo intenda davvero mantenere le «porte aperte» agli stranieri (che non siano cittadini di Stati membri della Comunità Economica Europea, ai quali continuerebbero ad applicarsi il D.P.R. 30 dicembre 1965 n. 1656, modificato dal D.P.R. 29 dicembre 1969 n. 1225 e dalla legge 4 aprile 1977 n. 127, in attuazione di sopravvenute nuove direttive C.E.E.).

Il T.U.L.P.S. del 1931 detta norme (artt. 142 e ss.) relativamente al soggiorno degli stranieri nel nostro Paese; si occupa del loro ingresso (e dei modi con cui questo è avvenuto) quasi incidentalmente, laddove autorizza i prefetti delle province di confine a respingere dalle frontiere gli stranieri che non siano in grado di dimostrare la propria identità o sprovvisti di mezzi finanziari. Si può pertanto

---

* In «Il Corriere giuridico», n. 7, 1986, pp. 794-797. Commento al disegno di legge *Nuove norme sull'ingresso ed il soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato*, presentato alla Camera dei Deputati dal Ministro dell'Interno, Oscar Luigi Scalfaro, il 2 aprile 1986 (doc. n. 3461 – Camera dei Deputati).

ritenere che la presenza dei medesimi sul territorio nazionale costituisce un semplice presupposto di fatto che genera successivi obblighi a loro carico: presentarsi – entro 3 giorni – all'autorità di pubblica sicurezza del luogo in cui si trovano «per dare contezza di sé» e fare dichiarazione di soggiorno (che deve essere reiterata nel caso di trasferimento di residenza ad altro comune; adempimento, questo, non necessario per chi si trattenga in Italia per diporto e per un tempo non superiore ai due mesi: nell'ipotesi è sufficiente una dichiarazione di ingresso).

Nei confronti degli stranieri soggiornanti l'autorità di P.S. dispone normalmente di poteri limitati, volti soprattutto alla loro esatta identificazione (ove vi siano dubbi in proposito essi possono essere sottoposti a rilievi segnaletici). Al medesimo scopo sono ispirate le norme che impongono a chiunque assuma alle sue dipendenze *per qualsiasi causa* uno straniero di comunicare – entro 5 giorni – dal momento dell'assunzione all'autorità di P.S. le generalità del lavoratore, nonché il servizio a cui egli viene adibito (e, una volta che il rapporto cessi, anche l'allontanamento dello straniero e il luogo ove sia diretto devono essere notificati alla stessa autorità). Così pure la cessione della proprietà o del godimento di beni immobili a stranieri deve essere segnalata alla Pubblica Sicurezza.

Quanto ai limiti alla libertà di soggiorno degli stranieri, il T.U.L.P.S. prevede solo che il prefetto possa loro vietare di dimorare in località che «interessino la difesa militare dello Stato».

L'allontanamento dei medesimi («espulsione») dal territorio dello Stato può essere disposto nel caso di condanna per delitto o in seguito a denuncia per contravvenzione alle norme già viste che regolano la loro presenza nel nostro territorio; o, ancora, per motivi di «ordine pubblico» (con provvedimento del Ministro dell'Interno e con l'assenso del Presidente del Consiglio). Più recentemente – fatte salve le garanzie derivanti da convenzioni internazionali – è stata introdotta (dall'art. 25 della legge 22 maggio 1975, n. 152) un'altra ipotesi di esclusione nei confronti degli stranieri che – a richiesta dell'autorità di P.S. – non dimostrino la sufficienza e la liceità delle fonti del proprio sostentamento in Italia. All'attuazione e puntualizzazione di questa normativa provvedono poi gli artt. 261 e ss. del regolamento di esecuzione emanato con R.D. 6 maggio 1940, n. 635, che nella sostanza non si discosta dalle linee già fissate dal T.U.L.P.S.

Quali le modifiche che il disegno di legge intende introdurre alla vigente disciplina? Innanzitutto si avverte che anche l'ingresso (e non più soltanto il soggiorno) degli stranieri verrebbe sottoposto a una regolamentazione più articolata e tendenzialmente più rigida. Infatti, gli uffici di polizia di frontiera *devono* respingere gli stranieri (non si considerano però tali, ai sensi dell'art. 31 della legge 4 maggio 1983, n. 184, i minori pur di nazionalità straniera in via di adozione, di età inferiore agli anni 14 e accompagnati dai coniugi adottanti con cittadinanza italiana) che:

1. si presentino sforniti di passaporto valido (o documento equipollente) e – ove previsto – di visto consolare;
2. in precedenza espulsi, non siano in possesso di una speciale autorizzazione (del Ministro dell'Interno) ai fini del rientro nel nostro Paese;
3. risultino manifestamente sprovvisti di mezzi di sostentamento in Italia *e* non siano in possesso di documentazione attestante l'impegno di un ente ad assumersene l'onere;
4. risultino segnalati come persone pericolose per la sicurezza dello Stato (ed è questa un'ipotesi che attualmente non è esplicitamente considerata dalle norme in vigore).

Fanno da corredo a queste limitazioni altre disposizioni che comminano pene non lievi a quanti si introducano clandestinamente nel territorio dello Stato e agli agenti marittimi raccomandatari che omettano di riferire all'autorità di P.S. la presenza, a bordo di navi, di stranieri in posizione irregolare.

Si può quindi già pervenire a una prima conclusione: le porte per l'ingresso degli stranieri (non appartenenti a Stati della C.E.E.: è opportuno ricordarlo ancora) rimarrebbero certo aperte, ma si farebbero un po' più strette… Ciò, comunque, dovrebbe consentire una condizione più favorevole (rispetto a quella di adesso) agli stranieri che riescono ad oltrepassare legittimamente i confini italiani.

Ma occorre distinguere. Il testo che si sta analizzando contempla varie situazioni soggettive:

a. *stranieri entrati nel territorio dello Stato a scopo di turismo e soggiornanti non oltre 30 giorni*: nessun obbligo è previsto a loro carico (cosicché per essi la disciplina risulterebbe più favorevole);
b. *soggiornanti per oltre 30 giorni*: per essi è obbligatoria – entro 30 giorni – la presentazione all'autorità di P.S. del luogo in cui si trovano, per fare dichiarazione di soggiorno (e quindi ottenere il relativo permesso che viene concesso solo qualora nulla osti alla loro permanenza nello Stato, in conformità con le vigenti disposizioni di legge e «salve le esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza dello Stato»). Inoltre, essi devono comunicare – entro 10 giorni dal momento in cui si verifica – ogni trasferimento di domicilio o di dimora alla competente autorità di P.S. (che provvederà ad annotare le intervenute variazioni sul permesso di soggiorno). Per questa categoria di soggiornanti turisti la situazione, complessivamente, diventerebbe più onerosa;
c. *stranieri entrati nel territorio dello Stato per motivi diversi dal turismo (culto e lavoro)*: devono presentarsi all'autorità di P.S. per gli adempimenti de-

scritti sopra alla lettera b) entro otto giorni e per essi valgono le medesime norme. Occorre tuttavia segnalare, in questo caso, innovazioni non lievi introdotte dal progetto, tenendo presente che in questa categoria di stranieri rientrano soprattutto i soggiornanti per motivi di lavoro o di culto e per un periodo molto spesso indeterminato. Ebbene, se in linea generale il permesso di soggiorno avrebbe la durata di un anno, il permesso stesso in questa ipotesi può essere prorogato o rinnovato anche per periodi superiori e dopo due proroghe o rinnovi può essere rilasciato (dal questore) anche a tempo indeterminato. Queste disposizioni si integrano, poi, con altre che conferiscono a questi stranieri il «diritto» all'iscrizione anagrafica nel comune di residenza (al pari dei cittadini italiani) e ad ottenere, quindi, un'apposita carta di identità, seppure di validità limitata alla durata del permesso di soggiorno. Ed è ancora con riguardo (sia pure non esplicito) a questo tipo di stranieri che il disegno di legge promette loro «parità di trattamento rispetto ai cittadini italiani per quanto concerne l'uso dei servizi sociali e sanitari, la scuola, l'accesso alla disponibilità dell'abitazione…», nonché assistenza economica e sanitaria, quando gli stessi versino in condizione di indigenza (rispettandosi, così, la Convenzione europea di assistenza sociale e medica – ratificata in base alla legge 7 febbraio 1958, n. 385 – e la Carta sociale europea – ratificata in base alla legge 3 luglio 1965, n. 929);

d. *stranieri, minori di 18 anni, ospitati in istituti di istruzione; stranieri ricoverati in istituti di cura, stranieri ospitati in comunità civili o religiose riconosciute dalla legge italiana*: sono agevolati, in quanto dispensati dall'obbligo di presentarsi personalmente all'autorità di P.S. per gli adempimenti già considerati, a cui devono provvedere i responsabili degli istituti in questione;

e. *stranieri in posizione speciale*: sono quelli autorizzati a soggiornare nel nostro Paese in *via eccezionale* dal Ministro dell'Interno, che adotta un provvedimento amministrativo *ad hoc*, ma con forza di derogare alla disciplina generale.

Uno degli scopi, dichiarato nella relazione introduttiva del progetto in esame è «consentire la cognizione del movimento degli stranieri»; e, in questa prospettiva, vengono confermate (riformulandole con criteri assai più dettagliati!) le norme del T.U.L.P.S., del 1931 concernenti l'obbligo, a carico dei soggetti ospitanti, di comunicare all'autorità di P.S. le generalità degli stranieri cui si offra – a qualsiasi titolo – alloggio, lavoro e accoglienza in genere (anche su imbarcazioni). Ai trasgressori vengono comminate moderate sanzioni amministrative (pecuniarie) da irrogarsi dal prefetto (in evidente coerenza con il processo di graduale depenalizzazione culminato nella legge 24 novembre 1981, n. 689).

Né si ravvisano modifiche di sostanza alle vigenti disposizioni in tema di cause di espulsione degli stranieri soggiornanti in Italia. Si può rilevare la tendenza ad accentrare la competenza di adottare tali provvedimenti in capo al Ministro dell'Interno (soprattutto quando sono in gioco motivi di ordine pubblico) e al conseguente ridimensionamento dei poteri attualmente attribuiti ai prefetti.

Così pure, rimangono pressoché eguali le limitazioni relative al soggiorno degli stranieri in località che interessano la difesa militare dello Stato e la sua *sicurezza* (ma questa è un'estensione forse non solo semantica…).

Trascurando le disposizioni del progetto di natura transitoria (dirette al «recupero delle situazioni illegali pregresse»: *sic* nella relazione) – dettate per sanare vicende di vario genere (attinenti, in particolare, la posizione lavorativa dello straniero), non definite al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina –, è opportuno, invece, sottolineare la presenza di una norma a tutela dell'*interesse* dello straniero al soggiorno nel nostro Paese. Infatti, contro il provvedimento di diniego del relativo permesso è ammesso – entro due giorni dalla sua comunicazione – ricorso al prefetto; e tale impugnativa sospende l'esecutività del provvedimento (con un'eccezione, però, che rischia di non essere marginale: «salvi i motivi di sicurezza dello Stato»). Prima di decidere («improrogabilmente entro 15 giorni dalla data di presentazione del ricorso»), il prefetto deve sentire il parere di un'apposita commissione composta dal Provveditore agli studi, dal Direttore dell'ufficio provinciale del lavoro e da un membro designato dalla Giunta municipale del capoluogo di provincia.

L'intervento di questo organo, pur ausiliario, dovrebbe avere il significato di far considerare lo straniero *meno estraneo* al territorio in cui ha iniziato il soggiorno (probabilmente per ragioni di studio o di lavoro).

Dopo aver riferito sulle linee fondamentali di questo disegno di legge, pare opportuna qualche breve valutazione conclusiva, soprattutto di ordine formale. L'intento del ministro proponente – stando a quanto si legge nella relazione introduttiva – è quello di «mettere ordine nella normativa del 1931, allineandola alle legislazioni in vigore negli altri Stati della Comunità Europea, *in armonia con i principi generali garantistici del nostro ordinamento* ed in sintonia con le convenzioni internazionali, stipulate dal nostro Paese».

In realtà, l'esito è assai più modesto: si tratta in gran parte di una riformulazione (molto spesso aggravata) delle vecchie norme del T.U.L.P.S. del 1931, aggiornata dalla razionalizzazione di prassi amministrative già operanti. Non è del resto casuale che, se approvate dal Parlamento, queste *nuove* disposizioni sarebbero collocate sempre all'interno del corpo del testo unico appena citato (così infatti prevede una norma finale del progetto).

Insomma, si rimane nel campo delle leggi di ordine pubblico o – se si preferisce – «di massima sicurezza». Tra le novità contenute nell'articolato si può

anche segnalare il *repêchage* di istituti non proprio liberali: il soggiorno coatto temporaneo – richiesto dal questore al Presidente del tribunale territorialmente competente e, in casi d'urgenza, disposto direttamente dal questore, salvo successiva convalida giurisdizionale entro 48 ore – imposto allo straniero in attesa di espulsione; nonché il visto di ingresso nei confronti dei cittadini di taluni Paesi, ove la misura sia richiesta da ragioni di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato.

A prevalere è allora l'interesse della protezione dello Stato *dagli* stranieri, piuttosto che una maggiore tutela della loro situazione nel nostro Paese sulla base di un *diritto certo*: l'amplissima e più volte rimarcata discrezionalità, accordata al Ministro dell'Interno, ne è chiaro segno.

È vero che il d.d.l. contiene generalissimi richiami (quasi a confermarne l'efficacia…) a vigenti convenzioni internazionali, ma essi, di per se stessi, non producono effetti innovativi e migliorativi. Anzi, indirettamente, mettono ancora più in luce la settorialità e parzialità della disciplina (ri)proposta, senza troppe preoccupazioni di coordinamento con altre iniziative legislative, che pur concernono aspetti essenziali dell'ingresso e del soggiorno di (talune categorie di) stranieri in Italia. Proprio recentemente – 7 maggio 1986 – presso la Camera dei Deputati la Commissione lavoro (XIII) ha approvato, quasi all'unanimità, in sede legislativa un provvedimento assai notevole per la «disciplina dell'occupazione in Italia di lavoratori subordinati stranieri extracomunitari», che ha recepito e unificato i contenuti di progetti presentati da varie parti (dal Governo - doc. n. 3642 – e da esponenti di quasi tutti i gruppi parlamentari). Dovrà, inoltre, essere prossimamente esaminata dalla stessa Camera dei Deputati una proposta di legge che reca «norme per garantire agli stranieri e agli apolidi il diritto d'asilo e l'esercizio delle libertà democratiche nel territorio della repubblica» (doc. n. 3411, a firma di deputati comunisti), diretta a dare finalmente piena attuazione al terzo comma dell'art. 10 della Costituzione. Non è inutile ricordare che l'Italia ha sottoscritto la Convenzione di Ginevra del 1951, relativa allo *status* dei rifugiati – resa esecutiva con la legge 24 luglio 1954, n. 722 –, ma si è avvalsa della c.d. "riserva geografica", tale da impegnare il nostro Paese solo nei confronti degli esuli di Stati europei; sicché i cittadini di Stati extraeuropei, anche se cercano di riparare in Italia perché vittime di specifiche e rilevanti persecuzioni *lato sensu* politiche, rimangono soggetti alle norme generali del T.U.L.P.S. del 1931.

Come si vede, nel nostro ordinamento fa fatica ad affermarsi la necessità di un «apparato precettivo organico» che possa sistemare in modo quanto meno non contraddittorio le varie situazioni dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri in Italia. Eppure, da tempo la più attenta dottrina ha avvertito che:

> le norme rilevanti sono contenute in diverse disposizioni che si caratterizzano, oltre

che per la loro frammentarietà, per la circostanza che si tratta di atti normativi emanati in periodi diversi o volti a proteggere ora esigenze ed interessi statali meritevoli di prevalente tutela, ora invece esigenze di apertura verso la Comunità internazionale. Si assiste cioè ad un fenomeno abbastanza singolare: la vigenza di precetti in netto contrasto tra di loro, che sviluppano la loro operatività come monadi prive di unitaria ispirazione sistematica, che si pongono su piani ad un tempo collidenti e paralleli.[1]

[1] Calamia A.M., *Ammissione ed allontanamento degli stranieri*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 260.

# Guerre e operazioni di polizia internazionale*

1. Le risoluzioni parlamentari[1] che hanno impegnato il governo ad aderire alle iniziative militari contro l'Iraq «per l'attuazione [...] in tutte le sue parti» della risoluzione n. 678 deliberata dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, si sono

---

* In «Il Foro italiano», n. V, 1991, pp. 375-381. Il saggio è la rielaborazione della conferenza tenuta, 1'8 marzo 1991, presso l'Istituto di diritto pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università statale di Milano, nel quadro di un ciclo di incontri coordinati dal prof. Giovanni Bognetti e destinati agli iscritti al dottorato di ricerca in diritto costituzionale. L'interpretazione qui riproposta fu in quell'occasione oggetto di radicali obiezioni. In particolare si criticò la mancanza di un'esplicita "confessione" della "premessa maggiore" (o *pregiudiziale ideologica*) da cui ha origine il ragionamento di ricostruzione normativa. Si sospettò, assai benevolmente, che la prospettiva di fondo non dichiarata sia riconducibile a una visione gandhiana... In verità l'autore di questo scritto ritiene che il suo pensiero e il suo metodo siano più semplicemente ispirati a quella concezione e cultura liberaldemocratica (e "occidentale") del diritto costituzionale che cercano di interpretare i sistemi normativi *magis ut valean*t, ai fini di una migliore convivenza tra gli uomini o, più riduttivamente in questi tempi, per *garantire* il minor massacro possibile. La rivista che ha ospitato lo scritto lo ha introdotto con questa significativa nota redazionale: Il 17 gennaio 1991 l'Italia repubblicana ha deciso – secondo le pudiche parole dell'on. Andreotti – di «concorrere [...] all'azione militare nel Golfo»; per la prima volta dal 1945 l'Italia ha fatto ricorso alla guerra. Il Foro italiano avverte la necessità di non rimanere muto dinanzi ad un fatto di tale portata. Si è quindi richiesto ad alcuni collaboratori di redigere specifici studi sui profili giuridici posti dalla guerra del Golfo e dall'intervento italiano. Questi studi si pubblicano nel presente dossier nella speranza che essi possano contribuire all'analisi non emozionale di vicende che coinvolgono e sconvolgono valori fondamentali e possano costituire una risposta pacata della ragione ad atteggiamenti scomposti che ebbe a suscitare la pubblicazione sui quotidiani nel gennaio di quest'anno di un appello («giuristi contro la guerra») sottoscritto a titolo personale da numerosi collaboratori della rivista. L'impegno della rivista sui temi riguardanti la pace ha ormai superato il primo lustro. Nel 1985 e nel 1986, rispettando la sua natura di raccolta generale di giurisprudenza, il Foro riprodusse alcuni punti delle decisioni della Corte federale tedesca, in tema di installazione di euromissili in Germania federale, circa la possibilità dei cittadini di far valere i propri diritti fondamentali nei confronti dei pubblici poteri (cfr. *Bundesverfassungsgericht*, sez. II, sentenza 16 dicembre 1983, 2 BvR 1160/83 ed altri, in *Foro it.*, 1985, IV, 21, con nota di richiami e note di W. Daübler, *Euromissili, «political question» e diritto costituzionale tedesco*, e di D. Gallo, *Ordinamento democratico o Stato nucleare?*; sentenza 18 dicembre 1984, 2 BvE 13/83, id., 1986, IV, 156, con note di W. Daübler, *Corte costituzionale federale tedesca: spetta al governo la responsabilità in ordine allo schieramento dei missili*, e di D. Gallo, *È nato un nuovo sovrano*).

[1] Cfr. i Resoconti delle sedute, in data 16 gennaio 1991, rispettivamente della Camera dei Deputati (n. 574) e del Senato (nn. 476-477). Negli stessi atti è contenuto il discorso del Presidente del Consiglio cui si fa – immediatamente infra – riferimento nel testo. La risoluzione n. 678 del 29 novembre 1990, adottata dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, è pubblicata in «International Legal Materials», 1990, p. 6 (in lingua italiana si può leggere in «Il Sole 24 Ore» del l dicembre 1990).

richiamate ai «doveri che derivano all'Italia dall'appartenenza all'Organizzazione delle Nazioni Unite e dalle disposizioni del capitolo VII della Carta dell'Onu per il mantenimento o il ristabilimento della pace e della sicurezza internazionale». Le risoluzioni stesse hanno poi approvato «le comunicazioni rese dal governo [...] sull'azione svolta e da svolgere per il ripristino della legalità internazionale e per il rispetto della Carta delle Nazioni Unite». Vi è stata, dunque, a sostegno della legittimità costituzionale dell'impiego bellico delle forze armate italiane all'estero un'espressa adesione (o addirittura un rinvio) alle argomentazioni giuridiche esposte nel discorso con il quale il Presidente del Consiglio ha sollecitato il voto delle camere. Andreotti, dopo aver illustrato il contenuto della già citata risoluzione n. 678 – laddove conferisce agli Stati cooperanti nella penisola arabica «il potere di adottare tutte le misure necessarie» per sostenere ed attuare tutte le precedenti risoluzioni volte a far recedere l'Iraq dalla sua aggressione nel Kuwait –, ha sottolineato come tali misure dovessero comprendere, ai sensi dell'art. 2, n. 5, dello Statuto delle Nazioni Unite, «ogni assistenza in qualunque azione» dalle medesime intrapresa «in conformità alle disposizioni» dello Statuto stesso. Considerando, poi, il contesto costituzionale italiano, Andreotti ha precisato: «non siamo, dunque, nell'ipotesi di guerra come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali, che l'Italia ripudia con l'art. 11 della Costituzione. Il nostro ordinamento giuridico si conforma, ai sensi dell'art. 10 della Costituzione, alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. La decisione di concorrere [...] all'azione militare nel Golfo [...] si ispira alla previsione della seconda parte dell'art. 11, in virtù della quale l'Italia «favorisce le organizzazioni internazionali, la cui azione tende ad assicurare la pace e la giustizia tra le nazioni». E ha aggiunto: «è necessario chiarire questi concetti per fissare la natura ed i limiti dei poteri costituzionali del governo nell'attuale vicenda. Una partecipazione con gli alleati alle azioni nel Golfo è conforme alla lettera ed allo spirito dell'art. 11 e non comporta, quindi, il ricorso all'art. 78 della Costituzione stessa che prevede la deliberazione da parte delle Camere dello stato di guerra».

2. Le motivazioni del Presidente del Consiglio pur succinte – ancorate, peraltro, a puntuali richiami normativi – sono sufficienti ad individuare una serie di questioni pregiudiziali rispetto ad una valutazione giuridica sull'ammissibilità-legittimità della decisione interventista adottata disgiuntamente dalle Camere.

Certamente, il problema centrale è la ricostruzione di una definizione soddisfacente del concetto negativo di guerra, al quale vengono non a caso contrapposti altri concetti pur approssimativi («azioni di polizia internazionale», «azioni militari»...) per connotare situazioni di impiego della forza-violenza diversificate; e la cui legittimità si fonda sulla necessità (internazionale). Si tratta di una ricerca ermeneutica che vale ai fini di una «decrittazione» non soltanto del diritto interno, ma

dello stesso diritto internazionale. Insomma, l'intento deve e può essere quello di pervenire ad una definizione univoca o, se si preferisce, universale del contenuto del termine «guerra». Che questa operazione filologica sia possibile è dimostrato dalla constatazione di una evidente continuità storica, culturale ed anche emozionale nei testi normativi che considerano il fenomeno «guerra» e che qui rilevano nella misura in cui si ritiene la loro reciproca interazione o, quantomeno, l'adattamento dell'uno (la fonte del diritto statale) all'altro (la fonte del diritto interstatuale).

Lo Statuto delle Nazioni Unite, come è noto, definisce nella prima proposizione del suo preambolo la guerra come «flagello». Al di là del significato originario della parola, essa viene comunemente impiegata in un'accezione estensiva per connotare un «seguito fitto e indiscriminato di colpi» (dal *Dizionario della lingua italiana*, a cura di Devoto G., Oli G.C., Firenze, Le Monnier, 1985, p. 1060). Nel medesimo atto normativo si riferisce il concetto di guerra-flagello a due determinate esperienze storiche: i conflitti mondiali di questo secolo che hanno recato «indicibili afflizioni all'umanità». Questa ulteriore specificazione reca un notevole contributo alla ricognizione degli elementi del concetto. La situazione-guerra per sua natura è foriera di danni incommensurabili nei confronti non tanto di singoli e predeterminati soggetti (anche collettivi), quanto di comunità indeterminate di uomini, in una dimensione tale che le offese da esse subite possono qualificarsi come offese al genere umano nel suo complesso, risultando negato il presupposto (prima ancora che il diritto) di sopravvivenza. La quale è condizione della convivenza che, indiscutibilmente, costituisce il fine primo dell'ordinamento (anche) internazionale.

L'«umanità», dunque, viene imprescindibilmente tutelata dalla dichiarazione sopramenzionata. Essa non può essere considerata affermazione meramente di principio, «etica», improduttiva di vincoli, se ha un senso, nel prosieguo del discorso statutario, il differente apparato concettuale e lessicale adottato per ammettere la legittimità di altre situazioni di violenza sorrette in via eccezionale da decisioni assunte in ambito Onu. Ma sul punto si ritornerà più avanti. Giova dapprima insistere nell'approfondimento del concetto-situazione "guerra" (bandita in assoluto dall'ordinamento internazionale) in rapporto ai suoi effetti di distruzione incontrollabili e imprevedibili, verificando come essi specificamente costituiscano oggetto di definitiva ripulsa anche in altre fonti dell'ordinamento internazionale. In generale, si potrebbe fare riferimento al settore del cosiddetto «diritto umanitario» e agli obblighi che esso genera nei confronti (non esclusivamente) degli Stati;[2] più in particolare, si possono ricordare alcune convenzioni indirizzate a proibire o limitare «l'uso di alcune armi convenzionali che possono essere considerate di natura tale da causare sofferenze inutili o colpire senza

[2] In proposito si rinvia a Spatafora E., *Diritto umanitario*, voce dell'*Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, vol. Xl, pp. 3 ss.

discriminazione».[3] Nella stessa *ratio* vanno certamente inquadrati altri trattati: così quello sul «divieto di messa a punto, produzione e stoccaggio di armi batteriologiche o a base di tossine» (Londra, 10 aprile 1972). E, ancora, può valere il contenuto di altri accordi di carattere umanitario laddove il valore della tutela dell'integrità umana è considerato comunque inderogabile: tale da non poter essere condizionato dalla clausola della reciprocità (come nel caso del divieto assoluto delle azioni di rappresaglia, a protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali: Ginevra, 8 giugno 1977, *Protocollo I*). Nella stessa direzione sono indirizzate le disposizioni internazionali ed interne per la prevenzione e repressione del delitto di genocidio: anche in queste ipotesi il fine della complessiva disciplina è l'integrità dei gruppi nazionali, etnici, religiosi compromessa da quegli atti «diretti a cagionare la morte o lesioni personali» a persone appartenenti ai gruppi medesimi (così nella l. 9 ottobre 1967 n. 962).

È, dunque, proprio dall'insieme di siffatte previsioni e definizioni che è possibile ricostruire la dimensione effettuale del fenomeno (volontario) «guerra», tale – come si è già anticipato – da distinguerlo e diversamente qualificarlo rispetto ad altre situazioni di impiego della forza o della violenza da parte dei soggetti della comunità internazionale (gli Stati, le organizzazioni internazionali). L'analisi è di tipo oggettivo: la guerra si misura esclusivamente in rapporto ai parametri dell'entità delle devastazioni prodotte e della loro imprevedibilità. Si intende dire che in una simile prospettiva sono ininfluenti (seppur sul piano storico certamente rilevanti) le cause di una guerra. Il *quantum* di distruzione provocato dal soggetto che ha intrapreso il conflitto si cumula con il *quantum* di devastazione (minore, proporzionale, superiore) prodotto dal soggetto che ha reagito. La guerra va considerata e qualificata come illecito («flagello»), nella sua globalità: il suo referente è l'irreparabile e inestimabile danno subito da collettività di uomini, in quanto tali. Questo approccio rende sterile qualsiasi discussione (e ricerca) sulla possibilità di una discriminazione tra guerre giuste o ingiuste. L'espressione «guerra giusta» si palesa, infatti, in questo contesto un inevitabile ossimoro.

3. Le stesse costituzioni postbelliche – coeve alla Carta dell'Onu – affrontano, tendenzialmente, la vicenda-guerra come evento solo subito: manifestazione esclusiva della volontà e dell'azione aggressiva di altri stati. A questa impostazione dichiaratamente e pregiudizio/mente riduttiva si informa in maniera affatto

[3] Si tratta della Convenzione di New York del 10 ottobre 1980, alla quale sono allegati tre protocolli che classificano in modo significativo i tipi di congegni bellici, il cui impiego facilmente dà luogo ad esiti devastanti e indiscriminati. Infatti il *I protocollo* vieta le armi il cui effetto principale è di colpire con schegge non rilevabili nel corpo umano attraverso i raggi X; il *II Protocollo* vieta l'uso di mine, trappole e mezzi affini; il *III Protocollo* vieta l'uso di armi incendiarie che possono arrecare sofferenze inutili o effetti lesivi.

evidente la Costituzione italiana, laddove «ripudia la guerra» (art. 11) e laddove impone a tutti i cittadini il «sacro dovere» di «difesa» della patria (art. 52). Non può essere senza significato la reticenza del Costituente che, pur nell'ambito di un enunciato che evoca la più drammatica emergenza in cui potrebbe trovarsi il Paese, ha evitato la formula «guerra di difesa», appunto per ribadire l'avversione nei confronti di una situazione al cui verificarsi non può in nessun modo contribuire l'Italia. È proprio in questa prospettiva «pacifista» o, se si preferisce, di massima resistenza alla guerra che la Costituzione richiede – all'art. 78 – l'inderogabile intervento del Parlamento per «deliberare lo stato di guerra». Questo precetto non può che essere letto in sistema e in sintonia con gli enunciati citati di cui agli artt. 11 e 52. Ne deriva che la «delibera» che compete alle Camere è un atto ontologicamente composto di due momenti: in primo luogo il solenne accertamento che la Patria[4] si trova, quantomeno, in palese, imminente e grave pericolo di aggressione da parte di una potenza straniera. Questo accertamento, che si perfeziona all'interno del primo potere dello Stato, espressione della sovranità popolare ed organizzato nel rispetto dei principi di rappresentatività e pubblicità, costituisce il presupposto necessario per la decisione conseguente: l'attivazione dello «stato di guerra» (che, quindi, si configura quale situazione non solo passiva, ma dinamica di preparazione e riorganizzazione della Nazione, nella sua dimensione istituzionale e comunitaria per far fronte all'atto – o imminente pericolo – aggressivo esterno) con contestuale conferimento al governo dei «poteri necessari» (commisurati all'entità dei rischi che incombono sul Paese). La deliberazione delle Camere non produce effetto prima che il Presidente della Repubblica dichiari lo stato di guerra.

L'intervento del Capo dello Stato non assume tanto il significato formale di una solenne esternazione e/o attestazione della volontà del Parlamento; piuttosto è manifestazione di un potere di controllo – da parte dell'organo che rappresenta l'unità nazionale e, al tempo stesso, garantisce la Costituzione – sulla effettiva sussistenza dei presupposti di necessità che hanno indotto il Parlamento a una così grave decisione, in grado di alterare la fisiologia e il normale equilibrio dei rapporti tra organi costituzionali e di incidere sulle stesse situazioni di libertà individuale costituzionalmente riconosciute come inviolabili. La partecipazione del Presidente della Repubblica al procedimento che si va considerando si configura come garanzia, in quanto precostituisce un argine ad un'eventuale manifestazione di (eccessiva) impazienza od imprudenza ad opera del potere politico. Insomma, il valore del "pregiudiziale" pacifismo e il ripudio della guerra

[4] I concetti qui sinteticamente esposti e, più in generale, i problemi (di cui immediatamente *infra*) che presenta l'interpretazione dell'art. 52 della Costituzione sono stati più analiticamente affrontati dall'autore del presente scritto nel *Commentario della Costituzione*, a cura di Pizzorusso A., Bologna-Roma, Zanichelli, 1992, *sub* art. 52, pp. 70 ss.

cui si informa la Costituzione si esprimono anche nella consapevole complessità procedurale dalla medesima disegnata. In questa prospettiva non può sfuggire un altro elemento testuale: il Presidente della Repubblica – pur in seguito alla deliberazione parlamentare – non dichiara la guerra (come, ad esempio, competeva al re, secondo quanto disposto dall'art. 5 dello Statuto albertino), bensì lo «stato di guerra». E ciò per ribadire, ancora una volta, che la «guerra» è un «fatto» provocato da aggressione altrui e che l'Italia è costretta inesorabilmente a subire.

Questa interpretazione, sul piano della cultura istituzionale democratico-liberale, trova conferme eclatanti in altri ordinamenti costituzionali, nei quali il «principio» della proceduralizzazione delle decisioni concernenti la necessità della (sola) difesa attiva e armata dello Stato (e della conseguente mobilitazione generale e istituzionale) ha uno svolgimento ancor più precostituito e aggravato. È – come noto – il caso della Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania, che dedica un intero titolo (il X/a, introdotto con la riforma costituzionale del 1968) allo «stato di difesa» (*Verteidigungsfall*). Ai fini della presente analisi basta ricordare che una tale situazione (per connotare la quale non si è voluto adottare la parola «guerra») si pone espressamente come evento che deve essere formalmente accertato (e non deliberato), sussistendo condizioni di fatto definite assai rigorosamente: l'aggressione del territorio federale con la forza delle armi o la minaccia immediata di tale aggressione. Tale accertamento è affidato, a seconda delle circostanze e in osservanza ad un'impostazione gradualistica nella valutazione dell'emergenza, al Parlamento, alla Commissione comune (tra *Bundestag* e *Bundesrat*) che si pronunciano a maggioranza qualificata; tale accertamento viene poi promulgato dal presidente federale. Se la gravità della situazione di aggressione rende impraticabile l'accertamento nelle forme accennate, esso si considera come automaticamente acquisito in relazione, appunto, all'evidenza incontrovertibile dell'azione militare e di violenza subita dalla Germania. Quel che si evince inequivocabilmente anche da questa più dettagliata disciplina è un integrale ripudio di qualsiasi ipotesi di «guerra», altra rispetto alla necessità di difesa dello Stato, a conferma e integrazione di altre affermazioni costituzionali («servire la pace nel mondo»: preambolo; incostituzionalità delle azioni idonee a preparare una guerra offensiva: art. 26, I).

4. Il ripudio così netto, in radice, della guerra da parte dell'Italia nei termini appena esposti (tale da non configurarsi – come si è cercato di dimostrare – quale denuncia su basi ideologiche della violenza o dell'impiego della forza armata in genere, bensì quale ripulsa di un "fenomeno" i cui effetti incommensurabili pregiudicano i "beni" fondamentali dell'umanità e della convivenza) non significa sacrificio o anche solo *compressione* di altri valori ed obiettivi essenziali dichiarati dalla stessa Costituzione. I quali precisano il ruolo attivo dell'Italia nella comu-

nità internazionale al fine della costruzione di un ordinamento che «assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni». Conseguente è l'impegno costituzionale di promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo, fino al punto di consentire le limitazioni di sovranità necessarie.

Sul significato dell'enunciato contenuto nella seconda parte dell'art. 11 esiste un'amplissima e conosciutissima dottrina che permette di astenersi da ulteriori approfondimenti o richiami. Merita, invece, osservare come la stessa Costituzione abbia provveduto a disporre immediatamente una preliminare limitazione della sovranità dell'ordinamento-Stato italiano, laddove all'art. 10 dichiara che «l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute». Presupposti logici di questa affermazione sono, evidentemente, il riconoscimento della comunità internazionale e l'adesione ad essa da parte dell'Italia. E da ciò deriva innanzitutto il recepimento di quelle regole minime e irrinunciabili su cui si fonda e deve fondarsi l'esistenza (e la coesistenza) degli Stati che costituiscono appunto la comunità internazionale. Cosicché dall'art. 10 (letto in sistema con l'articolo successivo) si può trarre, semplificando, (anche) il seguente principio direttivo: le aggressioni di uno Stato nei confronti di altro Stato protratte al punto da pregiudicare o addirittura annullare la sua insopprimibile condizione naturale di indipendenza e sovranità rappresentano una violazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto. Essa comporta per ciascun membro della comunità internazionale un dovere di reazione allo scopo di restaurare la situazione di coesistenza illecitamente alterata.[5] Pertanto, si può senza difficoltà convenire che la Costituzione prescrive allo Stato un obbligo di reazione in ipotesi quale quella verificatasi con l'invasione e l'annessione del Kuwait ad opera dell'Iraq.

Si tratta allora di determinare la forma e il contenuto di una siffatta reazione, tali da essere assolutamente coerenti con gli altri principi costituzionali, in completa armonia con lo stesso diritto internazionale. E cioè, in particolare: il rifiuto inderogabile della guerra-flagello; l'impegno di promuovere e favorire le organizzazioni internazionali a presidio della pace, giustizia, sicurezza, convivenza tra le nazioni.

L'interazione e integrazione tra questi principi-obiettivi (e nel contempo limiti) si precisano proprio nell'ordinamento dell'organizzazione attualmente esistente e operante che detti fini persegue e che rappresenta la massima espressione della comunità degli Stati, come autonomo e distinto soggetto di diritto internazionale. È dunque allo Statuto delle Nazioni Unite che occorre rivolgersi per

[5] Sul contenuto e sull'efficacia di tale principio, appartenente al diritto internazionale consuetudinario, è fondamentale la pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 27 giugno 1986 (*Case conceming military and paramilitary activities in and against Nicaragua*, in «Recuil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances», Cour internationale de Justice, La Haye, 1986, pp. 99 ss.).

conoscere le formule e il contenuto della reazione contro gli attentati al principio di coesistenza tra gli Stati a cui l'Italia è tenuta, per mantener fede al proprio ordinamento interno.

È un adattamento che non comporta alcun problema di antinomie, giacché – come si è già sottolineato – le premesse di valori e di metodo sono affatto comuni e comune è il riferimento, implicito o esplicito che sia, a immani tragedie storiche dalle quali si vuole per il futuro preservare l'umanità.

È solo in questa prospettiva che può essere inteso il significato cogente del capitolo VII della Carta dell'Onu che disciplina l'«azione rispetto [...] agli atti di aggressione». Azione che si informa ai criteri dell'inderogabile gradualismo e dell'accentramento – in capo all'Organizzazione – delle responsabilità decisionali e di direzione strategica a protezione della pace e della sicurezza internazionale, soprattutto nel momento in cui l'impiego della forza armata risulti l'unico (e l'ultimo) mezzo idoneo a rimuovere gli atti di aggressione.

Che lo Statuto delle Nazioni Unite rivendichi come esigenza indefettibile per la salvaguardia (del principio) della comunità degli Stati il monopolio dell'uso della forza armata all'organizzazione, a tutela della sicurezza internazionale, sembra inconfutabile. È un dato che emerge pressoché da ogni disposizione del già richiamato capitolo VII: da quella che impegna tutti i membri delle Nazioni Unite a mettere a disposizione del Consiglio di Sicurezza le forze armate necessarie per le azioni di sicurezza internazionale (art. 43); a quella che attribuisce al Consiglio di Sicurezza, coadiuvato da un comitato di stato maggiore, il potere di determinare «la forza e il grado di preparazione» dei contingenti militari conferiti all'Organizzazione, nonché «i piani per la loro azione combinata» (artt. 45, 46, 47). Ma valga ancora di più la norma che circoscrive lo stesso «diritto naturale di autotutela individuale o collettiva» riconosciuto ai membri delle Nazioni Unite che subiscono aggressioni; nel senso che – così puntualizza l'art. 51 – l'esercizio di tale diritto non è suscettibile di essere pregiudicato «fintantoché il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza».

L'affermazione-rivendicazione del "monopolio" dell'impiego della forza armata in capo all'Organizzazione per le azioni coercitive internazionali (questa la formula adottata nell'art. 45) non è fine a se stessa; e nemmeno è dettata (quanto meno prevalentemente) da pur irrinunciabili obiettivi istituzionali di costruzione-rafforzamento dell'Organizzazione medesima. In verità lo schema (appena riassunto) tracciato nello Statuto delle Nazioni Unite è del tutto coerente o addirittura funzionale a mantenere non solo formalmente, ma – quel che più conta – sostanzialmente separata la fattispecie "guerra" (mezzo comunque inammissibile e comunque intrinsecamente illecito per le ragioni obiettive in precedenza illustrate) da altra fattispecie legittima, anche se estrema: «l'uso della forza armata» contro potenze che abbiano violato l'elementare diritto della coe-

sistenza tra gli Stati, che non abbiano ottemperato agli inviti dell'Organizzazione (Consiglio di Sicurezza) a recedere dagli atti aggressivi e che siano rimasti insensibili alle misure «non implicanti l'impiego della forza armata» contro i medesimi disposte dal Consiglio stesso (art. 41).

La differenza tra «guerra» e «forza armata» non è, e non deve essere, meramente nominalistica. Essa si misura sull'intensità, sugli effetti, sulla loro prevedibilità (sia pure in termini approssimativi) della violenza impiegata, tale da non costituire un'offesa contro l'umanità (secondo l'impostazione già segnalata del diritto umanitario). Non è in questo senso irrilevante che la Carta, nel tentativo, indubbiamente arduo, di enumerare i tipi di azioni in cui si «può» esprimere la forza armata, menzioni: «dimostrazioni», «blocchi» e genericamente «altre operazioni» militari (art. 42). L'indicazione che comunque se ne trae è che l'impiego della forza debba essere ponderato, discriminante, sì che non rechi devastazioni irreversibili nei confronti di collettività, di gruppi sociali o popolazioni.

II controllo delle operazioni di forza armata, in modo che non degenerino in «guerra» è, proprio per questo, affidato alla diretta responsabilità dell'Organizzazione (Consiglio di Sicurezza) che all'uopo – come si è già accennato – si avvale del «consiglio» e della «collaborazione» di un Comitato di stato maggiore (composto dai capi di stato maggiore dei membri permanenti del Consiglio di Sicurezza); il quale, tra l'altro, si occupa – sempre in posizione consultiva – della «disciplina degli armamenti». Ciò sta evidentemente a significare anche la loro selezione e la determinazione del loro corretto impiego, in osservanza a quelle convenzioni (sopra richiamate) che stabiliscono rigorosi vincoli e divieti nei confronti di mezzi di distruzione di massa.

La collegialità (pur limitata) del Comitato è di per se stessa una garanzia ad evitare che singole potenze del Consiglio di Sicurezza impongano volontà, misure e tempi nella conduzione delle operazioni coercitive internazionali antitetici o contraddittori rispetto alle finalità ed ai metodi delle Nazioni Unite. Del resto, lo stesso Statuto, non a caso, assegna agli Stati membri un ruolo soltanto esecutivo delle decisioni adottate dal Consiglio di Sicurezza, nel quadro del procedimento *necessario* qui delineato.

5. Da questa ricostruzione si desume anche che «decisioni in bianco» del Consiglio di Sicurezza (cioè quelle che affidino o riconoscano ai singoli Stati membri un potere di intervento armato indeterminato, demandato alla loro esclusiva responsabilità strategica e operativa) fuoriescano (quantomeno) dalle linee di coerenza del complessivo impianto statutario.[6] Per ciò stesso l'adesione a tali

[6] È diffusa l'opinione che le disposizioni dello Statuto Onu richiamate nel testo, in quanto non applicate (o di «improbabile» applicazione), debbano considerarsi cadute in desuetudine. Questa interpretazione del diritto internazionale (che vorrebbe definirsi realistica) pare a chi scrive sempli-

decisioni da parte dei membri della comunità internazionale non può essere prospettata nei termini di adempimento o di inadempimento nei confronti né del diritto internazionale generale e pattizio, né del diritto (costituzionale) interno. E neppure può essere valutata come manifestazione di una cessione parziale di sovranità in favore dell'ordinamento invocato per assicurare «pace e giustizia tra le Nazioni»; né può essere interpretato dall'Organizzazione delle Nazioni Unite, in deroga al proprio atto costitutivo.

Ritornando, per concludere, più specificamente, alla posizione dell'Italia, il «dovere di reazione» agli atti di aggressione internazionale da chiunque perpetrati si può e deve esplicare unicamente attraverso il conferimento di risorse e mezzi (comprese le forze armate) all'Organizzazione delle Nazioni Unite, affinché questa in una situazione di indivisibile responsabilità ne disponga nelle forme e per gli scopi già considerati.

La soluzione qui sostenuta non necessita di essere sorretta da sofisticati e difficili ragionamenti ermeneutici per dimostrare l'efficacia superiore del diritto internazionale sul diritto interno; o per riaffermare la prevalenza dei suoi principi e valori fondamentali sugli obblighi difformi contratti in adesione a trattati internazionali.

Si tratta, assai più semplicemente, di mantenere fede ai postulati ed ai limiti del diritto costituzionale e del diritto internazionale, che appartengono a una comune civiltà giuridica e a comuni premesse e promesse. Il ripudio della guerra e la difesa del principio di coesistenza tra gli stati sono dunque principi ed obiettivi che si sommano, non si bilanciano; né, tantomeno, sono destinati a elidersi vicendevolmente.

Sono queste le "basi" su cui deve affrontarsi la questione della legittimità della decisione parlamentare relativa alla "missione" delle forze armate italiane nel Golfo. In particolare, per chiedersi se sia giuridicamente fondata la definizione che è stata data dal Presidente del Consiglio all'intervento: «operazione di polizia internazionale» e non, piuttosto, «guerra».

Le risposte non dipendono soltanto dalla sapienza del *buon* ragionamento, ma anche dalla saggezza del voler guardare.

---

cemente una negazione dell'intera *ratio* che ispira il diritto dell'Organizzazione in rapporto ai suoi fini. Più in particolare e in concreto, sulla natura delle «operazioni» militari nel Golfo valgano le ammissioni di Perez de Cuéllar, segretario generale dell'Onu, rilasciate nel corso di un'intervista: «[…] Le ostilità sono state autorizzate dal Consiglio di Sicurezza. Non è una guerra dell'Onu. Non ci sono "caschi blu" o bandiere dell'Onu; sono informato sull'andamento della guerra tramite i rapporti degli alleati. Non si può dire che le Nazioni Unite siano responsabili di questa guerra. È legale nel senso che è stata autorizzata dal Consiglio. L'ampiezza del conflitto, questo è tutt'altro affare» (*Non è una guerra Onu*, in «La Stampa», 9 febbraio 1991).

# I diritti 'essenziali' (inviolabili e universali) dell'uomo e le frontiere dell'ordinamento: l'apologo degli albanesi*

1. È forse finito il tempo in cui il giurista poteva rivolgersi alle solenni formule che definiscono il catalogo dei diritti irrinunciabili e incomprimibili della persona indagando prevalentemente il passato: comprendere e spiegare le grandi rotture storiche, i passaggi epocali della civiltà giuridica e rassicurare che il valore dei diritti medesimi non avrebbe potuto subire riduzioni, almeno negli stati di democrazia liberale. Anzi, la memoria della storia imponeva a questi di autoassegnarsi 'fini' che travalicavano i limiti della propria sovranità territoriale e temporale: la libertà e la ricerca della felicità, per la loro dimensione universalistica, non potevano rimanere una questione interna, relativa soltanto ai rapporti, per lo più, tra stato e cittadino. L'attenzione e la tensione degli ordinamenti costituzionali erano rivolte all'uomo in sé, non situato: le violazioni o la negazione, ovunque si realizzassero, delle pretese minime che connotano lo *status* della persona rappresentavano un *vulnus* alle 'ragioni' su cui gli ordinamenti costituzionali dichiarano (quasi sempre espressamente) di fondare la loro (superiore) legittimità.

In questa prospettiva la forma di stato di democrazia liberale, come si è concretizzata nelle varie esperienze nazionali che si sono (ri)affermate nel secondo dopoguerra, si è (auto)imposta come imprescindibile modello, pur senza misconoscere il principio della necessaria convivenza con altre esperienze statuali non democratico liberali, ma comunque obiettivamente sovrane.

La difficoltà di conciliare una tale funzione con l'esigenza della coesistenza pacifica è stata superata con la pratica delle grandi e a tutti note dichiarazioni-convenzioni internazionali: *Preambolo dello Statuto delle Nazioni Unite*, 1945; *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, 1948; *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 1950, e successivi protocolli addizionali (le prospettive di questa produzione in successivi trattati specializzati sono, da ultimo, succintamente segnalate da Bognetti G., *Diritti dell'uomo*, voce del *Digesto delle Discipline Privatistiche*, vol. V, Utet, Torino, 1989, pp. 383 ss.). Per loro tramite la concezione liberale sulla posizione dell'uomo nella società-stato ha inteso dimostrare la sua potenziale egemonia. Ciò è potuto avvenire in quanto i diritti inviolabili dell'uomo sono stati presentati

---

* In Angiolini V. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1992, pp. 31 ss.

come verità 'autoevidenti', che talora si prestano a una lettura in doppia cifra, tra 'essere' e 'dover essere'. Cosicché l'adesione spontanea a siffatte dichiarazioni-convenzioni da parte della quasi totalità degli stati (anche di quelli i cui ordinamenti interni si fondano o – per alcuni di essi ora si può dire – si fondavano su presupposti ideologici illiberali) ha assunto, più che il significato di un impegno ad adeguarsi ad una tavola di valori-obiettivi-situazioni indisponibili (a garanzia di diritti ultrastatuali della persona umana in sé), il risalto di una pari rivendicazione della legittimità delle sovranità particolari e del loro esclusivo esercizio. Del resto, la *Grundnorm* del diritto internazionale sul dovere di non ingerenza negli affari interni (categoria del tutto indeterminata) delle entità riconosciute come stati, a salvaguardia del bene della coesistenza pacifica, ha, per così dire, chiuso il cerchio di siffatto compromesso (o se si preferisce: 'equivoco trans-ideologico'). Da una parte, dunque, la codificazione dei fondamenti della concezione giuridico-istituzionale liberale nella versione più evoluta esposta dai suoi fautori come dato universale (e naturalmente – come si è già ricordato – vocata all'egemonia); dall'altra, ad opera degli stati antagonisti (organizzati su base personalistica e autoritaria o totalitaria o costruiti sulla dottrina 'scientifica' marxista-leninista) si afferma un'interpretazione libera e quasi metastorica di tali prescrizioni fondamentali, deprivate della loro intrinseca coerenza.

2. L'equivoco' appena segnalato – e durato per quasi mezzo secolo – non poteva non produrre effetti di ritorno regressivi nei confronti degli stessi stati liberal-democratici e della loro cultura giuridico-istituzionale, una volta entrati in crisi irreversibile la divisione ideologica del mondo e gli (tendenzialmente) 'stabili' assetti statali che su di essa riposavano.

Si sta prendendo coscienza di un vero e proprio paradosso: nel momento in cui si va sgombrando il terreno per l'affermazione effettiva e consapevole dei diritti inviolabili dell'uomo nella loro portata universale e nel loro intreccio culturale-ideologico, sta montando una controcultura di resistenza, di contenimento dell'espansione soprattutto di quei diritti che, se inverati indiscriminatamente, potrebbero creare gravi problemi alla solidità della struttura (sociale, economica e anche politica) dei paesi occidentali, pur usciti da una situazione storica di antagonismo e, si osserva, di 'accerchiamento' fino a ieri accettata come immodificabile.

Insomma, ora la libertà è finalmente libera. Eppure contro i valori universali si vanno innalzando barriere di interessi nazionali e nazionalistici in larga misura imprevisti.

Per meglio comprendere la perdurante vicenda di questa contraddizione, per quanto riguarda l'Italia e i diritti inviolabili prescritti dalla sua Costituzione, valga l'apologo' della migrazione degli albanesi (ma il richiamo alla situazione

di altri popoli itineranti sarebbe equivalente) avvenuta nel 1991. Ovviamente l'apologo va qui raccontato nei termini schematici del discorso giuridico, ma le immagini di sofferenza e di disagio che esso copre riescono egualmente ad imporsi alle riflessioni astratte dei cultori del diritto.

La pretesa delle persone albanesi che hanno raggiunto o tentato di raggiungere il territorio italiano era ed è quella di trovare accoglienza nel nostro Paese in ragione dell''impossibilità' assoluta di vivere (e dunque di 'svolgere la loro personalità') nello Stato d'origine. Su queste condizioni di fatto fondano il loro diritto d'asilo e reclamano lo status di rifugiati politici. Immediato parametro costituzionale di questa situazione è l'art. 10, 3° comma, della Carta, laddove appunto: «Lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio, secondo le condizioni stabilite dalla legge».

Questo enunciato può essere facilmente depotenziato dandone un'interpretazione tecnico-riduttiva: richiamandosi alla casistica delle convenzioni internazionali in materia; definendo in senso restrittivo il concetto di libertà democratica (attinente alla sfera dei diritti di influenza e partecipazione politica e non anche alla più generale condizione esistenziale della persona nella sua comunità originaria); infine, rimarcando nella riserva di legge, pur rafforzata, l'ampia discrezionalità regolativa del potere politico.

E, in sintonia con questo approccio minimalistico o, se più aggrada, realistico, si può richiamare la recente legislazione italiana volta a contenere l'imponente fenomeno di esodo cui (anche) il nostro Paese è costretto a far fronte (in particolare si allude alla legge n. 39/1990 – di conversione del d.l. n. 416/1989 –, sulle cui non casuali insufficienze e contraddizioni logiche si sofferma Nascimbene B., *Diritto d'asilo e Albanesi in Italia. Rifugiati o clandestini?*, in «Il Corriere giuridico», 1991, pp. 817 ss.). L'evidente *ratio* di tale disciplina è la protezione di un interesse contingente del nostro Paese: la difesa nei confronti di flussi migratori, quale che sia la loro causa, che potrebbero creare gravi turbative all'equilibrio e allo sviluppo economico e sociale della società italiana. L'emergenza di siffatto interesse rende inattuali le diverse ragioni 'astratte' che si potrebbero desumere dal contesto dei valori (universali) prescritti dalla Costituzione.

3. Dalle considerazioni innanzi svolte sembrerebbe che gli antichi ragionamenti sui diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti dalla Repubblica secondo quanto dispone l'art. 2 della Costituzione, abbiano perso di attualità o, quantomeno, quella forza universale che li caratterizzava nella fase in cui la forma di stato liberaldemocratica si poneva come modello 'antagonista'. Proprio per questo non pare inopportuna qualche riflessione in controtendenza, una fuga tra le categorie del passato nel tentativo di recuperarle e di dimensionarle alla nuova fase in cui i

valori liberaldemocratici non hanno alternative culturalmente e ideologicamente proponibili per le organizzazioni statali e per la convivenza in esse. Tanto che si va palesemente affermando un orientamento di politica internazionale, in virtù del quale gli stati residui, che tuttora non si uniformano ai principi ed alla prassi liberaldemocratici, perdono di legittimazione e, in ultima analisi, indeboliscono lo stesso diritto alla protezione della loro sovranità da parte della comunità internazionale. Si intende rilevare che la tradizionale regola della non ingerenza negli affari interni dei singoli stati si sta incrinando di fronte alla vigorosa emersione dei diritti dei popoli all'autodeterminazione e, in questo contesto, della situazione effettiva delle persone.

Si può allora procedere in questa rivisitazione (ri)proponendo una prima serie di domande: come si individuano le fattispecie dei diritti inviolabili dell'uomo? È possibile impostare una gerarchia tra i medesimi?

Sulla prima questione è nota la discussione che per diverso tempo ha intrattenuto la dottrina sull'elenco aperto o chiuso dei diritti richiamati dal succitato art. 2 della Costituzione: se esso faccia riferimento alle sole libertà descritte puntualmente nelle successive disposizioni della Costituzione o se ricomprenda anche altre situazioni non previste, che comunque trovino la loro origine in fonti extracostituzionali, esterne, quali il diritto naturale o, positivamente, le dichiarazioni-convenzioni internazionali considerate anche nel loro insieme, in quanto produttrici di principi autonomi.

In verità tale *querelle*, ove non sia stata dettata dal prevalente intento di una lettura restrittiva dei 'principi fondamentali' della Costituzione, pare, sotto diversi punti di vista, alquanto sterile. Il rinvio (e la relativa confutazione) al diritto naturale, quale fonte di produzione meta-costituzionale, non è di grande utilità pratica, nel momento in cui esistono altre fonti positive (esterne, ma comunque collegate con la Costituzione, quali le più volte menzionate dichiarazioni-convenzioni internazionali) in grado di assolvere alla funzione di chiusura e di aggiornamento-adattamento attribuita di fatto al diritto naturale. D'altra parte, l'invocazione del rigoroso metodo della tassatività per l'identificazione del numero chiuso dei diritti inviolabili non si attaglia a una Carta come quella repubblicana, che poggia su presupposti ideologici ben evidenti e il cui 'discorso' complessivo facilmente e doverosamente si presta a interpretazioni-decodificazioni di ordine sistematico. Si può pertanto ritenere conclusiva la bilanciata affermazione della Corte costituzionale per la quale «non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti» (sent. n. 98/1979).

Da questa definizione si può dunque evincere che il catalogo dei diritti fondamentali inviolabili risulta costituito da quelli, per così dire, immediati e da quelli mediati, cioè desunti dal complesso dei primi, in virtù di ragionamenti er-

meneutici improntati su criteri nel contempo logici, storici ed evidenti. Una tale operazione si affida innanzitutto al valore – in senso giuridico – di parole-concetti forti ricorrenti nel testo (e contesto) costituzionale. 'Forti' anche in quanto abbiano una portata (prescrittiva) universale, dimostrata dalla loro compresenza nelle dichiarazioni-convenzioni internazionali. Un solo esempio significativo può meglio chiarire quanto si va esponendo: il riferimento – di cui all'art. 36 – a «un'esigenza libera e dignitosa», che deve essere «assicurata» al lavoratore e alla sua famiglia, esprime una situazione minima di convivenza che va al di là sia del particolare contesto in cui il riferimento stesso è inserito sia dello stesso ristretto ambito (di sovranità) dell'ordinamento nazionale. In effetti, le dichiarazioni-convenzioni internazionali estendono con varie, ma insistenti formulazioni, tale situazione alla persona, *tout court*, in quanto 'soggetto del mondo'. E proprio la tutela della persona, dei suoi bisogni essenziali e vitali ('preliminari' sembrerebbe l'espressione più adeguata), trova un luogo di disciplina nel «diritto umanitario» (su cui cfr. Spatafora E., *Diritto umanitario*, voce dell'*Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, vol. XI, pp. 3 ss.) ormai maturo per uscire dalle angustie di settore specializzato (ed eccezionale) del diritto internazionale, per assumere invece la più congeniale (nell'attuale momento storico) dimensione di 'diritto internazionale generalmente riconosciuto'. Tale, pertanto, da porsi quale fonte non *extra*, ma 'ultrastatuale', le cui norme – ai sensi del comma I dell'art. 10 della Costituzione – siano recepite automaticamente dall'ordinamento italiano con il valore di norme costituzionali.

Siffatta impostazione consente di archiviare forse definitivamente la cultura e la tradizione del diritto naturale e l'irrisolto problema dei suoi rapporti (di supremazia) con il diritto positivo. Infatti, l'art. 2 della Costituzione, laddove si riconoscono i diritti inviolabili dell'uomo (in quanto, secondo il pensiero giusnaturalistico, preesistenti alla stessa formazione dello Stato e all'affermazione del suo diritto), può essere letto come disposizione di apertura e di rinvio ai precetti generalmente riconosciuti e 'codificati' nelle dichiarazioni-convenzioni internazionali cui si è fatto più volte cenno: a un diritto – come si è detto – 'ultrastatuale', ma certamente positivo. L'operazione di sistemazione logica di questi precetti – distribuiti (eppure non dispersi!) in molteplici atti internazionali – in modo da rendere sempre più evidente la loro attitudine obbligante, è compito (anche) della cultura e della coscienza giuridica. Del resto, la stessa Corte costituzionale in una sua importante pronuncia (sent. n. 48/1979) ha individuato esplicitamente anche nella «concorde dottrina internazionalistica» uno degli strumenti per l'accertamento delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (categoria che – nonostante il contrario avviso della Corte costituzionale: ad esempio nella sent. n. 323/1989 – non pare debba rimanere circoscritta alle sole norme consuetudinarie, per le ragioni che più avanti si diranno).

Da queste osservazioni metodologiche si può proseguire per tentare di rispondere al secondo interrogativo sopra prospettato sulla possibilità di pervenire ad una 'graduatoria' all'interno della categoria dei diritti inviolabili dell'uomo. Occorre innanzitutto non fraintendere il significato della parola 'graduatoria'. Essa non può infatti evocare una situazione di gerarchia tra gli stessi diritti inviolabili, che facilmente vanificherebbe il connotato della inviolabilità di alcuni di essi considerati come derivati o condizionati dal riconoscimento prioritario di altri.

La distinzione che è invece possibile e utile accogliere è tra diritti essenziali e diritti esistenziali (o relazionali) della persona.

I primi attengono appunto all'essenza (in primo luogo materiale: non disturbi la parola!) della persona, nel senso più semplice del termine: al fatto della sua presenza nella società (in qualsiasi tipo di società) come soggetto fisico, che pretende di mantenere o di acquisire la posizione di essere umano vivente, realizzata mediante la soddisfazione di bisogni imprescindibili. Non è necessario indugiare in una puntuale elencazione di siffatti bisogni, in quanto essi sono immediatamente percepiti dalla coscienza collettiva universale in un dato momento storico. La Corte costituzionale ha, ad esempio, facilmente dedotto dal catalogo dei diritti iscritti nella nostra Carta il «diritto alla vita» (sent. n. 54/1979), sintesi delle situazioni fondamentali che concretizzano la vita stessa.

Una caratteristica dei diritti 'essenziali' dovrebbe essere, per loro natura, quella di non essere frazionati in altre classificazioni giuridiche, pur consuete non solo in dottrina, ma nelle stesse sistemazioni costituzionali: diritti civili, diritti politici, diritti sociali. Tali classificazioni, in effetti, non sono meramente definitorie, ma assolvono anche alla funzione di graduare nell'ordinamento le posizioni e pretese degli individui, sulla base, soprattutto, del rapporto di cittadinanza. Sicché si conviene che le libertà civili (quando non siano funzionali all'esercizio di diritti politici) riguardano indiscriminatamente le persone situate nell'ambito della sovranità dello stato. Le libertà politiche sono strettamente collegate allo *status activae civitatis*. Dal canto loro, i diritti sociali (che, per lo più, si precisano nella pretesa di prestazioni concernenti determinati servizi – variamente definiti – da parte dei pubblici poteri o da questi imposti ad altri soggetti), da un punto di vista astratto sono suscettibili della massima estensione; ma l'ampiezza e la generalità effettive dei medesimi è demandata alla ragionevole discrezionalità del legislatore (con riferimento soprattutto alle risorse disponibili).

I diritti 'essenziali', in quanto riconosciuti a fondamento del connotato di umanità, esigono di essere contestualmente ricompresi nell'area di tutte le categorie sopraddette, giacché ne costituiscono comunque le basi.

I diritti 'esistenziali', pur inviolabili, si possono invece collocare in una prospettiva dinamica: attengono, infatti, allo sviluppo della persona-personalità umana, in dipendenza del grado di civiltà (sempre con riferimento alla concezione libe-

raldemocratica) delle singole società-stato. Per questo aspetto la protezione ad essi concretamente accordata si presenta come una 'variabile' che tollera giudizi – anche sotto il profilo etico – non assoluti (interni o esterni a ciascun ordinamento). In sostanza, si intende dire che la minore protezione di tali diritti, a differenza di quelli essenziali, può essere, in presenza di certe congiunture, giustificata.

4. L'universalità dei diritti umani 'essenziali' si caratterizza non solo per l'esigenza che essi siano riconosciuti ovunque e per chiunque, prescindendo da qualsiasi categorizzazione o contesto (di gruppo sociale); ma anche per il fatto che tali diritti si possono formare al di fuori dell'ambito di sovranità dello Stato. Nel senso che lo Stato è obbligato a rispondere a pretese che trovano la loro origine in obiettive situazioni contrarie alle condizioni di umanità, anche se lo Stato stesso non abbia dato in alcun modo causa all'insorgenza o al perdurare di tali situazioni.

Con queste osservazioni non si vuole impostare un discorso solo di prospettiva, rivolto al diritto dell'avvenire. Esse hanno significativo e obiettivo riscontro nella Costituzione: e qui ritorna l'apologo degli albanesi…

Il riferimento corre, di nuovo, al 3° comma dell'art. 10 che riconosce il «diritto d'asilo nel territorio della Repubblica» allo «straniero al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche». Un tale diritto, dunque, si perfeziona non necessariamente con la presenza dello straniero nel territorio italiano (per cui la pretesa vantata diventa, a questo punto, la protrazione del soggiorno nella Repubblica). Titolari del diritto nei confronti dello Stato sono anche coloro che si trovano nell'impossibilità concreta di lasciare il loro Paese proprio in ragione di quella obiettiva situazione evocata dall'enunciato costituzionale (l'impedimento dell'esercizio delle libertà democratiche). A tale diritto corrisponde un obbligo di intervento dello Stato, affinché il diritto stesso possa trovare concreta soddisfazione (anche se le forme di tale intervento non possono, evidentemente, essere predeterminate, giacché dipendono da circostanze soprattutto di ordine internazionale). Quel che, in ogni caso, importa rilevare è la sussistenza di un generale dovere di solidarietà che travalica l'ambito della sovranità dello Stato: un dovere che viene richiamato in altre norme fondamentali (laddove la Repubblica – all'art. 2 – «richiede» l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale; e laddove – all'art. 11 – risalta l'obiettivo della «giustizia tra le Nazioni», anch'esso fondamentale se per il suo perseguimento la stessa norma autorizza parziali cessioni di sovranità in favore di un ordinamento sovranazionale).

Il concetto di 'libertà democratiche' tradizionalmente è inteso in maniera alquanto restrittiva, valutandosi come determinanti specificamente (e esclusivamente) le situazioni immediatamente funzionali all'esercizio dei diritti di partecipazione politica. Ma siffatta interpretazione è certamente recessiva rispetto ai

valori dell'ideologia liberaldemocratica che considera la posizione della persona nella società in una dimensione complessiva: con riguardo appunto al rispetto delle condizioni essenziali di umanità, l'assenza delle quali non può in nessun modo essere colmata dalla forma (apparentemente ma non strutturalmente) democratica che un'organizzazione statuale possa assumere ed esibire nella comunità delle nazioni, per ricavarne legittimazione e, dunque, protezione.

I diritti 'essenziali', pertanto, alla luce del ragionamento che si va svolgendo, non possono essere ritenuti estranei alla categoria delle 'libertà democratiche', in quanto l'effettivo esercizio degli stessi è per queste elemento costitutivo.

Ecco allora che il diritto d'asilo non può essere disconosciuto a coloro che lo rivendicano semplicemente adducendo e dimostrando l'impossibilità di vita nel loro Paese. La posizione di tali persone per l'ordinamento italiano non diventa rilevante solo in quanto esse si attivino per reclamare lo *status* di rifugiati politici. È la situazione di invivibilità anche all'estero che impone allo Stato italiano un dovere di intervento.

Altri enunciati costituzionali rivisitati sistematicamente possono corroborare questo quadro di riferimento. Non si propone una loro lettura alternativa o evolutiva, per rifarsi a schemi ermeneutici creativi ormai superati; al contrario, si tratta di dare la massima espansione alla *ratio* di norme che, pur espressione dell'ideologia liberaldemocratica, hanno fin dalla loro origine sofferto dal suo porsi come concezione 'antagonista' nella definizione dei rapporti tra persona e stato. La fine storica – già rilevata – della funzione dello stato liberale come modello alternativo rispetto ad esperienze ora esaurite permette di liberare tutta la potenzialità di tali norme.

È il caso del 2° comma dell'art. 10 nella parte in cui dichiara che «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali». Fino ad oggi è naturalmente prevalsa un'interpretazione (ed attuazione) limitata di tale disposto, in relazione ad una situazione data (e ritenuta immodificabile) dei rapporti internazionali tra ordinamenti sovrani (in quanto esclusivi). Così non può sussistere alcun dubbio che lo 'straniero' contemplato dalla proposizione menzionata sia un individuo situato o situando al di fuori del suo Paese e presente sul territorio di altro Stato (nella fattispecie italiano); ed è proprio questa presenza che costituisce il presupposto ('condizione') di considerazione e, dunque, di disciplina giuridica, da parte del legislatore su cui grava l'obbligo di conformarsi ai trattati internazionali (l'istituto è quello della riserva rinforzata di legge). E, in effetti, i trattati internazionali (bilaterali o multilaterali) stabiliscono tra gli stati reciproci impegni solitamente al fine di precostituire situazioni (di vantaggio) per i rispettivi cittadini all'estero.

A ben vedere, però, il rinvio dell'enunciato sopraddetto al diritto internazionale non è univoco: non corre soltanto al diritto pattizio 'particolare' (o speciale),

ma anche ad altra più generale fonte: le norme del diritto internazionale. Le quali non possono che essere quelle già richiamate nel 1° comma dell'art. 10; appunto «le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» su cui ci si è già, pur rapidamente, soffermati. Una tale coincidenza non può rimanere senza significato e senza conseguenze. Se si aderisce a una concezione più piena (sostanzialistica e dinamica) del diritto internazionale generale, comprensivo (anche) dei principi e dei precetti fondamentali sulla posizione della persona nella comunità mondiale (e cioè del diritto umanitario 'rivalutato'), ecco che per l'ordinamento italiano la «condizione giuridica dello straniero» – di cui al 2° comma dell'art. 10 – deve richiedere una positiva attenzione non (più) soltanto in funzione di rapporti immediati con lo Stato italiano, ma deve rilevare in sé, quando tale condizione sia antigiuridica, in quanto non compatibile con i diritti 'essenziali' (inviolabili dell'uomo), come sopra definiti.

5. L'impostazione qui disegnata, seppure con contorni ancora incerti e meritevoli di ulteriori approfondimenti, potrebbe lasciar supporre la 'denuncia' di un principio-caposaldo della coesistenza tra stati sovrani: il divieto di ingerenza nei loro affari interni, ribadito anche nella Carta delle Nazioni Unite, a garanzia di una situazione di pace.

La stessa Carta, peraltro, richiama con grandissima forza i diritti universali degli uomini e dei popoli e la necessità di una loro protezione internazionale (attraverso gli strumenti dell'Organizzazione).

Nella prassi (in presenza di un certo, ormai modificato, contesto internazionale) queste due affermazioni hanno mantenuto, come è noto, un difficile e assai precario equilibrio, fino a 'sacrificare' (o comprimere) la seconda, anche nella prospettiva realistica di non peggiorare le condizioni di vita di uomini e popoli attraverso azioni che avrebbero potuto dare luogo a situazioni di guerra, respinte categoricamente dalla stessa Carta. (La rottura di un tale equilibrio si è verificata nel 1991 con la guerra dell'Iraq, sulla legittimità della quale – sotto il profilo interno e internazionale – il dibattito è stato intenso e lacerante. Chi scrive ha espresso la propria opinione critica sulla vicenda in *Guerre e operazioni di polizia internazionale*, in «Il Foro italiano», 1991, pp. 376 ss. Anche in quel contributo si è cercato di dimostrare la necessità e possibilità di un raccordo tra le norme sui rapporti internazionali dell'ordinamento costituzionale e i principi inviolabili dell'ordinamento internazionale).

In verità, occorre non tanto scardinare la teoria (e la prassi) della non ingerenza, ma piuttosto riconoscere e ricostruire il principio (e metodo) dell''interferenza', ai fini dell'affermazione ovunque e comunque dei diritti 'essenziali' degli uomini. La negazione di siffatti diritti fa insorgere un obbligo di fare (che si può esprimere anche come 'divieto di inerzia') nello Stato italiano. Il conte-

nuto di tale obbligo si rileva nell'art. 11 della Costituzione: disposizione, anche questa, che nella sua integrità merita una lettura meno passiva (riservata a quegli enunciati – svalutati come 'proposizioni manifesto' – che fino ad oggi la cultura giuridica ha quasi considerato come norme impossibili). L'art. 11, in coerenza sistematica con l'art. 2, individua – come si è già accennato – la «giustizia tra le Nazioni» come supremo fine universale (in quanto si realizza oltre l'ambito nazionale). Tale concetto, per avere un significato compiuto, non può riferirsi semplicemente ed esclusivamente al dover essere – secondo tradizione – dei rapporti tra le entità statali quali soggetti tendenzialmente esclusivi del diritto internazionale. (La Corte costituzionale – nella sent. n. 153/1987 – richiama l'esigenza di «buoni rapporti internazionali», considerati addirittura come un limite all'espansione di libertà, pur fondamentali, come quella di manifestazione del pensiero, il cui incontrollato esercizio – attraverso la diffusione di trasmissioni televisive oltre frontiera – potrebbe però 'turbare' le relazioni con altri stati. Più in generale i rapporti 'secondo giustizia' sottendono il reciproco riconoscimento di confini giusti; relazioni economiche corrette; collaborazione di fronte a emergenze di vario ordine ecc.). Il concetto deve ricomprendere, in primo luogo, un 'giudizio' sulla giustizia nelle Nazioni, con preciso riguardo all'attuazione e al rispetto dei diritti 'essenziali' (inviolabili dell'uomo). Compito questo che grava sul concerto degli stati e non soltanto su quelli, entro i cui confini esistono condizioni di invivibilità.

La Costituzione italiana considera un tale compito talmente fondamentale che per il suo perseguimento autorizza la massima diminuzione immaginabile per uno stato: la cessione di quote della propria sovranità ad un ordinamento (sovranazionale) che 'assicuri', appunto, la realizzazione delle condizioni di pace e giustizia. Ma la Costituzione non si limita ad evocare (utopisticamente) una prospettiva, in attesa di eventi imprevisti: impone alla Repubblica un ruolo attivo che concretamente si manifesta proprio attraverso quell'attitudine all''interferenza' innanzi delineata. Attitudine che certamente richiede l'adeguamento delle categorie che presiedono alla produzione e interpretazione del proprio diritto interno.

Peraltro la 'cultura' (o, più prudentemente, la consapevolezza) dell'interferenza, quanto meno a livello di premesse, non è del tutto assente dai templi entro cui si forma la coscienza giuridica nazionale.

Basti ricordare alcuni passaggi argomentativi contenuti in importanti pronunce della Corte costituzionale degli ultimi anni.

Chiamata a giudicare sulla legittimità dei poteri attribuiti al Ministro per l'Ambiente dalla relativa legge istitutiva, in rapporto alle competenze spettanti alle province autonome di Trento e Bolzano, la Corte ha innanzitutto plaudito allo «sforzo in atto» di dare riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'am-

biente come «diritto fondamentale della persona» (oltre che come «interesse fondamentale della collettività»). Inoltre, ha rimarcato la tendenza a pervenire a una «concezione unitaria del bene ambientale, comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali»:

> esso comprende la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti), la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni.

Per la tutela di questi «valori» le norme costituzionali (artt. 9 e 32) che li prevedono e garantiscono «abbisognano di una sempre più moderna interpretazione» (nella fattispecie in collegamento con una specifica direttiva comunitaria, in tema di valutazione di impatto ambientale – n. 85/337 del 27 giugno 1985 –, che impone una puntuale responsabilità allo Stato italiano).

Di questa sentenza si segnala appunto la consapevolezza dell'esistenza di diritti fondamentali (essenziali) della persona (prima ancora che del cittadino), che devono essere considerati al di là della angusta e tradizionale logica territoriale e la consapevolezza che il loro concreto riconoscimento richiede (anche) il ricorso a metodi ermeneutici aperti a principi e prescrizioni dettati da fonti extrastatuali.

Nella sent. n. 536/1989 la Corte affronta la questione della legittimità-congruità delle norme in materia di adozione internazionale (contenute nella legge n. 184/1983), in relazione al rischio che esse in qualche misura favoriscano «quel mercato dei minori che dà luogo ad una gravissima violazione dei diritti umani di costoro». I giudici costituzionali prendono posizione contro tale fenomeno «illecito e immorale»; ma al tempo stesso non rinunciano a denunciarne le cause più profonde:

> Se di moralità – sia pure impropriamente – si può parlare, non è certo qualificabile come tale il gesto lacerante dei genitori in grave stato di indigenza che – al di fuori di ogni patteggiamento e in mancanza di qualsiasi altra alternativa o di pubblico sostegno – vogliono salvaguardare le prospettive di educazione, la salute e talora la stessa possibilità di sopravvivenza del proprio bambino. È immorale piuttosto che enormi squilibri e disuguaglianze nello sviluppo dei popoli e diffuse indifferenze li conducano a scelte così dolorose.

La Corte, pur in un documento giuridico, sembra consegnare nulla più che un giudizio 'etico' su situazioni di palese violazione dei diritti umani 'essenziali' al di fuori dell'ambito della sovranità italiana. Eppure nelle parole della Corte non si può non avvertire l'invito a un impegno diretto dello Stato affinché operi (e co-

operi) per la rimozione in luoghi magari lontani di tali condizioni di disumanità, le quali, alla fine, interferiscono con situazioni giuridiche interne.

La responsabilità di tale impegno non può, però, rimanere confinata nelle categorie del 'politico', della assoluta discrezionalità del provvedere. Deve essere inquadrata anche nelle categorie del 'giuridico', degli obblighi indefettibili di solidarietà umana su cui si fonda esplicitamente e senza riserve l''ideologia' costituzionale.

La cultura (si insiste: 'giuridica') dell''interferenza internazionale' non significa accedere a un impossibile massimalismo, per cui la Repubblica dovrebbe assumersi la missione storica di risolvere unilateralmente tutti i problemi epocali del mondo. Né si riduce a una questione di un più ampio e razionale impiego di risorse da destinare ai 'paesi in via di sviluppo' (per usare un eufemismo sempre in auge, ma ormai logoro).

Come si è cercato di suggerire con queste prime (e ancora insufficienti) riflessioni, il maggior sforzo dovrebbe essere innanzitutto rivolto a una ristrutturazione dell'ordinamento giuridico in funzione della persona, non come idea, ma quale soggetto fisico comunque rilevante e ovunque situato, quando rivendichi, magari solo esibendo la propria insopportabile condizione di vita, i propri diritti 'essenziali' (inviolabili dell'uomo). La loro realizzazione, quale presupposto e programma della forma di stato liberaldemocratica, esige, in particolare, una permanente disponibilità alla revisione degli stessi assetti costituzionali nella prospettiva dell'integrazione internazionale. Come indica la Costituzione, la «giustizia tra le nazioni» si può e si deve perseguire cedendo progressivamente quote della propria sovranità a un ordinamento sovranazionale dotato di effettive capacità di decisione e di intervento: il solo che può inverare i valori liberaldemocratici, ideologicamente non più antagonisti.

# Pena di morte, stato di principi, stato di valori*

Le reiterate, clamorose ed 'esemplari' esecuzioni in alcuni stati USA ripropongono il dibattito sulla pena di morte. Si confrontano le opinioni di sempre. Da una parte, gli assertori della sua opportunità-utilità approfittano delle emozioni popolari diffuse, che i *mass media* contribuiscono ad esasperare, per rilanciare le solite, antiche argomentazioni: la pena capitale è l'unico mezzo per 'ripagare' la società dell'insostenibile violenza subita da chi, violando il patto di convivenza, compie trasgressioni irrimediabili e incommensurabili (reati particolarmente efferati, quali: omicidio premeditato, stupro contro minori). Si tratta – affermano costoro – di un'evidente questione di giustizia: è 'giusto' che quanti non tengono in nessun conto la vita altrui siano eliminati. Altrimenti risulterebbe menomata la stessa forza-supremazia dello Stato, titolare esclusivo del potere di rispondere alle domande di giustizia; né si potrebbero placare le tentazioni di vendetta privata che, in una spirale incontrollabile, verrebbero a turbare la tranquillità sociale con ulteriore grave delegittimazione dell'effettiva autorità dello stato.

Si è richiamata per prima questa concezione essenzialmente 'retributiva', perché è quella che riesce più facilmente a far presa sui sentimenti della cosiddetta 'gente comune', quella delle interviste-flash televisive o giornalistiche, quella che prevale nei sondaggi d'opinione. Non è, in effetti, troppo difficile provocare reazioni diffuse favorevoli alla pena di morte ponendo, ad esempio, in alternativa i 'diritti' (aspettative) delle vittime con le 'pretese' ad una pur parziale indulgenza (nel senso della comminazione di una pena 'non' capitale) nei confronti del reo.

Il successo della dottrina retributiva è anche assecondato da fattori ambientali e istituzionali: negli stati dove vigono forme di governo ad investitura diretta da parte del corpo elettorale la ricerca del relativo consenso (non di rado 'a tutti i costi') induce i candidati a piegarsi agli umori di massa. Proprio le vicende americane di questi tempi sembrano confermare una tale impressione: il Governatore dell'Arkansas Clinton, aspirante candidato democratico all'elezione presidenziale, ha rifiutato di sospendere alcune esecuzioni capitali nel suo Stato, probabilmente per una valutazione non di mera giustizia, ma considerando (anche) i possibili svantaggi – in termini, appunto, di 'gradimento popolare' – che una diversa decisione avrebbe potuto recare alla sua difficile campagna per la *nomination*.

---

* In «Il Corriere giuridico», n. 9, 1992, pp. 833-834 [editoriale di apertura].

Nello schieramento dei sostenitori della pena di morte non mancano, ovviamente, gli assertori delle tesi variamente definite: 'opportunistiche', 'realistiche', 'preventive'. Esse si fondano sostanzialmente su un argomento presunto 'empirico': la pena capitale costituirebbe un insostituibile strumento di 'difesa sociale', quale deterrente contro la commissione dei delitti più intollerabili. È frequente che a supporto di questa convinzione si esibiscano testimonianze 'inconfutabili', indagini, statistiche comparate e via dicendo. Lo scopo di questa impostazione è costringere a ragionare su un dilemma che, semplificando, si può così formulare: è preferibile un sistema penale efficiente, in grado di prevenire o, quantomeno, limitare le più gravi propensioni a delinquere o un sistema penale meno efficiente, in quanto 'controllato', cioè condizionato da opzioni esterne (ideologiche) rispetto alle esigenze, magari congiunturali, di politica criminale?

Un simile approccio è indubbiamente insidioso, anche perché, non di rado, induce quanti sono contrari alla pena di morte ad accettare come terreno di confronto il metodo 'utilitaristico'. E, in effetti, vi è chi si cimenta a dimostrare la superiore razionalità di un sistema che si affida a pene alternative; giacché – si motiva – non è tanto la durezza della pena che può trattenere dall'atto delittuoso, quanto la sua certezza e immediatezza. Anche questo assunto viene frequentemente corroborato da dati empirici, altrettanto opinabili.

In verità, come ha autorevolmente avvertito Bobbio (in due fondamentali saggi sulla e contro la pena di morte, ora inseriti a cura dell'Autore nella raccolta *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990), la posizione abolizionista è tendenzialmente irriducibile, in quanto si fonda sull'imperativo etico 'non uccidere'. Il quale, se può non valere in modo assoluto per gli individui (si pensi alle ipotesi discriminanti classiche della legittima difesa o della forza maggiore), diviene viceversa 'categorico' per lo Stato, ove evidentemente si aderisca a una precisa concezione del ruolo dello Stato quale forma più elevata di integrazione sociale.

Ecco allora che in questa dimensione – l'unica possibile per chi rifiuti l'ipotesi della pena di morte – il discorso non può essere ancorato al tema pur imprescindibile della 'funzione della pena'; ma deve procedere oltre: deve affrontare alla radice la questione della funzione-giustificazione dello stato. E proprio la presenza nell'ordinamento della pena capitale assume un significato connotativo, nel senso che è un elemento essenziale per la (ri)qualificazione 'positiva' delle forme di stato, soprattutto in un momento storico in cui le vecchie categorie (gli stati di democrazia classica contrapposti agli stati socialisti e/o autoritari) meritano di essere aggiornate (o, forse, più opportunamente archiviate).

Le funzioni – e conseguentemente l'organizzazione – che uno Stato può autoassegnarsi sono, in effetti, di vario livello e ambizione.

In una prospettiva 'minimale' – che oggi pare avere un *revival* storico – le funzioni dello stato possono limitarsi al perseguimento di obiettivi di sicurezza

e giustizia per i propri cittadini. Con il termine 'sicurezza' si può fare riferimento semplicemente a una situazione 'efficiente' di ordine pubblico o di pace sociale o, più latamente, a condizioni di sufficiente benessere per la maggior parte della comunità. Analogamente la parola 'giustizia' può avere un contenuto concettuale più o meno pieno: può individuare l'attitudine e la capacità dello Stato a garantire l'eguale rispetto delle proprie regole (aspetto formale); può segnalare anche la volontà di perseguire risultati di eguaglianza sostanziale, tali da evitare fratture sociali troppo profonde. L'organizzazione dello Stato – nel mondo cosiddetto 'occidentale' – si informa anche ad alcuni 'principi' (procedurali) irrinunciabili. Il più importante è certamente quello del 'consenso', in virtù del quale le decisioni politiche-normative sono assunte da soggetti istituzionali comunque legittimati democraticamente (in via diretta o indiretta, a seconda delle forme di governo prescelte). A corollario e temperamento di questo principio ve ne possono essere altri, indirizzati soprattutto a circoscrivere o controbilanciare il potere delle diverse autorità/apparati o a salvaguardare ben determinate posizioni individuali e/o sociali (principio della separazione dei poteri, principio autonomistico ecc.).

È, questa, la forma di stato comunemente definita 'liberale': uno stato di principi che, peraltro, rivela, a seconda delle congiunture storiche, identità e realtà variegate in rapporto alla cultura che le sottostanti società riescono ad esprimere. Si intende dire, in particolare, che una simile forma di stato si preoccupa soprattutto dell'efficienza della 'convivenza attuale' e assai poco di preservare anche per le future generazioni l'indicazione di alcune mete e/o limiti che si possono tranquillamente riconoscere come 'trascendenti', in quanto sono il presupposto della condizione elementare di umanità.

Si tratta appunto dei 'valori', che molto spesso vengono confusi con i 'principi'; ma che, in verità, si distinguono da questi per la loro forza superiore, giacché stabiliscono il contesto in cui i medesimi possono operare. I valori sono sottratti a prove empiriche, non possono essere (ri)verificati attraverso procedure consensuali/maggioritarie. L'adesione ad essi avviene *una tantum*, nel momento magico e irrepetibile (lo 'stato nascente') della fondazione di una forma di stato che, rispetto al mero, asettico, 'stato liberale di principi', è più evoluta, in quanto scommette su livelli di integrazione sociale più profondi. Essi si piegano, infatti, davanti al riconoscimento 'permanente' delle indefettibili condizioni di umanità.

In quest'ottica si può dunque parlare di 'stato di valori'. È certamente uno stato fragile, perché la sua durata e le sue prospettive di successo sono affidate quasi unicamente all''autoevidenza' delle 'verità' inserite nei cataloghi costituzionali e alla 'forza' riservata nell'organizzazione costituzionale a quelle istituzioni di garanzia e saggezza (prive di immediata legittimazione consensuale) cui è assegnato il compito di perpetuare le verità medesime.

Tra queste rileva ai fini di questo scritto il 'valore personalistico', che si esprime normativamente in una duplice direzione: è un punto di riferimento costante per l'azione e la 'libera' attività di tutti i soggetti, pubblici e privati, cui si rivolge la Costituzione; ed è un limite assoluto e definitivo alla potenziale, indiscriminata espansione degli stessi principi che pur presiedono all'assolvimento delle funzioni fondamentali di assicurare a tutti giustizia e sicurezza. Ma non 'comunque'.

Lo Stato italiano non dà morte neppure ai più efferati criminali in quanto essi permangono 'persone', della cui indefettibile condizione umana dichiara di non poter disporre. E, in coerenza con questa premessa, la Costituzione esclude che chicchessia possa essere condannato alla privazione della capacità giuridica, della cittadinanza e del nome (art. 22).

Il riferimento al «senso di umanità» (cui è subordinato ogni trattamento penitenziario rivolto, proprio per questo, alla «rieducazione del condannato») acquista allora – nel contesto della disposizione costituzionale (art. 27) che non ammette la pena di morte – un significato per nulla retorico o pleonastico. È il richiamo al valore 'assoluto'.

Contro questa interpretazione si fa valere la deroga – contenuta nello stesso enunciato – che 'salva' la pena di morte «nei casi previsti dalle leggi militari di guerra» (e dunque in tempo di guerra). Ciò starebbe a dimostrare che almeno in alcune situazioni pur eccezionali la pena capitale è valutata come 'utilizzabile' e 'utile'; sì che il valore personalistico cederebbe dinanzi ad altri 'valori' superiori (ad esempio: la fedeltà e la disciplina dei militari a difesa della Patria).

Questa obiezione si supera leggendo la Costituzione storicamente e sistematicamente. La verità è che uno stato di valori non resiste all'ipotesi di guerra, anche quando essa viene, per così dire, formalmente costituzionalizzata, come si riscontra nella Carta italiana, che recepisce, non a caso, anche il 'valore' pacifista. La guerra (anche quella subita) comporta inevitabilmente una 'rottura' costituzionale, giacché è una manifestazione di palese negazione della condizioni di umanità. Pertanto si ha una sostanziale sostituzione di ordinamenti, sia pure attraverso procedure ('principi') disciplinate dalla Costituzione.

La verità 'autoevidente' dell'inammissibilità della pena di morte in uno Stato di valori, che, in quanto tale, assume la sua diversità (e superiorità) rispetto agli individui, comunità e generazioni che si propone di integrare, fu approvata in Assemblea costituente senza necessità di alcuna discussione: 'istintivamente' si potrebbe dire.

Certamente oggi quella 'verità' anche in Italia è insidiata, messa in discussione da pessimi maestri. Il rischio di una rottura dello 'stato dei valori' può essere accentuato dall'eventuale successo di talune proposte di riforma costituzionale indirizzate all'instaurazione di una democrazia pseudoplebiscitaria, nella quale gli appelli al popolo, al senso comune della 'gente' potrebbero dare spazio alle fa-

cili emozioni e rappresentazioni popolari. L'esperienza americana di questi tempi è in proposito assai preoccupante.

Non rimane che confidare sulle istituzioni della saggezza che, fino ad oggi, hanno ben assolto il compito della perpetuazione dei valori. L'allusione corre alla Corte costituzionale che – come è noto – ha fornito un'interpretazione *magis ut valeat* del divieto costituzionale di pena di morte, quando ha ritenuto illegittime le ipotesi di concessione dell'estradizione per i reati puniti effettivamente con la pena di morte negli stati richiedenti (sent. n. 54 del 1979).

# Immigrati: attuare il diritto di voto senza modifiche alla Carta fondamentale*

Se la questione del voto amministrativo agli 'immigrati' o agli 'stranieri extracomunitari' venisse riformulata in termini giuridici più puntuali come attribuzione dei diritti elettorali per la formazione degli organi di rappresentanza e di governo locale alle 'persone' di cittadinanza non europea, stabilmente residenti in un comune italiano, probabilmente il dibattito in corso perderebbe gran parte della sua ingiustificata emotività.

E si potrebbe constatare che il 'principio' di una 'piena' integrazione politica nelle comunità locali di tutti i residenti è già recepito nella vigente legislazione che disciplina la condizione degli stranieri nel nostro Paese. L'art. 9, comma 4, del D.Lgs. n. 286 del 1998, ampiamente modificato nel 2002 (con L. 30 luglio 2002, n. 189: c.d. legge 'Bossi-Fini'), dispone, infatti, che la persona non cittadino europeo, titolare della Carta di soggiorno? può «partecipare alla vita pubblica locale, 'esercitando anche l'elettorato' quando previsto dall'ordinamento e in armonia con le previsioni del capitolo *C* della Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, fatta a Strasburgo il 5 febbraio 1992».

La norma presenta certamente qualche problema di interpretazione, con riguardo soprattutto alla sua attuale efficacia. In ogni caso il giurista, facendo ricorso alle risorse di cui dispone per una 'buona' esegesi: logica, storica e sistematica, come esorta l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al Codice civile, può ridurre le ambiguità e pervenire a qualche conclusione certa e, forse, utile.

Innanzitutto, la disposizione in esame significa adesione alla Convenzione di Strasburgo del 1992, ratificata parzialmente dall'Italia con la legge 8 marzo 1994, n. 203, che espressamente rifiutava di recepire proprio il capitolo *C* (art. 1), recuperato poi nei suoi contenuti dal più recente legislatore che lo adotta come 'parametro' ineludibile ('armonia' è locuzione impegnativa…) per la disciplina dei diritti elettorali agli stranieri residenti, ma non cittadini.

L'atto richiamato è assai preciso e prevede l'impegno per gli stati contraenti di concedere – in parità di condizioni con i cittadini – il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni locali ad ogni straniero «residente» legalmente ed abitualmente

---

* In «Guida al Diritto-Il Sole 24 Ore», n. 42, 2003, pp. 106-109.

nello Stato nei cinque anni precedenti le elezioni (art. 6). Tale periodo può comunque essere 'abbreviato' da ciascuno Stato contraente (art. 7).

Si è verificata, dunque, dal 1994 ad oggi una notevole evoluzione di sensibilità e di prospettiva che trova diffusa conferma in variegate fonti dell'ordinamento e in rilevanti atti politici ad esso immediatamente collegati. Basti solo segnalare la forte accentuazione dei compiti di integrazione sociale affidati (soprattutto) ai comuni dal rinnovato ordinamento degli enti locali (D.Lgs. n. 267/200) laddove si rimarca il loro ruolo di rappresentanza delle rispettive «comunità» per curarne gli interessi e promuoverne lo sviluppo (art. 3, comma 2). E molto spesso l'insieme dei membri delle comunità viene definito come «popolazione», comprensiva sia degli abitanti cittadini, sia di quelli non cittadini. Costoro rientrano anche nella categoria delle 'minoranze' (senza aggettivazioni) alle quali l'art. 6, comma 2, dello stesso Testo Unico promette «forme di garanzia» e di «partecipazione», riservate all'autonomia statutaria dell'ente. Ancora più puntualmente, all'art. 8, comma 5, si impone agli statuti di promuovere «forme di partecipazione alla vita politica locale dei cittadini dell'Unione Europea e degli stranieri regolarmente soggiornanti». Come è noto, i primi (grazie alla direttiva dell'Unione Europea 94/80/CE – recepita dal D.Lgs. 1996 n. 197 – e ora inserita nell'art. 40 della *Carta dei Diritti*), purché stabilmente residenti, sono stati ammessi all'esercizio di tutti i diritti elettorali in sede locale con piena equiparazione agli italiani residenti. Equiparazione che fino ad ora non è stata concessa agli 'stranieri'. Per costoro la gran parte degli statuti ha previsto forme, per così dire, sostitutive di intervento meramente 'consultivo' nella vita pubblica comunale: oltre all'ammissione dei residenti extracomunitari ai *referendum* (in quanto formalmente non deliberativi) sono state escogitate sedi di rappresentanza particolare, *a latere* dei consigli comunali, come le 'consulte' o i consiglieri comunali 'aggiunti' con voto consultivo (è il caso di Roma).

Da molte parti si ritiene che queste forme sostitutive siano ormai insufficienti o che addirittura rimarchino differenze sociali ed etniche che è opportuno rimuovere per perseguire l'obiettivo fondamentale, proprio dei comuni, di una piena integrazione (nei diritti e nei doveri) tra tutte le persone stabilmente residenti, senza irragionevoli discriminazioni che, tra l'altro, renderebbero più difficili e meno legittimate le politiche comunali.

A sostegno ed ulteriore sviluppo di questo indirizzo il Parlamento Europeo in un recente documento (*Relazione sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2002*: doc. A5-0281/2003, 21 agosto 2003)

> Ritiene […] necessario estendere il concetto di cittadinanza europea al di là del mero riferimento alla nazionalità degli Stati membri e consentire 'ai residenti legali di lunga durata (tre anni) provenienti da paesi terzi' di partecipare alle elezioni locali, nonché alle elezioni per il Parlamento europeo.

Tale perentoria affermazione, ancorché di natura non normativa, è assai importante sia per l'istituzione che l'ha prodotta (rappresentativa dei popoli dell'Unione); sia perché annovera l'attribuzione del diritto di voto amministrativo ai cittadini extra-europei, residenti stabili in un comune dell'Europa tra i 'diritti fondamentali'; sia perché associa il diritto di voto locale a quello per il Parlamento europeo; sia, infine, perché individua in tre anni il tempo per definire la stabilità residenziale di lunga (cioè sufficiente) durata ai fini dell'integrazione politica degli immigrati extracomunitari nell'Unione Europea.

In questo contesto di riconoscimento di comuni e fondamentali valori della cultura giuridica ed istituzionale europea è maturata l'iniziativa 'autonoma' di alcuni consigli comunali rivolta a prevedere direttamente nei propri statuti comunali, senza l'attesa di ulteriori mediazioni o autorizzazioni legislative, il diritto delle persone stabilmente residenti ad esercitare i diritti elettorali in ambito locale. In tal senso il Consiglio comunale di Genova ha approvato a maggioranza (il 16 settembre 2003) una risoluzione con la quale impegna il Sindaco e i competenti organi consiliari ad «elaborare una proposta di modifica di Statuto del Comune di Genova che preveda il diritto di voto e di elettorato passivo alle elezioni amministrative per i cittadini stranieri di provenienza extra UE o apolidi residenti nel territorio comunale», uniformandosi alla *Carta europea dei diritti dell'uomo nella città* (sottoscritta a Saint Denis, il 18 maggio 2000, da 130 città europee). Questo documento, in particolare, considera sufficienti due anni di residenza nel comune per l'attribuzione del diritto di voto amministrativo alle persone maggiorenni di nazionalità straniera (art. 8, comma 2).

La volontà di molti Comuni di regolamentare unilateralmente, per via statutaria, tale diritto è stata ribadita e preannunciata, tra gli altri, dal Sindaco di Venezia, Paolo Costa (*La Repubblica*, 10 ottobre 2003), il quale fonda la legittimità di una simile iniziativa sull'accresciuta autonomia del comune nel nuovo Titolo V della Costituzione e sull'espresso riconoscimento della fonte-statuto (art. 114).

Con ciò si ripropone il problema di comprendere il significato del comma 4 dell'art. 9 del D.Lgs. n. 286 del 1998, laddove afferma che la persona di nazionalità non comunitaria «può esercitare l'elettorato 'quando' previsto dall''ordinamento'…». Sono proprio le due parole messe in evidenza a suscitare qualche incertezza. 'Quando' (che, in ogni caso, non può essere inteso come un 'se' o 'a condizione che': altrimenti si priverebbe il testo di qualsiasi valore innovativo…) può ragionevolmente riferirsi a un processo in corso, ma non ancora compiuto, di produzione di normative volte a dare attuazione effettiva a un principio che – come si è già visto – la disposizione stessa ha già accolto in termini generali, ma non generici (richiamando il contenuto del capitolo *C* della Convenzione di Strasburgo).

'Ordinamento' potrebbe equivalere a 'legge generale' (dello Stato) oppure fare riferimento alle diverse fonti in cui si articola l'ordinamento della Repubblica, in rapporto alla loro specifica competenza: tra esse certamente devono essere inclusi gli statuti di comuni e province. L'integrazione sociale e politica di 'tutte' le persone ivi residenti, per assicurare loro la migliore convivenza e un dignitoso sviluppo umano, rientra certamente negli interessi istituzionali primari e, dunque, nella sfera di competenza degli enti succitati. Per questo aspetto la rivendicazione dei comuni di procedere alla diretta attuazione nei propri ambiti territoriali del 'principio-obiettivo' già accolto dal legislatore statale non appare affatto irragionevole.

Anche le regioni vantano interessi e (almeno parziale) competenza. La Giunta regionale dell'Emilia-Romagna, ad esempio, ha presentato recentemente (deliberazione n. 447/2003, con il parere favorevole della 'Conferenza Regioni-Autonomie Locali') al proprio Consiglio una proposta di legge avente per oggetto «Norme per l'integrazione sociale dei cittadini stranieri immigrati». Tra gli scopi figura quello di «promuovere la partecipazione dei cittadini stranieri immigrati alla vita pubblica locale nell'ambito delle istituzioni locali del proprio territorio» (art. 1, comma 4, lett. *m*); e, a tal fine, tra le varie forme considerate, emerge «l'estensione del diritto di voto degli immigrati […] ove consentito» (art. 8, comma 1).

La prudenza di quest'ultimo inciso in un testo che pure, a fondamento della legittimità e doverosità degli interventi previsti in favore della più ampia integrazione degli immigrati 'stabili e regolari', richiama in premessa le fonti (non solo) legislative nazionali, internazionali ed europee sopra segnalate, rivela comunque che la questione della necessità di una disciplina statale ulteriore rispetto al principio accolto nel D.Lgs. n. 246 non è affatto risolta.

In proposito possono valere alcune considerazioni di ordine formale e sostanziale. Il 'nuovo' art. 117, comma 2, della Costituzione afferma la legislazione esclusiva dello Stato in materia di «condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea» (lett. *a*) e di «immigrazione» (lett. *b*). In questo secondo caso alla legge statale è affidato il compito di disciplinare «forme di coordinamento tra Stato e Regioni» (art. 118, comma 3). È difficilmente controvertibile che l'attribuzione dei diritti elettorali, anche se solo in ambito locale, faccia parte dello *status* di tale categoria di persone e rientri pertanto nella sfera di competenza del legislatore statale anche per gli aspetti modali dell'esercizio del voto.

In effetti, una regolamentazione diffusa (o dispersa) e, per di più, eventuale di un diritto di convivenza, da tutti qualificato come 'fondamentale', ad opera di normatori locali mancherebbe assai probabilmente della necessaria uniformità, imposta dall'art. 3 della Costituzione. Si pensi solo alla disciplina del requisito della 'stabilità e durata' della residenza che potrebbe sensibilmente variare da comune e

comune, in assenza di un indirizzo univoco anche nelle fonti internazionali sopra ricordate. Insomma, potrebbe sortirne una inammissibile disparità di situazioni e di trattamento che, tra l'altro, avrebbe ripercussioni non positive proprio sull'esigenza di integrazione sociale di tutti i membri delle comunità locali. Oltre a ciò, spetterebbe sempre (e solo) al legislatore statale provvedere alle necessarie integrazioni del Testo Unico (D.P.R. n. 223 del 1967) sulla «disciplina dell'elettorato attivo e per la tenuta e la revisione delle liste elettorali», come è avvenuto con l'istituzione di liste elettorali aggiunte per i cittadini degli stati membri dell'Unione Europea che richiedono di partecipare alle elezioni per il rinnovo degli organi rappresentativi e di governo comunali (art. 1 del D.Lgs. n. 196 del 1997).

Lo stesso legislatore statale è comunque tenuto al rispetto della propria coerenza: sarebbe difficilmente sostenibile sotto il profilo della ragionevolezza una disciplina regressiva rispetto ai contenuti del Capitolo *C* della Convenzione di Strasburgo del 1992 (ai quali rinvia il D.Lgs. n. 286 del 1998). Ad esempio: aumentando la soglia massima dei cinque anni di residenza nello stato di accoglienza ivi contemplata per l'acquisizione del voto amministrativo; oppure escludendo il diritto all'eleggibilità… Come si è visto, anche altre iniziative maturate in questi ultimi tempi negli spazi della cultura giuridica ed istituzionale dell'Unione Europea sono manifestamente orientate a facilitare e a non ritardare oltre misura una completa integrazione civica e politica a livello locale dei cittadini non comunitari, immigrati stabilizzati.

Non parrebbe invece indispensabile (e neppure opportuno) il ricorso alla legge costituzionale per rendere effettivo un principio già introdotto nell'ordinamento dal legislatore ordinario.

Eppure, la gran parte dei progetti di legge depositati o preannunciati nella legislatura in corso sono di tale tipo, come le proposte di legge costituzionale: Turco e altri (Camera, doc. n. 1464), Soda (Camera, doc. n. 1616), Pisapia e altri (Camera, doc. n. 2374), Bulgarelli e altri (Camera, doc. n. 2540), Diliberto (Camera, doc. n. 4327), Guerzoni (Senato, doc. n. 243); e, da ultimo, quella promossa dall'on. Fini. (Si affidano invece ai procedimenti ordinari le proposte Pisapia e altri [Camera dei deputati, doc. n. 2409]; Malabarba e altri, che sollecitano la ratifica, esecuzione ed applicazione immediata del Cap. *C*) della Convenzione di Strasburgo [Senato, doc. n. 326]).

Le suddette iniziative considerano, esplicitamente o implicitamente, l'art. 48 della Costituzione – laddove dichiara che «sono elettori 'tutti i cittadini' […] che hanno raggiunto la maggiore età» – come un limite assoluto, tale da inibire alle fonti subcostituzionali di ammettere all'esercizio dei diritti elettorali amministrativi le persone maggiorenni di nazionalità extracomunitaria, pur stabilmente residenti nella Repubblica, appunto in quanto prive del presupposto indefettibile della cittadinanza.

Questa opinione, che si fonda certamente su un dato testuale della norma costituzionale, non pare, in verità, insuperabile se, ancora una volta, si interpretano gli enunciati della Carta non isolatamente, ma in una dimensione storica e sistematica. In altri termini, se si ha cura di comprendere 'tutto' il discorso costituzionale e i valori di integrazione che ne sono all'origine.

Lo stesso art. 48 si ispira a una logica più 'inclusiva' che 'esclusiva' nel momento in cui segna l'approdo al suffragio universale con la messa al bando delle irragionevoli discriminazioni dei precedenti ordinamenti fascista totalitario e liberale incompiuto.

Il requisito della cittadinanza formale si può declinare – ed è stato declinato – nella prospettiva dinamica delle esigenze della sovranità, in collegamento con l'apertura ai diritti inviolabili dell'uomo evocati dall'art. 2 della Costituzione, precisati e consolidati in una progressione notevole di dichiarazioni e convenzioni internazionali condivise dall'Italia, le quali, complessivamente considerate, tendono ad equiparare con ragionevolezza – e nel rispetto di altrettanto ragionevoli interessi nazionali – le posizioni dei cittadini e quelle dei non cittadini che 'convivono' nello Stato di fronte ai diritti fondamentali. La dottrina – sia pure con impostazioni diversificate – ha valutato questo processo del tutto compatibile con il nostro sistema costituzionale e, si ripete, con la sua storia ed i suoi obiettivi di giustizia 'globale'.

La Corte Costituzionale, da parte sua, adottando il parametro della ragionevolezza – oltre il principio di mera eguaglianza dei cittadini davanti alla legge – ha assecondato questo processo equiparando cittadini e non cittadini in quanto 'persone' nella titolarità di situazioni attive e passive (diritti e doveri), individuali e collettive, essenziali ai fini di una civile, dignitosa e non ingiustamente discriminatoria convivenza (tra le tante, si vedano le sentenze nn. 62 del 1994, 172 del 1999 e 509 del 2000).

In questo contesto è appena il caso di ricordare gli effetti dell'esegesi dell'art. 11 Cost. che, per il perseguimento della «giustizia tra le Nazioni» (che non può non significare miglioramento delle condizioni 'anche giuridiche' delle persone che si trovino al di fuori del loro Paese d'origine), autorizza l'Italia a cedere quote progressive della propria sovranità a ordinamenti sopranazionali, come l'Unione Europea.

Proprio grazie alla copertura di una simile interpretazione evolutiva il legislatore ordinario ha potuto, in attuazione della già menzionata direttiva CE n. 94/80, riconoscere il diritto di voto amministrativo municipale ai cittadini europei non italiani, residenti nel nostro Paese.

Dunque, il riferimento dell'art. 48 al requisito formale della cittadinanza per il parziale esercizio di diritti elettorali da parte degli 'stranieri-immigrati' comunitari non ha rappresentato, in questo caso, un ostacolo insormontabile.

Esistono davvero 'buone ragioni' per procedere ora in modo diverso, ricorrendo alla doppia lettura ed agli ulteriori gravami imposti dall'art. 138 della Costituzione, al fine di riconoscere anche agli immigrati, residenti stabili e maggiorenni, l'elettorato attivo e passivo per le 'sole' elezioni degli organi di rappresentanza e di governo degli enti locali?

La risorsa della ragionevolezza, confortata dagli indirizzi di 'politiche per l'integrazione' che – come si è accennato – si stanno consolidando nell'Unione Europea, indurrebbe a ritenere che integrazioni al testo dell'art. 48 della Costituzione non siano affatto necessarie e che ci si possa ancora affidare all''insieme' dei suoi principi e precetti, confermandone in tal modo la capacità di espansione e di forza normativa. Pure dal punto di vista di opportunità politico-istituzionale è evidente che il ricorso al lungo procedimento di revisione costituzionale enfatizzerebbe inutilmente (e con danno all'immagine del nostro Paese nel concerto europeo) contrapposizioni che potrebbero tranquillamente risolversi nella normale arena parlamentare.

Se 'ragionevolezza' significa capacità di distinguere e di ragionare, più che sulle forme, sulla realtà delle cose e sugli interessi anche istituzionali effettivamente coinvolti dall'adozione di nuove discipline, non si può non sottolineare che agli organi di rappresentanza e di governo locale sono attribuite solo competenze e poteri amministrativi e non funzioni connesse all'esercizio della sovranità riservate dalla Costituzione in via esclusiva a Parlamento e Governo. Cosicché non può essere messo sullo stesso piano il suffragio amministrativo e quello politico; né è ragionevole paventare il rischio di interferenze indirette di interessi stranieri negli affari italiani, invocando il problema di una 'doppia' irrisolta lealtà che potrebbe gravare sui cittadini stranieri. La comprovata stabilità residenziale si può considerare come una 'cittadinanza di fatto' di livello locale, sufficiente a consentire anche a questa categoria di persone di manifestare attraverso una 'piena' partecipazione elettorale sincera adesione alla comunità in cui vivono e al cui sviluppo contribuiscono.

Sulla base di questi presupposti, così semplici e concreti, nel 1849, in Svizzera, il Cantone di Neuchâtel concesse il voto amministrativo agli stranieri. E tuttora prevede che: «Gli stranieri e le straniere di 18 anni compiuti che possiedono un permesso di residenza e che hanno il loro domicilio nel Cantone da almeno un anno sono elettori».

# La Cooperazione permanente e integrata tra comunità*

Intendo partire da alcune affermazioni ricorrenti, largamente condivise o comunque entrate nel senso comune, e assumerle come ipotesi per un ragionamento che vorrebbe approdare a qualche conclusione pratica.

1. I flussi migratori incontrollati dai paesi poveri e in via di progressiva povertà, senza prospettive di emancipazione e di sviluppo prevedibile nel breve-medio periodo, non sono sostenibili per i paesi del mondo ricco, occidentale. Nella misura in cui tali flussi non possono essere assorbiti in maniera ordinata, civile, trasparente, essi inevitabilmente generano nei 'paesi-meta' situazioni di grave instabilità a tutto campo e di nuove, difficilmente censibili, povertà. Si sostiene con qualche fondamento che la clandestinità è incompatibile con l'accoglienza, l'integrazione e lo sviluppo sociale e produce gravi fenomeni di rigetto che, a loro volta, si ripercuotono anche sulla convivenza internazionale.
   1.1. Osservo, purtroppo, che la clandestinità non è però incompatibile con la disperazione…
2. Vi è anche consapevolezza diffusa che i fenomeni di mobilità rappresentano un aspetto dinamico della globalizzazione, di un mercato che ormai sfugge alle sovranità statali e che sollecita le persone a muoversi anche a causa della rappresentazione o mitizzazione di modelli di benessere esteso, a portata di mano, se non di tutti, certamente dei più intraprendenti.
   2.1. Le concezioni liberali e liberiste apprezzano da sempre la volontà e le iniziative degli individui che mettono in gioco la loro stessa vita e cercano di sottrarsi a un destino infausto per migliorare le proprie condizioni di umanità e di libertà: anche a costo di solcare i mari e di rischiare naufragi.
3. Il pensiero liberal-democratico e cristiano, peraltro, è sensibile alle ragioni della solidarietà umana universale (che è diventata addirittura un principio costitutivo degli ordinamenti statuali e di quelli sovranazionali…). Quanti sostengono, con un approccio dichiarato 'realistico', politiche e misure restrittive per arginare un'accoglienza indiscriminata delle masse disperate, ammettono, comunque, l'urgenza di interventi 'adeguati' in grado di ri-

---

* Relazione al convegno *Il ruolo della cooperazione nei paesi poveri in stato di crisi politica. Il caso della Costa d'Avorio*, promosso dal CICOPS dell'Università di Pavia, presso il Collegio Ghislieri (30-31 maggio 2003), già pubblicata nel sito, URL: <www.puntoapunto.org>.

> durre la distanza tra mondo ricco e mondo misero; distanza pur stimata da molti analisti come 'incolmabile'. E, sempre di più, si evoca la 'catastrofe umanitaria' in pressoché tutti i fori politici 'globali' e tecnico-scientifici di settore, dove viene rappresentato lo scenario planetario prossimo e si invoca un riequilibrio globale attraverso consistenti trasferimenti di risorse non solo finanziarie, ma anche materiali, tecnologiche ed umane.

Tale è il contesto culturale (ed emotivo) in cui si ripropone la grande questione della cooperazione, della sua natura, struttura e qualità. Il concetto di cooperazione è tuttora molto ampio, omnicomprensivo, generico… Pure questo è un sintomo di incertezza e di debolezza delle categorie tradizionali, di disorientamento di fronte all'imponenza di una situazione che viene vissuta in maniera quasi fatalistica.

In effetti, nella categoria della cooperazione vengono ormai inquadrati tutti gli interventi cosiddetti 'umanitari' per far fronte ai ricorrenti eventi catastrofici di tipo sanitario, di tipo alimentare, di tipo ambientale. Questi interventi si caratterizzano: per la loro estensione su larga scala (interi paesi o aree rilevanti dei medesimi), per le modalità di urgenza con cui vengono effettuati, molto spesso con una mobilitazione di tipo militare. Sono gestiti da grandi organizzazioni (dalle Agenzie delle Nazioni Unite, da soggetti sovranazionali, da singoli stati, o anche da grandi organizzazioni private). Sono alimentati da risorse pubbliche e/o private, raccolte grazie a efficaci campagne di sensibilizzazione promosse dai media più diffusi. Quanto più immane, clamoroso, visibile e 'rappresentato' è il disastro, tanto più generosa è la risposta dell'opinione pubblica, in rapporto all'intensità dell'emozione espressa e subita.

Questo tipo di interventi finalizzati al singolo evento disastroso (assolutamente necessari ma al tempo stesso normalmente insufficienti a risolvere sofferenze ingenti) non può essere definito cooperazione, bensì soccorso. È manifestazione di solidarietà contingente (del momento) destinata ad esaurirsi in tempi brevi o medi. Sotto il profilo etico-giuridico è corretto qualificare il soccorso come 'dovere' di solidarietà universale a cui sono tenuti gli stati membri della comunità internazionale e gli stessi privati, in rapporto alla loro ricchezza. L'impegno di soccorso si qualifica correttamente come 'doveroso', giacché comporta un sacrificio da parte di coloro che intervengono e che rinunciano a una quota seppur minima dei propri beni.

La cooperazione è un'altra cosa; deve essere un'altra cosa, anche se contiene in sé indubbiamente elementi di soccorso. La cooperazione è – dovrebbe essere – soprattutto 'progettazione e realizzazione ragionata', indirizzate allo sviluppo umano, sociale, economico di comunità in situazioni di (grave) disagio, le quali, però, non devono essere considerate soltanto come vittime passive di eventi di-

sastrosi. Esse sono – devono diventare – piuttosto soggetti attivi di un rapporto di integrazione con quanti offrono o, meglio, concordano l'azione cooperativa, i suoi obiettivi in relazione ai mezzi impiegati; e si assumono la responsabilità di misurarne *step by step* l'efficacia, i risultati effettivamente conseguiti e quelli mancati.

La cooperazione ha, dunque, una dimensione sostanzialmente bilaterale e richiede stabilità e continuità di rapporti, conoscenza non solo dei disagi da rimuovere, ma della vita e delle condizioni dei soggetti assistiti. E questi, a loro volta, devono essere in grado di conoscere la vita, la storia di coloro che prestano aiuto concordato.

Bastano queste veloci annotazioni per comprendere la differenza tra il soccorso e la cooperazione. Insisto: se il primo nasce soprattutto dalla forza delle emozioni, la seconda è soprattutto frutto di ragionamenti e di programmazione. Ragionamenti innanzitutto sui suoi limiti, sulla sua sostenibilità, sulle responsabilità che provocano inadeguatezze o, peggio, fallimenti.

Anche la cooperazione, come il soccorso, viene comunemente valutata, sul piano etico-giuridico, come manifestazione di solidarietà, cioè come 'dovere' che – come ho già detto – si palesa come una 'privazione' in favore di altri.

Ebbene, se le premesse del discorso sono valide, per la cooperazione questo schema appare inadeguato dal punto di vista teorico; e, quel che più importa, esso si è rivelato riduttivo e poco utile sul piano operativo nell'era attuale.

È allora tempo di mutare impostazione e di sistemare la cooperazione non più tra i 'doveri inderogabili di solidarietà', ma, piuttosto, includerla tra i diritti inviolabili dell'uomo: un diritto che si esercita normalmente in forma collettiva e che è rivolto a produrre vantaggi nei confronti di coloro che praticano la cooperazione e non soltanto nei confronti dei destinatari della medesima.

Si tratta di vantaggi che si possono commisurare sul piano etico-giuridico, alla luce dei principi e delle affermazioni già vigenti nelle costituzioni liberal-democratiche, come quella italiana, e di vantaggi di ordine politico, con riferimento alle irrinunciabili esigenze di stabilità e di sicurezza della convivenza e della stessa sopravvivenza, che interessano e preoccupano non solo gli stati, ma tutti gli uomini.

Per quanto riguarda il primo profilo, l'attività di cooperazione favorisce certamente un 'più pieno' sviluppo della personalità dei singoli, che allargano la loro sfera esistenziale e territoriale oltre lo spazio sempre più ristretto della cittadinanza nazionale e la proiettano 'altrove', lontano. Si potrebbe dire che la pratica della cooperazione consente di vivere in una dimensione più estesa, di diventare 'cittadini multipli', di allargare enormemente i propri orizzonti mentali, di conoscere, di intrattenere relazioni con e in gruppi sociali geograficamente non prossimi e liberamente scelti come *partner* di un progetto-contratto di integrazione. Essere

presenti sulla scena del mondo in maniera più consapevole e attiva significa – come è stato autorevolmente sostenuto – superare le angustie di una dimensione esistenziale chiusa, egoistica, autoreferenziale, che non lascia tracce alle future generazioni. In altre parole, significa vivere una vita degna di essere vissuta nel tempo dell'incertezza quotidiana e del disorientamento dei valori.

Il secondo profilo è più utilitaristico: prende realisticamente atto delle attuali drammatiche condizioni del mondo, in cui la convivenza e la sopravvivenza sono quotidianamente messe a repentaglio dall'iniquità delle differenze di condizioni di vita che persistono tra i Paesi e i popoli del nord e quelli del sud del mondo. Iniquità che incentivano i fenomeni insostenibili per tutti che sopra ho succintamente richiamato e quelle manifestazioni ormai endemiche di disperazione assoluta (e quindi folli e irresponsabili) di quanti decidono di trasformare con azioni suicide ed omicide il proprio corpo e la propria vita in un mezzo di distruzione di massa.

In questo contesto 'tutte le persone' e non solo gli stati sovrani hanno diritto di agire per preservare le proprie opportunità di convivenza e sopravvivenza e per ridurre i rischi dell'insostenibilità attraverso iniziative intelligenti ed efficaci per cercare rimedio non effimero ai molteplici divari tra aree e genti del globo.

Ecco perché una tale complessa situazione, frutto di scelte individuali libere, mi pare meglio illuminata dalla categoria dei diritti piuttosto che da quella dei doveri. In conclusione, la cooperazione rappresenta un diritto al pieno sviluppo della propria personalità e alla salvaguardia della propria sicurezza e delle proprie legittime aspettative di vita.

Ogni diritto si caratterizza per le pretese specifiche che esprime nei confronti di interlocutori determinati, chiamati a soddisfarle in quanto ne hanno il potere e la capacità.

Le principali pretese che danno concretezza al 'diritto di fare cooperazione' consistono soprattutto nella disponibilità di adeguate risorse istituzionali e nel riconoscimento di percorsi preferenziali che consentano di rendere efficaci i rapporti e l'azione di cooperazione.

Gli interlocutori-controparti per l'esercizio del diritto di fare cooperazione 'adeguata' sono i competenti soggetti istituzionali, i governi in primo luogo, sia del Paese di elezione dei cooperanti, sia del Paese dove sono situate le comunità-partner 'concordemente' destinatarie dei progetti e delle realizzazioni della cooperazione.

Per individuare concretamente le risorse istituzionali indispensabili all'esercizio del diritto di cooperazione è utile il riferimento ai notevoli cambiamenti anche culturali intervenuti, almeno in questi ultimi 15 anni, nella pratica della cooperazione, alle esperienze vissute, agli ostacoli incontrati, alle insufficienze della normativa vigente sia a livello nazionale, sia a livello di Unione Europea. Anticipo subito che, nonostante i progetti di cooperazione cofinanziati dallo Sta-

to e dall'Unione Europea siano in larga parte affidati alle Organizzazioni Non Governative c.d. 'idonee' (cioè a libere associazioni private di volontariato che, proprio in virtù dell'idoneità acquisita, svolgono attività di interesse pubblico e di valore addirittura strategico), non si può ritenere che sia stato ancora sufficientemente recepito, come parametro-guida, il principio-metodo di sussidiarietà, cardine delle nuove architetture istituzionali a livello nazionale e sopranazionale.

Mi richiamo alla particolare impostazione e alla difficile (anche se esaltante sotto il profilo dell'arricchimento etico personale) esperienza dell'ONG che ho l'onore di presiedere, l'«Agenzia n. 1 di Pavia per Ayamé», che si è costituita nel 1991.

L'opzione di fondo (dichiarata nella *Carta del Ghislieri*, che enuncia le finalità dell'ONG) è «l'adozione a tempo indeterminato di una situazione disagiata del mondo» per favorirne l'emancipazione e per integrarla in una prospettiva di reciproco sviluppo umano. All'Agenzia è capitata in sorte la municipalità di Ayamé, in Costa d'Avorio, con il suo ospedale che rappresenta il cuore e la speranza di quella comunità; e che é stato fino ad oggi la sede privilegiata dei progetti di sostegno e delle realizzazioni. L'ambizione sarebbe però più ampia; cioè quella di intervenire per lo sviluppo umano e sociale anche al di fuori dell'Ospedale, perché è troppo poco operare solo 'per frenare la morte'.

L'idea più generale che ispira l'associazione è quella di fornire un esempio «suscettibile di imitazione» per la formazione di altre Agenzie (n. 2, 3, 4…) che, seguendo lo stesso percorso, si impegnino ad adottare altre situazioni di disagio, altre comunità. In questo modo si costituirebbe una ragnatela di adozioni sempre più fitta, tali da rappresentare qualcosa di più di una goccia nel deserto. Questa prospettiva, nel 1991, poteva apparire quanto meno curiosa e certamente minimalista, in quanto allora si confidava ancora sulla cooperazione delle grandi opere e dei rapporti quasi esclusivi tra governi, più che tra comunità.

Oggi, con un po' di soddisfazione possiamo constatare che la concezione della cooperazione e della sua efficacia è mutata e che il metodo della 'cooperazione permanente, decentrata e concentrata' si va affermando: «punto a punto», come la definisce il logo che l'Agenzia si è data (una rondine che va e ritorna con leggerezza e tenacia…). Proprio in Costa d'Avorio (ma non solo in questo Paese) esistono significative esperienze di collettività italiane impegnate in azioni di cooperazione a lungo termine in aree limitate. E il nostro Ambasciatore, Paolo Sannella, sente la necessità di un coordinamento e, prima ancora, di un inventario di tali iniziative. Pavia ha celebrato nel 1997 un 'gemellaggio' non a caso denominato 'costruttivo' con Ayamé; recentemente si è costituito un comitato di sindaci dei piccoli comuni della provincia che contribuiscono all'attività dell'Agenzia, in quanto ONG di riferimento sul territorio. Sono state poi tentate 'convenzioni' tra istituzioni sanitarie e universitarie d'eccellenza e il piccolo ospedale ivoriano

di frontiera, che hanno consentito, tra l'altro, di organizzare *stage* di aggiornamento professionale a Pavia per alcuni operatori dell'ospedale medesimo.

Non intendo affatto esibire successi, ma piuttosto sottolineare come questa forma di cooperazione si svolge per ora con enormi difficoltà, in una sorta di 'precarietà istituzionale'; e si appoggia sulla buona volontà e simpatia dei singoli, investiti di pubbliche funzioni, più che sull'esistenza di regole, di procedure ragionevoli e benevole, di stanziamenti programmati; tali, appunto, da assicurare certezza e stabilità all'esercizio del diritto di una comunità di fare cooperazione: 'questo tipo di cooperazione'.

Per un extracomunitario cooperante, ottenere un visto di ingresso in Italia per un periodo di formazione e, successivamente, il permesso di soggiorno in tempi e secondo modalità sopportabili, è oggi un'impresa quasi temeraria. Altrettanto si può dire per quanto riguarda l'invio di *container* con donazioni per lo sviluppo nei Paesi assistiti, dove vigono procedure di sdoganamento, diffidenti, complicate ed onerose. L'Agenzia sta cercando di superare, per quanto è possibile, questo vero e proprio percorso a ostacoli, grazie all'amicizia e alla fiducia che si è venuta in questi anni creando con gli ambasciatori dell'Italia e della Costa d'Avorio qui presenti. Si stanno sperimentando 'prassi nuove'; ma sarebbe necessario un quadro istituzionale interno e di accordi internazionali adeguato, flessibile, informato a quel principio-metodo di sussidiarietà che ho innanzi evocato e che è fondamentale per la cooperazione decentrata e permanente.

Proprio queste sono le risorse istituzionali 'pretese' da chi vuole esercitare il diritto di cooperazione.

In particolare, sul piano dei rapporti tra governi, si potrebbero e dovrebbero predisporre degli 'accordi-quadro di cooperazione in forma semplificata', in cui venga riconosciuto il ruolo appunto sussidiario – non dico autonomo – delle comunità che decidono di perseguire questo tipo di cooperazione e sono disposte ad assumersene direttamente la responsabilità, anzi la corresponsabilità con le comunità in situazioni di disagio 'adottate'. Si potrebbe, tra l'altro, prevedere che un simile rapporto di 'cooperazione responsabile' possa essere confortato da *referendum* consultivi locali che approvino anche la destinazione di una quota di risorse finanziarie degli enti locali alle iniziative di cooperazione. Tali accordi dovrebbero, inoltre, favorire la costituzione di 'consorzi specifici', formati da istituzioni pubbliche locali, enti privati (come fondazioni) e ONG, per programmare e rendere più certe le dotazioni finanziarie necessarie per lo sviluppo della cooperazione, facendo anche ricorso a cofinanziamenti statali o europei. Ma questi dovrebbero essere concessi sulla base di 'nuovi' parametri di sostenibilità e di efficacia dei progetti di sviluppo, su *standard* flessibili che si adattino alle particolari condizioni delle realtà ausiliate, più che su *standard* commisurati al valore economico dei beni impiegati per la realizzazione del progetto.

Dall'altra parte, i governi dei Paesi destinatari di questo tipo di cooperazione dovrebbero impegnarsi soprattutto a rendere facili, immediate e responsabili le comunicazioni e gli scambi tra i soggetti comunitari cooperanti.

L'Università di Pavia è disponibile a studiare la fattibilità di accordi semplificati di cooperazione di 'nuova generazione', che non misconoscono le ragioni delle sovranità, ma le rendono compatibili con le ragioni dello sviluppo umano e dell'integrazione, nella dirompente dimensione globale.

Perché non provare con la Costa d'Avorio, proprio in un momento in cui questo Paese sta faticosamente cercando di uscire da una crisi, da un sanguinoso conflitto interno che, se protratto, avrebbe portato a esiti infausti che non è difficile immaginare?

Voglio concludere con una notazione a margine del ragionamento che ho tentato di svolgere. I grandi *media* italiani hanno dedicato moderata se non modesta attenzione alle vicende drammatiche e talora terribili accadute in Costa d'Avorio in seguito al tentativo di colpo di stato avvenuto il 19 settembre 2002. Hanno considerato la crisi soprattutto nei suoi avvenimenti e nelle sue scadenze formali da un punto di vista geopolitico e diplomatico nello scenario internazionale; hanno analizzato gli interessi e gli equilibri tra gli stati coinvolti e tra le grandi potenze in particolare, nonché i problemi della stabilità dell'Africa Occidentale. Chi si è fatto carico di raccontare anche la storia delle vittime, le sofferenze quotidiane, gli eccidi, le distruzioni, cioè la cronaca delle tragedie personali e familiari, è stata la stampa locale. Sono stati, in particolare, proprio i giornali di quelle città (soprattutto del centro-nord e del nord-est) impegnate da tempo a sostenere iniziative di cooperazione permanente con molte comunità ivoriane.

Questa differenza di prospettiva mi pare meriti qualche riflessione.

# Cittadini extracomunitari, voto amministrativo e Costituzione *inclusiva**

1. Il tema del riconoscimento (e delle sue forme) del diritto di voto amministrativo ai cittadini extracomunitari residenti stabilmente in Italia può essere affrontato, come spesso accade, con stati d'animo assai differenti che, inevitabilmente, condizionano anche i costituzionalisti e la loro pretesa di fedeltà *esclusiva* al rigore del metodo giuridico di fronte ai testi normativi, tanto più se fondamentali. Ma le pietre del diritto si possono variamente leggere e sistemare anche a seconda della *curiosità* e *generosità* con cui ci si avvicina ai fenomeni sociali.

La curiosità, in particolare, invita a considerare come nel mondo e nel tempo è stato affrontato e risolto il problema in esame. Limitiamoci all'Europa.

L'idea che una stabile e attiva appartenenza a una comunità territoriale comportasse quasi naturalmente la condivisione dei diritti di partecipazione politica fu recepita nella 'chiusa Svizzera', già nel 1849, dal Cantone di Neuchâtel che concesse il voto agli stranieri (maschi) ivi domiciliati per l'elezione degli organi di governo locale e per l'assunzione di decisioni amministrative dirette. Lo stesso Cantone riconosce dal 2000 ai residenti stranieri anche il diritto (esercitato per la prima volta il 19 ottobre 2003) di partecipare alle elezioni del Consiglio degli Stati.[1]

Nel secolo scorso si affermò largamente la tendenza ad accordare il diritto di voto (non solo amministrativo) sulla base di criteri di *affinità geo-politica*. In tal senso, dal 1949,[2] i cittadini provenienti da uno dei 54 paesi del *Commonwealth* e dall'Irlanda sono ammessi anche all'elettorato attivo della Camera dei Comuni, dopo un periodo di permanenza nel Regno Unito fissato discrezionalmente, caso per caso, dalle Corti che accertano lo stato di effettiva integrazione delle persone che richiedono di poter fruire di una tale concessione. Così pure in Spagna agli stranieri residenti, cittadini di stati già colonie spagnole, è consentito di vota-

---

* In «Quaderno n. 15 – Seminario 2004» dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, (a cura di Caretti P.), Torino, Giappichelli, 2005, pp. 27-43.

[1] Al pari del Jura. Il voto (solo) amministrativo agli immigrati residenti è variamente riconosciuto anche nei Cantoni: Grigioni, Appenzello esterno, Vaud. Sulla più recente evoluzione della situazione in Svizzera si veda: URL: <www.swissinfo.org/sit/swissinfo.html?siteSect=305&sid=4690196> (il documento ora è reperibile alla pagina con URL: <http://www.swissinfo.ch/ita/uno-scrutinio-segnato-dal-voto-degli-stranieri/3750148>, [data di accesso: 30/01/2017]).

[2] Tale disciplina è stata aggiornata nel 2000 con il *Representation of the People Act.*

re alle elezioni amministrative.[3] Per lo stesso tipo di competizioni in Portogallo sono favoriti gli immigrati di madrelingua che, dopo solo due anni di stabile residenza, sono iscritti nelle liste elettorali;[4] e in Islanda un trattamento simile era riservato agli stranieri residenti dell'area scandinava, prima dell'estensione dei diritti elettorali anche agli altri immigrati residenti nel Paese da almeno 5 anni.[5]

Da tempo, e più in generale, in molti Paesi europei è stato ritenuto comunque sufficiente il criterio del 'regolare stabilimento'. Gli immigrati possono partecipare alle elezioni locali dopo solo 6 mesi di residenza in Irlanda (dal 1963);[6] dopo tre anni in Svezia (dal 1975, anche per i *referendum*).[7] Si sono via via uniformati a tale esempio la Danimarca nel 1981, l'Olanda nel 1983,[8] la Norvegia nel 1993, la Finlandia nel 1995[9] e il Lussemburgo nel 2003.[10]

Recentissima (è del 2004) la disciplina approvata in Belgio che prevede il riconoscimento del diritto di voto amministrativo agli stranieri dopo cinque anni di residenza e subordinatamente a una dichiarazione di adesione ai principi della democrazia.[11]

---

[3] Nello stesso ordinamento è previsto (dall'art. 13 della Costituzione, attuato dalla legge organica n. 7 del 1985: art. 176) anche il criterio della reciprocità: sulla base di specifici accordi internazionali (ne è stato stipulato uno con la Norvegia) sono infatti ammessi al voto gli stranieri i cui Paesi di origine lo riconoscono agli spagnoli quivi espatriati.

[4] Per gli stranieri appartenenti ad altre nazionalità anche in Portogallo vale il principio di reciprocità (sancito dall'art. 15, comma 4, della Costituzione e attuato dalla legge organica 14 agosto 2001, n. 1: art. 2). In tale ipotesi è richiesta una stabilità residenziale di almeno tre anni.

[5] Secondo quanto previsto dalla legge n. 27 del 2002.

[6] Si veda ora l'*Electoral Act* del 1992 (art. 10).

[7] In questo Paese gli stranieri sono ammessi a votare anche per le elezioni di Contea (legge elettorale del 1997: artt. 3 e 7).

[8] Attraverso la modifica dell'art. 130 della Costituzione, come attuato dalla legge elettorale del 1989.

[9] In adesione all'art. 14 della Costituzione. In questo Paese gli stranieri, in quanto eleggibili nei consigli comunali possono diventare membri anche delle assemblee regionali (legge sul governo locale n 365 del 1995: artt. 36 e 86/a).

[10] L'art. 9 della Costituzione di questo Stato venne emendato nel 1994, al fine di consentire al legislatore ordinario di riconoscere l'esercizio dei diritti elettorali anche ai cittadini stranieri residenti. La recente legge elettorale del 2003 ammette all'elettorato attivo (ma non passivo) per la formazione degli organi comunali gli extracomunitari residenti in Lussemburgo da almeno 5 anni.

[11] La riforma è stata introdotta il 20 febbraio 2004 (cfr. Brivio E., *Belgio, Voto agli extracomunitari*, in «Il Sole-24 Ore», 21 febbraio 2004) con legge ordinaria, in quanto la materia era stata *decostituzionalizzata* nel 1998. Più puntualmente la nuova legge prescrive che i cittadini extracomunitari, regolarmente residenti in Belgio da almeno cinque anni, su loro richiesta al comune competente, siano ammessi al voto amministrativo, previa dichiarazione di «rispettare la Costituzione e le leggi del Paese, nonché la Convenzione dei diritti dell'uomo». Per una panoramica più esaustiva di legislazione comparata nella materia (anche con riguardo ai nuovi paesi membri dell'Unione Europea che – come l'Estonia, la Lituania, la Repubblica Ceca, la Slovenia, l'Ungheria – ammettono, sia pure in diversa forma e misura, i cittadini extracomunitari all'esercizio del voto amministrativo), cfr. il *dossier* n. 534 del Servizio Studi della Camera dei Deputati, *Riconoscimento del diritto di voto ai cittadini stranieri,* 19 gennaio 2004.

2. In Italia, come al solito, sembra prevalere l'abitudine dello *stop and go*. Le difficoltà che si frappongono a una celere e ragionevole soluzione della questione sono rappresentate dalle parole dell'art. 48 della Costituzione, per il quale: «sono elettori tutti i cittadini […] che hanno raggiunto la maggiore età». La disposizione viene da molti letta, con il conforto di categorie tradizionali (secondo cui l'esercizio dei diritti sarebbe connotato esclusivo dello *status civitatis*), in questi termini assiomatici: «Sono titolari del diritto di voto per l'elezione degli organi rappresentativi *di qualsiasi livello* e per i referendum nazionali o locali soltanto le persone maggiorenni con cittadinanza italiana». Cosicché un tale limite per essere legittimamente rimosso o temperato necessiterebbe di un procedimento di revisione costituzionale.[12]

È propenso a conclusioni meno perentorie ed avare chi, invece, ritiene che le singole proposizioni normative anche di rango superprimario siano dotate di una vitalità intrinseca, generata dal «corpo» complessivo in cui si trovano inserite e dalle riflessioni continue che esso impone all'intera comunità e non solo ai giuristi, in rapporto al mutare del mondo e alle nuove esigenze della convivenza.[13]

Insomma, si tratta ancora una volta di verificare i possibili significati che si possono desumere da una esegesi storica e sistematica della nostra Carta, cercando di comprenderne il discorso *di fondo* e i *valori di integrazione* che ne sono all'origine.

In questa prospettiva l'art. 48 può rivelare una dimensione tutt'altro che preclusiva nel momento in cui segna l'approdo al suffragio universale con la messa al bando delle irragionevoli discriminazioni dei precedenti ordinamenti fascista-totalitario e liberale-incompiuto. Dunque, nel precetto costituzionale, pur analizzato isolatamente, si può rinvenire un'anima 'inclusiva'. La quale risalta con evidenza ancora maggiore alla luce degli articoli 2 e 11 della Costituzione che, da sempre, costituiscono un prezioso ed inesauribile serbatoio di virtuose risorse interpretative e di sviluppo del nostro ordinamento.

---

[12] In tal senso si vedano le *geometriche* ricostruzioni fondate, per lo più, su mere definizioni di Giupponi T.F., *Il diritto di voto agli stranieri, tra 'cittadinanza' e autonomie territoriali* (25 ottobre 2003) e Frosini T., *Gli stranieri tra diritto di voto e cittadinanza* (17 maggio 2004), ai quali replica con argomenti convincenti Cuniberti M., *Alcune osservazioni su stranieri, voto e cittadinanza* (18 giugno 2004). I contributi citati si possono leggere in: URL: <www.forumcostituzionale.it/contributi/voto-stranieri.htm> (la risorsa può essere cercata a partire dalla nuova Home Page, URL: <www.forumcostituzionale.it/wordpress/>, [data di accesso: 30/01/2017]).

[13] Cfr. Cuniberti M., *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana,* Padova, Cedam, 1997, pp. 430 ss.; Grosso E., *Straniero (status costituzionale dello),* voce del *Digesto. Discipline pubblicistiche*, XV, Torino, Utet, 1998, pp. 175 ss.; Luciani M., *Il diritto di voto agli immigrati: profili costituzionali*, in *Partecipazione e rappresentanza politica degli immigrati* (Atti del convegno organizzato il 21 giugno 1999 dal Dipartimento Affari Sociali – Presidenza del Consiglio dei Ministri), Roma 1999, pp. 33 ss.; Corsi C., *Lo Stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001, pp. 298 ss.; Pace A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 2003, pp. 319 ss.

L'adesione pregiudiziale ai diritti inviolabili dell'uomo evocati dall'art. 2 della Costituzione si è precisata e consolidata in una progressione notevole di dichiarazioni e convenzioni internazionali condivise dall'Italia, le quali, viste nel loro insieme, tendono ad equiparare con ragionevolezza – e nel rispetto di altrettanto ragionevoli interessi nazionali – le posizioni dei cittadini e quelle dei non cittadini che convivono nello Stato di fronte ai diritti fondamentali. La dottrina – sia pure con impostazioni diversificate – ha valutato questo inarrestabile processo del tutto compatibile con il nostro sistema costituzionale e con gli obiettivi di giustizia *globale* indicati senza incertezze dall'art. 11, che completa e proietta gli assunti dell'art. 2 verso sbocchi intuiti, seppure non esplicitamente previsti.[14]

Che (e come) questa potente coppia di enunciati abbia fruttificato nel nostro ordinamento *aprendolo* e *adeguandolo* progressivamente alle regole dell'integrazione internazionale è vicenda talmente nota e studiata da non richiedere alcuna ulteriore sottolineatura sotto il profilo teorico generale. La revisione costituzionale che nel 2001 ha esplicitamente inserito nell'art 117, comma 1, il dovere-limite per il legislatore di rispettare i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» rappresenta la *razionalizzazione* e l'ulteriore rafforzamento di un processo non più reversibile.[15] È comunque utile ricordare che il perseguimento della «giustizia tra le Nazioni» (che non può non significare miglioramento delle condizioni anche giuridiche delle persone che si trovino al di fuori del loro Paese d'origine), sancito dall'art. 11, è la fonte (unanimemente riconosciuta in dottrina e nella giurisprudenza costituzionale) che ha autorizzato l'Italia anche e soprattutto mediante procedure ordinarie a cedere quote *progressive* della propria sovranità a ordinamenti sovranazionali, come l'Unione Europea.

3. Proprio grazie alla copertura di una simile interpretazione evolutiva, il *legislatore ordinario* ha potuto, in attuazione della direttiva CE n. 94/80,[16] estendere il

---

[14] La letteratura sul tema è davvero imponente. Tra le opere più significative e recenti merita segnalare: Ceci G., *I diritti umani nell'era della globalizzazione*, Roma, Aracne, 2000; Ferrajoli L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, Laterza, 2001; Cerrone F., *La cittadinanza e i diritti*, in Nania R. e Ridola P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 209 ss.; Facchi A., *I diritti nell'Europa multiculturale*, Bari, Laterza, 2001; Serino C. (a cura di), *Diritti umani e pregiudizio: riflessioni e strumenti per la società multietnica*, Milano, Unicopli, 2002; Adinolfi I. (a cura di), *Diritti umani, realtà e utopia,* Roma, Città Nuova, 2004.

[15] Ferrari G.F. e Parodi G.P. segnalano efficacemente come la nuova disposizione costituzionale rappresenti l'evoluzione «verso un *multi-tier constitutionalism* sempre più integrato» (*Stato e regioni di fronte al diritto comunitario e internazionale*, in *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo* (a cura degli stessi autori), Padova, Cedam, 2003, p. 440.

[16] Recepita dal D.Lgs. 1996 n. 197, successivamente inserita nell'art. 40 della *Carta dei Diritti* e ora sistemata nel *Trattato costituzionale europeo*, che prevede per i cittadini dell'Unione «il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato» (art. I-10, par. 2, lett.

diritto di voto amministrativo locale ai cittadini europei, *non italiani*, residenti nel nostro Paese.

Assecondando tale processo e adottando il parametro di ragionevolezza, la Corte costituzionale, da parte sua, ha statuito l'equiparazione tra cittadini e non cittadini in quanto *persone* nella titolarità di situazioni attive e passive (diritti e doveri), individuali e collettive, ritenute *essenziali* ai fini di una civile, dignitosa e non ingiustamente discriminatoria convivenza (tra le tante, si vedano – a partire dalla sentenza n. 120 del 1967 – le successive pronunce nn. 62 del 1994, 172 del 1999 e 509 del 2000...).[17]

In un simile contesto il riferimento dell'art. 48 al requisito formale della cittadinanza non ha rappresentato un ostacolo insormontabile per l'attribuzione pur parziale dei diritti elettorali agli *stranieri-immigrati* comunitari ad opera di fonti di valore primario.

Questo precedente induce a domandarsi se esistono davvero buone ragioni per procedere ora in modo diverso (ricorrendo alla doppia lettura ed agli ulteriori gravami imposti dall'art. 138 della Costituzione) per riconoscere anche ai residenti extracomunitari, stabili e maggiorenni, l'elettorato attivo e passivo per le *sole* elezioni degli organi di rappresentanza e di governo degli enti locali.

Le incertezze che ancora oggi pesano emergono nel D.P.R. 30 marzo 2001, concernente l'«approvazione del documento programmatico, per il triennio 2001-2003, relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato».[18] In tale atto si legge testualmente che:

---

b); ribadito, con riferimento alla formazione del Parlamento europeo all'art. II-99, par. 1 e all'art. II-100 con riferimento alle elezioni municipali. Infine, per entrambe le ipotesi, l'art. III-126 preannuncia «una legge o legge quadro europea del Consiglio» per stabilire «le modalità di esercizio» di tali diritti. In ordine a siffatta disciplina si precisa: «Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. Tali modalità possono comportare disposizioni derogatorie ove problemi specifici di uno Stato membro lo giustifichino»).

[17] In particolare, nella sentenza 'madre' n. 120 del 1967, laddove viene statuito «che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattisi di rispettare… diritti fondamentali»; e nella sentenza n. 172 del 1999, nella quale la Corte riconosce l'esistenza di una «comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto». Tale comunità – precisano i giudici costituzionali – «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». Sulla felice continuità della giurisprudenza costituzionale rivolta a una progressiva equiparazione tra 'cittadini formali' e 'cittadini di fatto', ai fini dell'esercizio dei diritti fondamentali valgano le considerazioni di Luciani M., *op. cit.* (*passim*).

[18] Elaborato a norma dell'art. 3 della legge 6 marzo 1998, n. 40 (ora art. 3 del T.U. n. 286/1998, come successivamente e profondamente modificato dalla c.d. legge 'Bossi-Fini': L. 30 luglio 2002, n. 189).

il Governo si impegna affinché l'*iter* legislativo del disegno di legge costituzionale A.C. 4167,[19] recante «Disposizioni integrative dell'art. 48 della Costituzione», che consente il diritto di voto alle elezioni comunali e provinciali allo straniero, possa seguire il suo corso nel modo più celere e ad iniziare una riflessione critica della attuale normativa sulla cittadinanza che si ispira essenzialmente al principio dello *jus sanguinis,* un principio che premia l'ereditarietà del diritto di cittadinanza a scapito della residenza e quindi della effettiva presenza sul territorio.

Parrebbe, dunque, evidente l'opzione, pur non convinta e non convincente, in favore di un aggiornamento della norma costituzionale per risolvere la questione. Pertanto i disegni di legge costituzionale presentati da varie parti anche nella presente legislatura (XIV) non possono essere considerati una novità, quanto meno sotto il profilo formale.[20]

---

[19] Presentato il 27 settembre dal Governo (XIII legislatura). Originariamente l'estensione del diritto di voto amministrativo agli stranieri extracomunitari era prevista nel ddl. (A.C. n. 3240) sulla disciplina dell'immigrazione e sulla condizione dello straniero, poi approvato ed entrato in vigore come legge n. 40 del 1998 (c.d. 'legge Turco-Napolitano'). Le discordi valutazioni emerse nel dibattito parlamentare sulla legittimità costituzionale di tale riconoscimento ad opera di una fonte di rango primario indussero il Governo a stralciare prudentemente la questione, confidando che il Parlamento avrebbe, poi, provveduto senza problemi e speditamente alla modifica-integrazione dell'art. 48 Cost. In proposito la relazione al suddetto disegno di legge costituzionale è esplicita: «Il Governo […] ha ritenuto di dover prestare doverosamente attenzione agli interrogativi sollevati da più parti sulla possibilità di operare il riconoscimento di quel diritto con legge ordinaria. Per fugare ogni dubbio sui profili di costituzionalità si è inteso, pertanto, […] intervenire direttamente sulla norma dell'articolo 48 della Costituzione, integrandola con un terzo comma volto ad introdurre la cennata innovazione, ritenuta di particolare rilievo sociale e civile». Sulla vicenda si veda anche la testimonianza dell'allora ministro per gli Affari sociali, Livia Turco, nel Convegno citato nella nota 13, *Atti. cit.,* p. 4. Questo il succinto testo del ddl. cost. del Governo Prodi: «Allo straniero è riconosciuto, anche in esecuzione di trattati e accordi internazionali, il diritto di voto nei limiti, con i requisiti e secondo le modalità stabiliti dalla legge, con esclusione delle elezioni delle Camere e delle elezioni regionali».

[20] Si riconducono sostanzialmente al disegno di legge costituzionale 'Prodi' (citato nella nota precedente), talora specificando ulteriormente – anche in maniera dettagliata – i diritti di partecipazione politica riconosciuti agli stranieri stabilmente residenti le proposte: Turco e altri (Camera, doc. n. 1464), Soda (Camera, doc. n. 1616), Pisapia e altri (Camera, doc. n. 2374), Bulgarelli e altri (Camera, doc. n. 2540), Diliberto (Camera, doc. n. 4326), Fioroni e Sinisi (Camera, doc. n. 4406); Guerzoni (Senato, doc. n. 243); Malabarba e altri (Senato, doc. n. 2540). Anche l'Assemblea regionale siciliana ha presentato alla Camera dei deputati una proposta di legge costituzionale di integrazione dell'art. 48 Cost. per consentire la partecipazione degli «immigrati regolari residenti in Italia da almeno sei anni, sulla base dei requisiti stabiliti dalla legge», all'elezione «degli organi di governo degli enti locali»; nel progetto si prevede anche, negli stessi termini, l'aggiornamento dello Statuto siciliano (all'art. 15). Viceversa, rispetto all'obiettivo di favorire una *dignitosa* integrazione dei cittadini extracomunitari attraverso l'esercizio dei diritti fondamentali (quale è l'esercizio, pur parziale, dei diritti elettorali), può valutarsi assolutamente *regressiva* la proposta di legge costituzionale n. 4397 presentata alla Camera dei deputati dagli onn. Anedda e altri, il 17 ottobre 2003. La proposta ha fatto seguito alla timida, eppure contestata, presa di posizione del Vicepresidente

Eppure, la diversa e più agevole via della legge ordinaria è altrettanto chiaramente indicata, e in parte già percorsa, nel D.Lgs. n. 286 del 1998[21] che, all'art. 9, comma 4, dispone che la persona non cittadino europeo, titolare della *Carta di soggiorno*, può «partecipare alla vita pubblica locale, esercitando anche l'elettorato quando previsto dall'ordinamento e in armonia con le previsioni del capitolo *C* della *Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale*, fatta a Strasburgo il 5 febbraio 1992».

Il riferimento all'*ordinamento* (in generale e in divenire: senza distinguere o privilegiare le fonti che lo costituiscono) viene letto dagli interpreti in maniera non univoca.

Quanti insistono sulla necessità della revisione costituzionale per il riconoscimento del voto locale agli immigrati non europei attribuiscono alla disposizione citata un valore semplicemente programmatico e di attesa di decisioni incerte non soltanto con riguardo al *quomodo*, ma anche all'*an.*

Altri invece – come chi scrive – valutano che sarebbe *senza senso* (storico, logico e sistematico) intendere le leggi come meri orientamenti ad un legislatore futuro le cui scelte è impossibile predeterminare in qualsiasi democrazia rappresentativa. Sembra più affidabile il metodo di dare un significato alle formule normative *magis ut valeant*, per risolvere le loro apparenti incongruenze interne e, quindi, per poterne desumere la capacità e la forza di regolare i casi contemplati.

In effetti, la disposizione succitata esprime, sia pur tardivamente, una manifesta *adesione* alla Convenzione di Strasburgo del 1992, che era stata ratificata

---

del Consiglio, Gianfranco Fini, in favore del riconoscimento del diritto di voto amministrativo agli immigrati nel corso della Conferenza promossa dal CNEL a Roma su: *Le politiche dell'UE per l'immigrazione, diritti fondamentali, integrazione sociale, cooperazione allo sviluppo.* (Nel suo intervento, il 6 ottobre, Fini si è limitato semplicemente a dire: «Personalmente, ritengo che i tempi per discutere, ad esempio, del diritto di voto, almeno per le amministrative, per coloro che sono sul territorio nazionale, siano maturi…», in *Atti della Conferenza* – a cura del CNEL, *Documenti*, 30 –, Roma, 2003, p. 289. Sulla vicenda, tra i tanti servizi apparsi sulla stampa quotidiana, cfr.: *Fini: diamo il diritto di voto agli immigrati,* in «Il Corriere della Sera», 7 ottobre 2003). Nel progetto Anedda si prevede che «agli stranieri non comunitari che hanno raggiunto la maggiore età, che soggiornano stabilmente e regolarmente in Italia da almeno sei anni, che sono titolari di un permesso di soggiorno per un motivo che consente un numero indeterminato di rinnovi, che dimostrano di avere un reddito sufficiente per il sostentamento proprio e dei familiari e che non sono stati rinviati a giudizio per reati per i quali è obbligatorio o facoltativo l'arresto, è riconosciuto il diritto di voto attivo e passivo nelle elezioni amministrative in conformità alla disciplina prevista per i cittadini comunitari. L'esercizio del diritto di cui al comma 1 è riconosciuto a coloro che ne fanno richiesta e che si impegnano contestualmente a rispettare i principi fondamentali della Costituzione italiana». Una simile formulazione pare, a dir poco, *stonata* nel complessivo discorso *inclusivo* della nostra Carta, come sembra convenire anche di Giupponi T.F., *loc. cit.*

[21] Ampiamente modificato nel 2002 con L. 30 luglio 2002, n. 189: c.d. legge 'Bossi-Fini'. Per un esauriente e utile analisi alla complessiva legislazione sugli stranieri, cfr. Nascimbene B. (a cura di e con contributi vari), *Diritto degli stranieri,* Padova, Cedam, 2004.

dall'Italia con la legge 8 marzo 1994, n. 203[22] solo parzialmente. Ma il più recente legislatore recupera nei suoi contenuti l'intero testo della Convenzione adottandola addirittura come *parametro* ineludibile ('armonia' è locuzione che non si presta ad equivoci…) per la disciplina dei diritti elettorali in favore degli stranieri residenti, seppure non cittadini.

L'atto richiamato è assai preciso e prevede l'impegno per gli stati contraenti di concedere – in parità di condizioni con i cittadini – il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni locali ad ogni straniero *residente* legalmente ed abitualmente nello Stato nei cinque anni precedenti le elezioni (art. 6), con la facoltà per ciascuno Stato contraente di abbreviare (ma non allungare) tale periodo (art. 7).[23]

4. La resipiscenza del nostro legislatore non è né casuale, né estemporanea, giacché dal 1994 ad oggi si è verificata una notevole evoluzione di sensibilità e di prospettiva che trova diffusa conferma in variegate fonti dell'ordinamento e in rilevanti atti politici ad esso immediatamente collegati. Basti solo segnalare la forte accentuazione dei compiti di integrazione sociale affidati (soprattutto) ai comuni dal rinnovato ordinamento degli enti locali (D.Lgs. n. 267/2000), laddove si rimarca il loro ruolo di *rappresentanza* delle rispettive *comunità* per curarne gli interessi e promuoverne lo sviluppo (art. 3, comma 2). E, assai di frequente, l'insieme dei membri delle comunità viene definito come 'popolazione': concetto comprensivo sia degli abitanti con cittadinanza italiana, sia di quelli che ne sono ancora privi.[24]

---

[22] Tale legge escludeva *espressamente* dalla ratifica proprio il *Capitolo C*, relativo ai diritti politici degli immigrati in ambito locale (art. 1). Si vedano in proposito le osservazioni critiche di Bonetti P., *I profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998,* in Nascimbene B. (a cura di), *op. cit.,* pp. 12 ss. Nel corso della presente (XIV) legislatura sono state presentate alcune proposte indirizzate specificamente alla ratifica del sopradetto *Capitolo C*, come quella del deputato Mazzoni (Camera, doc. n. 4694).

[23] Le incertezze cui può dar luogo la sintassi del comma 4 dell'art. 9 del D.Lgs. n. 286 del 1998 si superano seguendo diligentemente il criterio (indicato nell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, premesse al codice civile) di attribuire all'enunciato il *senso* «fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse». Con riguardo, in particolare, alla locuzione «*quando* previsto dall'*ordinamento*», la congiunzione non può intendersi come un 'se' o 'a condizione che': altrimenti si priverebbe il testo di qualsiasi valore innovativo; essa plausibilmente si riferisce a processi in corso, non ancora compiuti, di produzione di normative volte a dare attuazione *effettiva* a un principio che – come si è sopra rilevato – la disposizione stessa (al di là delle ambiguità e confusioni che emergono nei lavori preparatori) ha già accolto in termini generali, ma non generici (evocando appunto il contenuto del *Capitolo C* della Convenzione di Strasburgo).

[24] Una tale interpretazione è stata accolta dal Consiglio di Stato in un recentissimo parere (Sez. II, 28 luglio 2004, n. 8007) reso alla Regione Emilia Romagna, che ha riconosciuto il potere dei comuni (nella fattispecie Forlì) di disciplinare autonomamente la partecipazione degli extracomunitari residenti alle elezioni degli organismi circoscrizionali. Così si esprime il Consiglio di Stato: «Il termine 'popolazione', raccordato con il principio di 'partecipazione popolare', in base al quale

Costoro, poi, possono a pieno titolo rientrare anche nella categoria delle 'minoranze' (senza aggettivazioni). Ad esse l'art. 6, comma 2, dello stesso Testo Unico promette «forme di garanzia» e di «partecipazione», riservate all'autonomia statutaria dell'ente. Ancora più puntualmente l'art. 8, comma 5, prescrive agli statuti di promuovere «forme di partecipazione alla vita politica locale dei cittadini dell'Unione Europea e degli stranieri regolarmente soggiornanti».

Per questi ultimi la gran parte degli statuti ha previsto forme, per così dire, sostitutive di intervento meramente consultivo nella vita pubblica comunale: oltre all'ammissione dei residenti extracomunitari ai referendum (in quanto formalmente non deliberativi) sono state escogitate sedi di rappresentanza particolare *a latere* dei consigli comunali, come le *consulte* o l'integrazione degli stessi consigli comunali con rappresentanti, dotati di voto consultivo, delle varie comunità di stranieri presenti in loco.

Tra gli esempi più significativi merita ricordare le recenti elezioni *speciali* dei 'consiglieri aggiunti', che si sono svolte a Roma il 28 marzo 2004,[25] sulla base di una deliberazione del relativo Consiglio comunale.[26]

---

il precedente articolo 8 [del T.U. degli Enti locali] prevede che «i Comuni, anche su base di quartiere o di frazione promuovono organismi di partecipazione popolare all'amministrazione locale», implica chiaramente, nella sua onnicomprensività, che di essa fanno parte tutti i residenti, cittadini e non, ivi compresi cioè gli stranieri che, per ragioni di lavoro, vivono stabilmente nel territorio comunale e sono quindi pienamente legittimati, al pari dei cittadini, a far valere di fronte alle istituzioni le proprie particolari esigenze connesse con il loro radicamento nel territorio». Cosicché: «…nulla sembra impedire che gli statuti comunali prevedano il diritto di far valere la propria voce anche a favore di quella parte della popolazione costituita dagli stranieri stabilmente radicati nel territorio, limitatamente a quei particolari organi sub-comunali quali sono le circoscrizioni, istituite per offrire alla *popolazione tutta* idonei strumenti per realizzare una più stretta collaborazione e partecipazione nella gestione dei servizi di base di cui essa è destinataria». Il parere si può leggere in: URL: <www.interno.it/news/pages/2004/200410/news_000020039.htm> (il Ministero dell'Interno ora ha un nuovo sito, URL: <http://www.interno.gov.it/it>, [data di accesso: 30/01/2017]). In precedenza nella giurisprudenza amministrativa si erano registrati casi di riconoscimento della legittimità dell'attribuzione (ad opera di statuti comunali) anche agli stranieri residenti del diritto di voto nei *referendum* consultivi comunali (Cfr. T.A.R. Toscana, sez. I, 10 giugno 1998, n. 316, in «Foro amministrativo», 1999, pp. 450 ss.).

[25] Alle quali sono stati ammessi 33.000 stranieri residenti o domiciliati, che si sono registrati in apposite liste elettorali. Essi sono stati poi ripartiti in 36 sezioni. L'affluenza alle urne è stata pari al 57.32% degli iscritti (54.99% – Femmine 60.01%). Si veda la pagina del sito del Comune di Roma: URL: <http://servizi.comune.roma.it/elezioni/2004/consiglieriaggiunti/Affluenze.aspx>, e Ama F., *Immigrati, un voto per pochi*, in «La Stampa», 30 marzo 2004 (la risorsa online ora è reperibile all'URL: <http://www.elezioni.comune.roma.it/elezioni/2004/consiglieriaggiunti/affluenze.aspx?MUN=5>, [data di accesso: 30/01/2017]).

[26] Delibera n. 190, adottata nella seduta del 14 ottobre 2003. In particolare essa ha fissato in quattro i rappresentanti degli stranieri nel Consiglio comunale. I quali, inoltre, sono stati chiamati ad eleggere un rappresentante nei consigli dei Municipi dove figurano residenti. All'iscrizione alle speciali liste elettorali, presso la sede di ciascun municipio, sono stati ammessi non solo gli stranieri

Da molte parti si ritiene, però, che queste forme sostitutive o palliative siano ormai insufficienti; o, addirittura, si teme che esse possano rimarcare differenze sociali ed etniche che è opportuno rimuovere per perseguire l'obiettivo fondamentale, proprio dei comuni, di una piena integrazione (nei diritti e nei doveri) tra tutte le persone stabilmente residenti senza irragionevoli discriminazioni; le quali, tra l'altro, renderebbero più difficili e meno condivise le politiche comunali.

Proprio a una simile prospettiva si ispirano insistenti risoluzioni del Parlamento Europeo che, «al fine di garantire l'integrazione dei cittadini dei paesi terzi», invocano «l'adozione della direttiva sui residenti di lunga durata [per] creare una cittadinanza civica» che permetta loro «di beneficiare di uno *status* che preveda diritti e doveri di natura economica, sociale e politica, incluso il diritto di voto per le elezioni municipali ed europee».[27]

Tali decise enunciazioni, ancorché di natura non normativa, sono assai importanti sia per l'Istituzione che le ha prodotte (rappresentativa dei popoli dell'Unione); sia perché annoverano tra i *diritti fondamentali* della persona l'attribuzione del diritto di voto amministrativo ai cittadini extra-europei, residenti stabili in un comune dell'Europa; sia perché associano il diritto di voto locale a quello per il Parlamento Europeo; sia, infine, perché individuano in *tre anni* il tempo per definire la stabilità residenziale di lunga (cioè sufficiente) durata ai fini dell'integrazione politica degli immigrati extracomunitari nell'Unione Europea.

In questo contesto di valori fondamentali, riconosciuti da una sempre più influente cultura giuridica ed istituzionale europea, è maturata l'iniziativa autono-

---

*formalmente* residenti a Roma, ma anche quelli, pur residenti in altri comuni, che svolgessero attività di lavoro o di studio nella Capitale. Per l'iscrizione nelle liste elettorali è stato sufficiente produrre un documento di riconoscimento e la fotocopia del permesso di soggiorno (anche in fase di rinnovo) o semplicemente del relativo atto di richiesta; per gli stranieri non anagraficamente residenti è stato richiesto il certificato di iscrizione a scuola o all'università, oppure una dichiarazione di assunzione da parte del datore di lavoro. Ulteriori dettagli in: URL: <www.meltingpot.org/archivio226.html>.

[27] Così nella risoluzione (processo verbale 19 giugno 2003) sulle *Comunicazioni della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo in materia di politica comunitaria sull'immigrazione*: Com (2001) 387- C5- 0337/2002 – 2002/2181 (Cos) e Com (2002) 703- C5- 0233/2003 – 2002/2181 (Cos). La questione viene ripresa nella *Relazione sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea nel 2002* (doc. A5-0281/2003, 21 agosto 2003), dove si ribadisce la necessità di «estendere il concetto di cittadinanza europea al di là del mero riferimento alla nazionalità degli Stati membri e consentire *ai residenti legali di lunga durata (tre anni) provenienti da paesi terzi* di partecipare alle elezioni locali, nonché alle elezioni per il Parlamento europeo». Gli stessi indirizzi sono stati poi confermati nella conseguente risoluzione del Parlamento Europeo (processo verbale 4 settembre 2003: P5_TA(2003)0376) e nell'ultima risoluzione *sulla comunicazione della Commissione su immigrazione, integrazione e occupazione* (processo verbale l5 gennaio 2204: P5_TAPROV(2004)0028-A5-0445/2003). La documentazione citata è reperibile in: URL: <www.primaonline.it/allegati/file123147543789831.pdf> (la risorsa va cercata a partire dalla Home Page, URL: <www.primaonline.it/>, [data di accesso: 30/01/2017]).

ma di alcuni comuni di prevedere nei propri statuti comunali *immediatamente*, senza l'attesa di ulteriori interventi o autorizzazioni legislative, il diritto degli stranieri stabilmente residenti ad esercitare i diritti elettorali in ambito locale.

Il caso più noto e recente è quello del Comune di Genova il cui Consiglio, il 27 luglio 2004, ha deliberato a larga maggioranza una modifica dello Statuto della città che include nell'elettorato attivo e passivo anche gli stranieri extracomunitari maggiorenni, legalmente residenti nel Comune (in quanto in possesso di regolare permesso di soggiorno) da almeno due anni, relativamente all'elezione dei consiglieri comunali (i consigli circoscrizionali erano già aperti al voto degli immigrati).[28]

Non si tratta di un episodio isolato o clamoroso, in quanto da tempo è attivo un vasto *movimento* di autonomie locali (e regionali)[29] orientato nello stessa

[28] L'elezione diretta del Sindaco rimane invece riservata alle persone maggiorenni, titolari della cittadinanza italiana. La modifica statutaria era stata preceduta da una deliberazione dello stesso Consiglio comunale di Genova che, il 16 settembre 2003, aveva approvato a maggioranza una risoluzione che impegnava appunto il Sindaco e i competenti organi consiliari ad «elaborare una proposta di modifica dello Statuto del Comune di Genova che [prevedesse] il diritto di voto e di elettorato passivo alle elezioni amministrative per i cittadini stranieri di provenienza extra UE o apolidi residenti nel territorio Comunale». Sulla vicenda e sulle conseguenti polemiche sulla stampa quotidiana, cfr.: Iervasi M., *Il voto agli immigrati esiste: a Genova*, in «L'Unità», 28 luglio 2004; Plebe A., *Il voto agli immigrati di Genova rilancia le polemiche sui diritti*, in «Il Secolo XIX», 29 luglio 2004.

[29] La Giunta regionale dell'Emilia Romagna ha presentato nel 2003 al proprio Consiglio una proposta di legge (deliberazione n. 447, sostenuta dal parere favorevole della *Conferenza Regione-Autonomie Locali*) contenente «Norme per la integrazione sociale dei cittadini stranieri immigrati». Tra gli scopi: quello di «promuovere la partecipazione dei cittadini stranieri immigrati alla vita pubblica locale nell'ambito delle istituzioni locali del proprio territorio» (art. 1, comma 4, lett. *m*); e, a tal fine, tra le varie forme considerate, emerge «l'estensione del diritto di voto degli immigrati» … ove consentito» (art. 8, comma 1). Nel testo dello Statuto della stessa Regione (approvato dal Consiglio regionale in seconda deliberazione – n. 144 –, il 14 settembre 2004) è stata inserita una formula programmatica dello stesso tenore; tra gli *obiettivi prioritari* ai quali «la Regione ispira la propria azione» è indicato «il godimento dei diritti sociali degli immigrati, degli stranieri profughi rifugiati ed apolidi, assicurando, nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, il diritto di voto degli immigrati residenti» (art. 2, lett. *f*). E ancora nell'art. 15, comma 1, si ribadisce: «La Regione, nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, riconosce e garantisce a tutti coloro che risiedono in un Comune del territorio regionale i diritti di partecipazione contemplati nel presente titolo, ivi compreso il diritto di voto nei referendum e nelle altre forme di consultazione popolare». Altre Regioni hanno adottato formule meno impegnative. Nello statuto della Liguria (approvato dal Consiglio regionale in seconda deliberazione, il 28 settembre 2004) si afferma che: «La Regione, mediante apposite leggi, riconosce e promuove la partecipazione dei cittadini, *dei residenti* e dei soggetti sociali organizzati» (art. 6, comma 1). Più esplicita, ma sempre programmatica, l'affermazione contenuta nell'art. 3, comma 6, dello Statuto della Toscana (approvato dal Consiglio regionale in seconda deliberazione, il 19 luglio 2004), dove è previsto che «la Regione promuove, nel rispetto dei principi costituzionali, il diritto di voto agli immigrati». Contro tali formulazioni, pur così prudenti, il Governo ha presentato

direzione[30] che si richiama, in particolare, alla *Carta europea dei diritti dell'uomo nella città* (sottoscritta a Saint Denis il 18 maggio 2000 da 130 città europee). Il documento valuta sufficienti due anni di residenza nel comune ai fini dell'attribuzione del diritto di voto amministrativo alle persone maggiorenni di nazionalità straniera (art. 8, comma 2).

La pretesa di non pochi comuni di regolamentare unilateralmente, per via statutaria, i diritti elettorali amministrativi degli immigrati si fonda certamente anche sul *maggior* risalto che l'autonomia degli enti locali assume nel riformato art. 114, comma 2, della Costituzione che riconosce espressamente la loro potestà statutaria … «secondo i principi fissati dalla Costituzione», lasciando intendere che la legge non potrebbe comprimere irragionevolmente un tale potere di auto-organizzazione. Questa opinione (e giustificazione) è stata in più occasioni ribadita da alcuni autorevoli sindaci.[31]

Non è allora irragionevole ritenere che nel nuovo quadro costituzionale la parola-concetto 'ordinamento' (di cui al sopra citato comma 4 dell' art. 9 del D.Lgs. n. 286 del 1998) non debba necessariamente coincidere con 'legge generale' (dello Stato), ma possa richiamare fonti diverse prodotte dalle autonomie in cui si articola la Repubblica, in rapporto alla specifica competenza di ciascuna

---

ricorso di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale sostenendo la consueta tesi che «la norma appare in contrasto con il principio costituzionale enunciato nell'art. 48 Cost. – inerente ai rapporti politici – che riserva ai cittadini l'elettorato attivo e, finalisticamente, non rispettosa delle attribuzioni costituzionali dello Stato, essendo riservato al Parlamento nazionale il potere di revisione costituzionale.» Oltre a ciò, la norma, «per quanto specificamente attiene alla legislazione elettorale concernente gli organi statali e degli enti locali, contrasta con le previsioni dell'art. 117, comma secondo lettere *f)* e *p)*, Cost. che attribuiscono allo Stato la potestà legislativa esclusiva nella relativa materia». Il ricorso, per il profilo che qui interessa, è stato dichiarato inammissibile «per carenza di lesività» dalla Corte costituzionale con la sentenza 2 dicembre 2004, n. 372. Essa ha, infatti, ravvisato nell'enunciazione statutaria un «carattere non prescrittivo e non vincolante», in quanto, al pari di altre, esplicherebbe «una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa»; cosicché esse «non comportano né alcuna violazione, né alcuna rivendicazione di competenze costituzionalmente attribuite allo Stato e neppure fondano esercizio di poteri regionali». Per quanto riguarda la proposta di revisione dello Statuto della Sicilia cfr. sopra, nota 20. Per una completa e aggiornata (quasi in tempo reale…) documentazione sull'*iter* dei nuovi statuti regionali cfr. URL: <www.astrid-online.it/i-nuovi-st/Statuti-ap/> (la risorsa va cercata a partire dalla Home Page, URL: <www.astrid-online.it/>, [data di accesso: 30/01/2017]).

[30] Sono assai numerosi gli enti locali che hanno approvato delibere in favore del riconoscimento del diritto di voto amministrativo per i cittadini extracomunitari regolarmente residenti. Una ricognizione delle più significative iniziative ed esperienze è contenuta nel già citato *dossier* predisposto dalla Camera dei Deputati (cfr. nota 11).

[31] Cfr. l'intervista del Sindaco di Venezia, Paolo Costa (in «La Repubblica», 10 ottobre 2003) e, da ultimo, una analoga dichiarazione di Giuseppe Pericu: «…Lo Statuto del Comune ha valore di legge e quindi i nostri immigrati in regola possono benissimo eleggere il Consiglio comunale ed essere, naturalmente, eletti a loro volta» (Pericu G.: *Il voto degli immigrati ora diventi una legge nazionale,* in «La Stampa», 29 luglio 2004).

di regolare con una apprezzabile discrezionalità anche questioni di convivenza. Come si è già sottolineato, l'integrazione sociale e politica di 'tutte' le persone residenti nei comuni, onde assicurare loro le migliori condizioni possibili per un dignitoso sviluppo umano, rientra certamente nei compiti degli enti locali. Per questo aspetto la rivendicazione dei comuni di procedere alla diretta *attuazione* nei propri ambiti territoriali di un 'principio-obiettivo', già accolto dal legislatore statale non appare affatto temeraria o, peggio, 'eversiva'.[32]

In ogni caso, le iniziative dei comuni hanno trovato pronta resistenza nel Ministero dell'Interno che, con una circolare (22 gennaio 2004, n. 4)[33] del Dipartimento per gli Affari interni e territoriali della Direzione centrale dei servizi elettorali, ha censurato il ricorso allo strumento statutario per riconoscere il diritto di voto amministrativo (anche relativamente agli organi di decentramento comunale)[34] agli stranieri stabilmente residenti. Le motivazioni alla base dell'intervento ministeriale si riassumono nell'affermazione tradizionale del primato della testualità delle norme della Carta (artt. 48 e 51) e della legislazione elettorale[35] che ad esse si ricollega, senza alcuna attenzione per le aperture che una lettura storica, sistematica ed evolutiva del discorso costituzionale potrebbe sollecitare. L'ammissione al voto amministrativo dei cittadini comunitari 'non italiani' residenti nel nostro Paese attraverso atti legislativi primari viene burocraticamente ricordata e sbrigativamente definita come «meccanismo derogatorio», non suscettibile di ulteriori estensioni.[36]

5. Altre sono le ragioni di sistema e di sostanza che possono far dubitare della legittimità e dell'opportunità di una frammentaria disciplina, ad opera di singoli

---

[32] Come sostengono Preti G., *Genova, gli extracomunitari e quel diritto di voto affrettato,* in «Avanti», 29 luglio 2004, e Armaroli P., *Voto agli immigrati. Genova è fuori dalla Costituzione*, in «Il Giornale», 31 luglio 2004.

[33] La circolare, a firma del Prefetto Luigi. Riccio, si legge sul sito con URL: <www.interno.it/news/pages/2004/200402/news_000019216.htm>, (il Ministero dell'Interno ora ha un nuovo sito, URL: <http://www.interno.gov.it/it>, [data di accesso: 30/01/2017]).

[34] Ma in proposito – come si è sopra riferito nella nota 24 – è da registrarsi il diverso successivo parere del Consiglio di Stato.

[35] «La legislazione ordinaria, nel disciplinare i singoli procedimenti di consultazione popolare, ha dato attuazione al dettato costituzionale e, in particolare, il vigente testo unico delle leggi per la composizione e l'elezione degli organi delle Amministrazioni comunali, approvato con D.P.R. 16 maggio 1960, n. 570, all'art. 13, comma 1, stabilisce che «sono elettori i cittadini italiani iscritti nelle liste elettorali [...]» (*loc. cit.*).

[36] «L'introduzione di ulteriori deroghe al principio costituzionale e legislativo che correla l'esercizio del diritto di voto, anche nelle consultazioni amministrative comunali, al possesso del requisito della cittadinanza italiana… non può che costituire oggetto di valutazioni e di scelte in sede politica, con conseguente necessità di operare le opportune modifiche al dettato costituzionale e alla legislazione ordinaria vigente» (ivi).

enti territoriali, dei diritti elettorali degli immigrati stabilmente e regolarmente residenti in Italia.

Si è innanzi cercato di dimostrare come tale principio (ed obiettivo) faccia *già* parte del nostro ordinamento in quanto *puntualmente* accolto dal legislatore statale nel D.Lgs. n. 286 del 1998. Cosicché esso si indirizza a 'tutti' gli enti locali e non soltanto a quelli politicamente o congiunturalmente disponibili all'adesione al principio medesimo. Peraltro, si deve constatare come tale atto non contenga alcuna indicazione sulle modalità e sul tipo di organizzazione necessaria per consentire concretamente l'esercizio del diritto di voto amministrativo ai soggetti interessati. Si rende dunque indispensabile l'intervento integrativo di un'*ulteriore* disciplina di rango primario diretta a colmare la lacuna.

Che il ricorso ad altre fonti di diversa natura non sia legittimo, soprattutto per la loro parzialità, si può desumere facilmente dalla stessa Costituzione, dove all'art. 117, comma 2, come modificato nel 2001, si prevede la 'legislazione esclusiva' dello Stato in materia di «condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea» (lett. *a*) e di «immigrazione» (lett. *b*). Al riguardo alla legge statale è affidato anche il compito di disciplinare «forme di coordinamento tra Stato e regioni» (art. 118, comma 3).[37]

È difficilmente controvertibile che l'attribuzione dei diritti elettorali, anche se solo in ambito locale, rientri nello *status* di tale categoria di persone e dunque ricada nella sfera di competenza del legislatore statale anche per gli aspetti modali dell'esercizio del voto.

In effetti – come si è già accennato – una regolamentazione diffusa (o dispersa) e, per di più, 'eventuale' di un diritto di convivenza, da tutti qualificato come «fondamentale», ad opera di normatori decentrati, mancherebbe assai probabilmente della necessaria uniformità, imposta dall'art. 3 della Costituzione. Si pensi

---

[37] La disposizione si ricollega al comma 2 dell'art. 10 Cost., che stabilisce come «la condizione giuridica dello straniero» (in generale) debba essere regolata dalla *legge* (evidentemente dello Stato) «in conformità delle *norme* e dei trattati internazionali». Con questo ampio richiamo agli ordinamenti sovranazionali, in tutte le loro possibili specificazioni, il Costituente ha inteso affermare che la legislazione sullo *status* degli stranieri si uniformi «ai parametri vigenti in materia nella comunità internazionale, in modo che nel trattamento [degli stranieri] l'Italia si adeguasse al *comportamento prevalente* nella vita di relazioni internazionali» (Cassese A., *Commento all'art. 10*, in *Commentario alla Costituzione* – Artt. 1-12 (a cura di Branca G.), Bologna, Zanichelli, 1975, p. 510). La Corte costituzionale (nella sent. n. 88 del 2003), da parte sua, ha osservato che le riserve al legislatore statale contenute nel *nuovo* art. 117 della Costituzione costituiscono «un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di un'adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto». Una simile puntualizzazione non può non valere anche per un settore così delicato e *sensibile* come la disciplina delle condizioni per l'esercizio dei diritti elettorali, sia pure *soltanto* in ambito locale, da parte dei cittadini extracomunitari stabilmente residenti nel nostro Paese.

solo alla determinazione del requisito della stabilità e durata della residenza, che potrebbe sensibilmente variare da comune e comune, in assenza di un indirizzo univoco anche nelle fonti internazionali appena ricordate. Insomma, potrebbe sortirne una inammissibile disparità di situazioni e di trattamento che, tra l'altro, avrebbe ripercussioni non positive proprio sull'esigenza di integrazione sociale di 'tutti i membri' delle comunità locali.

Oltre a ciò, spetterebbe sempre (e solo) al legislatore statale provvedere alle necessarie integrazioni del Testo Unico (D.P.R. n. 223 del 1967) sulla «disciplina dell'elettorato attivo e per la tenuta e la revisione delle liste elettorali», come è avvenuto con l'istituzione di 'liste elettorali aggiunte' per i cittadini degli stati membri dell'Unione Europea che richiedono di partecipare alle elezioni per il rinnovo degli organi rappresentativi e di governo comunali (art. 1 del D.Lgs. n. 196 del 1997).

Lo stesso legislatore statale nel suo doveroso intervento integrativo è comunque tenuto al rispetto della propria coerenza. Cosicché sarebbe difficilmente sostenibile, sotto il profilo della *ragionevolezza*, una disciplina regressiva rispetto ai contenuti già menzionati del *Capitolo C* della Convenzione di Strasburgo del 1992 (recepiti dal D.Lgs. n. 286 del 1998): aumentando, ad esempio, la soglia massima, ivi contemplata, dei cinque anni di residenza nello Stato di accoglienza per l'acquisizione del voto amministrativo, oppure escludendo il diritto all'eleggibilità...[38]

Si è già messo in risalto che nuove iniziative maturate in questi ultimi anni negli *spazi* della cultura giuridica ed istituzionale dell'Unione Europea sono manifestamente orientate a facilitare e a non ritardare oltre misura una completa integrazione civica e politica a livello locale dei cittadini non comunitari, immigrati stabilizzati.

Anche da questo punto di vista l'opinione, già confutata, che solo il legislatore costituzionale potrebbe por mano alla materia parrebbe irragionevole. La rinuncia ad affidarsi alle risorse della Costituzione, alla così felice capacità di espansione dei valori in essa contenuti nei confronti di situazioni non previste, né prevedibili al momento della sua elaborazione, comporterebbe una dilazione

[38] Le proposte di legge ordinaria in materia presentate alle Camere nella presente legislatura (XIV) assecondano tali indirizzi. In particolare, la durata della residenza *stabile e regolare* per l'acquisizione dei diritti elettorali in ambito locale è confermata in cinque anni nei progetti dell'on. Pisapia (Camera, doc. n. 2409) e dei senn. Malabarba e altri (Senato, doc. n. 2541). L'iniziativa dell'on. Diliberto e altri equipara la situazione degli stranieri titolari di permesso di soggiorno a quella dei cittadini dell'Unione Europea residenti nel nostro Paese (Camera, doc. n. 4327). Numerose altre proposte di legge, che si possono considerare alternative e/o concorrenti rispetto alle precedenti, affrontano la questione prevedendo, in vario modo, modifiche alla legge n. 91 del 1992 per semplificare i procedimenti e ridurre i tempi per l'acquisto della cittadinanza italiana da parte degli immigrati.

dei tempi tale da enfatizzare inutilmente (e con danno all'immagine del nostro Paese nel consorzio europeo) contrapposizioni e sensibilità diverse, che potrebbero tranquillamente risolversi nella normale arena legislativa parlamentare.

Sotto un profilo sostanziale la ragionevolezza esorta ancora una volta a distinguere e a riflettere non solo sulle forme, ma anche sulla realtà delle cose e sugli interessi istituzionali effettivamente coinvolti dall'improcrastinabile perfezionamento[39] della disciplina sul voto amministrativo-locale degli stranieri residenti nel nostro Paese.

Agli organi di rappresentanza e di governo locale sono attribuite *solo* competenze e poteri amministrativi e non funzioni connesse all'esercizio della sovranità, riservate dalla Costituzione in via esclusiva a Parlamento e Governo. Cosicché non può essere messo sullo stesso piano il suffragio amministrativo e quello politico;[40] né è plausibile paventare il rischio di interferenze indirette di interessi stranieri negli affari italiani evocando il problema di una *doppia* irrisolta lealtà che potrebbe gravare sui cittadini stranieri. La comprovata stabilità residenziale si può considerare come una 'cittadinanza di fatto' di livello locale, sufficiente a consentire a tutti di manifestare, attraverso una *piena* partecipazione elettorale, sincera *adesione* alla comunità in cui vivono e al cui sviluppo concorrono.[41]

---

[39] Su cui insiste anche il CNEL nel suo parere sul *Documento programmatico triennale 2004/2006 sulla politica dell'immigrazione*, reso, il 25 marzo 2004, ai sensi dell'art. 3, comma 1 del D.Lgs. n. 286 del 1998. Nel documento che accompagna il parere si richiede «un impegno esplicito del Governo e del Parlamento» volto «alla sollecita previsione legislativa nazionale, *in ogni caso,* per gli stessi cittadini immigrati sia del diritto di voto amministrativo, sia dell'ottenimento della cittadinanza italiana con requisiti di tempo, semplificazione e trasparenza di procedure, riconoscimento dello *jus loci,* analogamente a quanto avviene in altri Stati membri dell'Unione Europea» («Pronunce», n. 51, Roma, 2004, pp. 8-9).

[40] In tal senso chiaramente cfr., tra altri, Luciani M., *op cit.*, p. 34, che recentemente ha ribadito il suo pensiero nel commento: *Per cosa votano gli stranieri*, in «La Stampa», 9 ottobre 2003.

[41] In una simile prospettiva si veda la proposta di legge costituzionale (AC n. 4786, 4 marzo 2004) a firma dei deputati Bressa e altri, rivolta a un aggiornamento del concetto di cittadinanza richiamato dall'art. 48 Cost., al quale dovrebbe essere premesso il seguente comma: «Sono cittadini coloro i quali partecipano *effettivamente* alla vita economica, sociale e politica del Paese e soddisfano i requisiti stabiliti dalla legge». Coincidente l'opinione di Pizzetti F.G., *Elettori, quasi cittadini*, in «Il Regno», 1998, pp. 228 ss.

# Verso il cosmopolitismo costituzionale?*

Il laboratorio che è stato affidato al mio coordinamento ha ben onorato le relazioni di Quirino Camerlengo e Paolo Bonetti, ne ha soprattutto colto la drammaticità, l'attualità, la *passione civile* oltre che scientifica. Più che critiche, le relazioni hanno suggerito ulteriori approfondimenti e dubbi che tutti gli intervenuti sono stati capaci di svolgere in tempi brevi e con argomentazioni serrate.

Piuttosto che esporre in forma notarile il contenuto di ciascun contributo, in questa sintesi vorrei continuare il ragionamento complessivo, utilizzando liberamente (spero non arbitrariamente) le riflessioni ascoltate, confidando in una feconda contaminazione reciproca.

La vocazione 'cosmopolitica' dei sistemi costituzionali non è una semplice prospettiva, ma un fatto storico frutto di processi politici-istituzionali e culturali con un approdo giuridico, certamente ancora debole, ma documentabile.

'Vocazione' non è mera *aspirazione*, ma *attitudine*. Kant, a suo tempo, costruì una teoria improntata sul 'dover essere' dell'universalità dei diritti fondamentali, non sull'*essere*, anche se nel 1795 (quando pubblicò *La pace perpetua*) egli aveva ben presente l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: «Ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri fissata, non ha una Costituzione».

È, questa, un'affermazione definitoria e perentoria (alla maniera dei rivoluzionari francesi) che assegna un compito specifico e tipico alle costituzioni e, nel contempo, esprime un giudizio di inferiorità e di inadeguatezza sulle *società altre*¸ nelle quali i diritti non sono garantiti in quanto la separazione tra i poteri (istituzionali e sociali) non *è fissata*: è lasciata alla volubilità del sovrano).

Se poniamo a confronto (*in sistema*) questo enunciato *rivoluzionario* con il postulato delle dottrine dello Stato tradizionali che sottolineano l'inscindibilità del binomio sovranità-costituzione (intesa semplicemente come 'assetto del potere' *minimo* in un determinato momento storico e con riferimento a un ambito territoriale tendenzialmente definito), ci possiamo immediatamente rendere conto delle conseguenze *logiche* che l'art. 16 può produrre (e forse ha prodotto) proprio in una dimensione espansiva o *cosmopolitica*. Cosicché:

---

* Relazione di sintesi al Convegno del «Gruppo di Pisa» (Capri, 3 giugno 2005), in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali* (a cura di Staiano S.), Torino, Giappichelli, 2006, pp. 959-967.

I. Non possono (più) esistere società-stati *sovrani* (che possano legittimamente pretendere il rispetto della loro *eguale* sovranità nel consorzio delle nazioni) privi di una 'vera' costituzione.
II. Sono 'vere' solo le costituzioni che rispondono ai requisiti del sopraccitato art. 16.
III. Le società senza vere costituzioni non sono legittime e non sono sovrane; sono solo contesti di fatto, situazioni inaccettabili per l'intera umanità, da *ordinare* o da *riordinare*; e, pertanto, sono suscettibili di *interferenza.*
IV. Una tale missione non può che spettare agli stati virtuosi, dotati di una costituzione 'vera'.

Un simile sillogismo è alla base di ulteriori importanti discorsi e può essere adottato anche da quanti pretendono di esportare (*con tutti i mezzi disponibili*) la democrazia per risolvere alla radice i problemi di convivenza nel mondo.

La vocazione cosmopolitica dei sistemi costituzionali contemporanei (che confidano nell'adesione a principi ed a forme *riconosciute* come universali) potrebbe essere dimostrata anche (e forse più utilmente) con un approccio *debole*: valorizzando non tanto le virtù assertive delle costituzioni con i loro cataloghi di diritti (civili, politici e sociali), ma piuttosto prendendo sul serio le conclamate (o, meglio, confessate) insufficienze delle medesime: la loro inadeguatezza a risolvere le situazioni e i fenomeni della globalizzazione. La quale ha messo irrimediabilmente in crisi lo stesso concetto di ordinamento 'sovrano', non più in grado di prevedere (e imporsi su) situazioni che si manifestano al *proprio* interno, ma che hanno origine e si sviluppano all'esterno.

Le Costituzioni successive alla seconda guerra mondiale dichiarano talora apertamente e clamorosamente la loro insufficienza. Il caso più significativo è proprio quello della Costituzione italiana che, all'art. 11, *si affida* a più ampi ordinamenti e organizzazioni *sopranazionali* per la disciplina e la risoluzione dei grandi problemi epocali di pace, di giustizia, di sopravvivenza delle *persone* a prescindere dalla loro collocazione territoriale.

La confessione di inadeguatezza delle costituzioni nel senso appena precisato si rivela in altri aspetti che, forse, non sono stati abbastanza considerati dalla dottrina trattenuta da discorsi troppo autoreferenziali o, comunque, interni al sistema. Mi riferisco all'art. 2 della Costituzione laddove «riconosce» i diritti inviolabili dell'uomo. È nota la questione se si tratti di norma *chiusa* (che si limita a richiamare in sintesi i diritti individuati ed enumerati dalla stessa Costituzione) o di norma *aperta* (rivolta a recuperare situazioni attive relative alla persona non immediatamente previste, eppure ritenute espressione di comune sentire giuridico in una dimensione globale).

La necessità palesata dalla Costituzione di (dover) 'riconoscere' ed eventual-

mente 'recepire' discipline *esterne* al proprio ambito di sovranità segnala il *deficit* degli ordinamenti statali, in quanto non sono in grado di far fronte con risorse giuridiche esclusive alle condizioni della convivenza nell'epoca presente.

La misura dell'adeguatezza delle costituzioni – sottolinea Camerlengo rifacendosi ancora una volta al pensiero kantiano – si rivela soprattutto nell'attenzione nei confronti della persona *ospite*, priva dello *status* di cittadinanza e, dunque, potenzialmente sottoprotetta in quanto sfugge ai vincoli ed ai vantaggi delle comunità stabili.

Il problema è antico ed è stato affrontato in modo assai meticoloso dalla Magna Charta laddove, ad esempio, considerava i diritti dei commercianti stranieri che si trovassero nello Stato di Inghilterra anche in caso di belligeranza con lo stato di appartenenza dei medesimi.[1] Ora ci si trova di fronte alla categoria dei migranti senza la speranza illuministica di 'nuove frontiere' da conquistare in un mondo nuovo, pronto ad accogliere chiunque…

Come declinare, allora, in *un mondo non più nuovo e con frontiere sempre più chiuse* il principio dell'ospitalità?

Le costituzioni, in genere, non recepiscono tale principio in maniera indiscriminata, cioè non riconoscono a 'chiunque' il diritto a un libero stabilimento. Peraltro, riconoscono il diritto d'asilo agli stranieri che vivono in paesi *illiberali* nei quali – per citare l'art. 10 della Costituzione italiana – «è impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche» dalla stessa 'garantite'.

L'interpretazione e applicazione estensiva o restrittiva della disposizione è tuttora questione controversa. Non intendo ridiscuterla. Mi preme invece sottolineare come il diritto d'asilo *abbia origine e natura extraterritoriale,* giacché si forma nel momento (e nei luoghi) in cui si verificano le situazioni illiberali. E il riferimento alle «condizioni stabilite dalla legge», necessarie per l'esercizio di un tale diritto, non prefigura affatto soltanto limiti ragionevoli all'obbligo di accoglienza, demandati alla prudente discrezionalità del legislatore; ma, in presenza di circostanze date, impone anche l'adozione di adeguate misure positive per rendere possibile ed effettivo l'espatrio alle persone oppresse.

Camerlengo con grande meticolosità e metodo cerca di definire *in positivo* il

---

[1] «Tutti i mercanti potranno, se non ne avranno anteriormente ricevuto pubblico divieto, liberamente e in tutta sicurezza uscire dall'Inghilterra e rientrarvi, soggiornarvi e viaggiarvi, sia per terra che per acqua, per comprare e per vendere, seguendo le antiche e buone consuetudini, senza che si possa imporre su loro alcuna esazione indebita, eccettuato in tempo di guerra o qualora essi fossero di una nazione in guerra con noi. E, se si trovano di questi mercanti nel Regno al principio di una guerra, saranno internati, senza alcun danno alle loro persone e alle loro mercanzie, fino che Noi o il Nostro Gran Giustiziere saremo informati della maniera con cui i nostri mercanti sono trattati presso il nemico; e, se i nostri sono ben trattati, quelli del nemico lo saranno anche sul nostro territorio.» Paragrafo XXX (mi avvalgo della traduzione della Magna Charta pubblicata in *Diritti di Libertà*, a cura di Ruffini F., II ed., Firenze, La Nuova Italia, 1946, pp. 163 ss.).

catalogo dei diritti e degli istituti che rappresentano il comune nucleo essenziale (o 'nucleo duro', se si accoglie la terminologia di Bonetti) del 'cosmopolitismo costituzionale'.

È una ricerca delle virtù delle costituzioni liberali *aperte* che si potrebbe sviluppare analizzando le ormai innumerevoli carte, dichiarazioni, convenzioni internazionali dei diritti, nei più vari settori, prodotte negli ultimi sessanta anni onde verificare le coincidenze di valori e di formulazione rispetto alle singole carte costituzionali. Si potrebbe arrivare alle conclusione che anche questa è una evidente manifestazione del neo costituzionalismo cosmopolita. Ci si potrebbe, però, anche domandare come mai stati sovrani con una costituzione sostanziale 'vera' (ritornando all'art. 16 della dichiarazione del 1789) hanno avvertito, dopo la seconda guerra mondiale, la necessità di far confluire o conferire almeno parzialmente il loro patrimonio costituzionalistico in un 'fondo' costituzionale comune.

La risposta, ancora una volta, potrebbe muovere dalla constatazione dell'insufficienza, se non dell'incapacità delle singole e ambiziose costituzioni contemporanee di garantire l'effettivo esercizio dei diritti di convivenza in un mondo sempre più collegato e di immaginare ragionevoli bilanciamenti tra esigenze talora (apparentemente) contrapposte.

In un simile contesto si potrebbero valutare le costituzioni leggendole, per così dire, *in negativo,* ricordando che esse, in gran parte, rappresentano il tentativo di risolvere i disastri del tempo da cui sono sortite e prevenirli; e che dietro ogni enunciazione di diritto inviolabile c'è una 'situazione orribile' che si vorrebbe per il futuro rimuovere.

Le Costituzioni, nel loro insieme, sono una fonte preziosa per l'individuazione delle situazioni orribili anche dell'epoca presente. Una prima umile missione dei giovani 'costituzionalisti cosmopoliti' potrebbe proprio essere quella di mostrare e dimostrare l'evidenza e la dirompenza di siffatte situazioni orribili nella convivenza globale e, dunque, la necessità di trovare rimedi giuridici tendenzialmente universali, in sedi di *governance* tendenzialmente globali.

Le situazioni orribili vengono evocate nella relazione di Paolo Bonetti che analizza, anche in maniera diacronica, le risposte istituzionali che gli ordinamenti costituzionali di matrice liberale individuano per far fronte agli stati di eccezione, alla gestione delle emergenze, cioè dei fatti che possono mettere a repentaglio la sopravvivenza degli stati e dei valori fondamentali su cui gli stati medesimi si fondano.

L'emergenza comune e più temuta nel *mondo collegato* è il terrorismo. E la domanda ricorrente, non solo tra gli studiosi di diritto costituzionale, è se si possa contrastare tale fenomeno criminoso a largo spettro senza rinunciare *in qualche misura* agli elementi costitutivi dello stato liberale.

La questione, per il solo fatto di porsi, è un'ulteriore conferma dell'insufficienza e, non di rado, delle incongruenze dei costituzionalismi nazionali o, si potrebbe meglio dire, territoriali nell'età della globalizzazione. Non a caso gli ordinamenti liberali cercano di convergere in contesti più vasti ed adeguati attraverso lo strumento delle grandi convenzioni internazionali (la CEDU, in particolare) nelle quali non solo riversano i 'prodotti' di una comune civiltà giuridica; ma dalle quali cercano legittimazione per *decisioni in deroga*, quando le circostanze sembrano imporre una scelta irriducibile tra *assoluta fedeltà ai presupposti ed ai diritti* e salvaguardia dello stato come luogo imprescindibile della convivenza organizzata.

Questa impostazione è fallace e può generare conclusioni orrende, come quella di Alan Dershowitz (citata da Bonetti), per il quale sarebbe ragionevole – ad esempio – sottoporre, sotto il controllo del giudice, una persona sospettata di contiguità ad ambienti terroristici a misure di pressione fisica volte a provocargli dolori lancinanti che, però, non gli causino danni durevoli, al fine di ottenere informazioni utili a prevenire atti di terrorismo. E ciò in omaggio al principio del bilanciamento dei valori in gioco in determinate situazioni e al metodo della proporzionalità.

Per confutare simili aberranti opinioni è opportuno ricostruire in tutta la sua portata (definitoria e fattuale) gli stessi scenari tragici da cui scaturiscono concezioni e pratiche istituzionali regressive rispetto al valore universale e *mai cedevole* dei diritti fondamentali dell'uomo e della convivenza tra gli uomini. Segnalo cinque punti di un possibile ragionamento di prospettiva, in adesione alla visione di neocostituzionalismo cosmopolita su cui stiamo confrontandoci.

I. Per le sue caratteristiche il terrorismo nell'epoca della globalizzazione è, comunque, un atto contro l'intera umanità e deve essere qualificato anche giuridicamente come tale; non può essere considerato lesivo dei beni della convivenza soltanto nell'ambito dello spazio sovrano in cui si compie, ma in una prospettiva mondiale. Gli effetti di atti terroristici – è notazione comune – travalicano i confini dei singoli stati. Il danno è globale.
II. Se questo assunto è vero, le reazioni giuridiche al terrorismo *devono* essere affidate ad una responsabilità globale e non continuare ad essere frazionate a livello di singoli stati. Peraltro, ciò non significa che le misure antiterrorismo non possano essere prodotte a livello statale e che i procedimenti contro il terrorismo non possano essere affidati a Corti nazionali in alternativa a (o in attesa di) una generalizzazione delle Corti internazionali specializzate contro tali tipi di crimini. È comunque essenziale che le misure antiterrorismo, i procedimenti e i giudizi si ispirino a principi assolutamente comuni.

III. Le manifestazioni terroristiche mettono certamente a repentaglio i beni fondamentali anche giuridici e inderogabili della convivenza, quali si trovano enumerati in varie fonti costituzionali, che individuano un tendenziale patrimonio comune: i diritti alla vita, all'integrità personale, all'identità personale, alla capacità civile e alla cittadinanza, all'irretroattività della legge penale; il diritto di difesa degli imputati e la libertà di coscienza e di religione. Qualsiasi compressione di tali diritti (davvero il 'nucleo duro', in quanto costitutivi della dignità della persona) come reazione ai danni provocati dalle manifestazioni terroristiche sulla convivenza, la graverebbe di altre lesioni insopportabili, innescando una spirale davvero inconcludente e fatale.

IV. Il principio di proporzionalità tra riduzione delle libertà dei singoli e 'stati di necessità' per la salvaguardia degli ordinamenti nel loro complesso e nel loro divenire storico (argomento che dovrebbe convincere che una sospensione dei presupposti costituzionali non equivale alla loro negazione-interruzione), comunemente recepito nei variegati modelli per la gestione delle emergenze analizzati da Bonetti, si riduce ad essere una sorta di matrioska concettuale che non riesce ad orientare, ma solo a giustificare manifestazioni illiberali dei poteri pubblici degli stati liberali.

V. Nei momenti di grave tensione e anche di pericolo *per la convivenza umanitaria globale* (insisto) dovrebbe affermarsi – a mio avviso – un altro modello concettuale 'di reazione', che *in senso positivo* definirei di cooperazione di massa o di *cooperazione tra le genti*. Esso trae spunto dalla sottile distinzione tra *salus populi* e *salus reipublicae* e dovrebbe evitare le suggestioni organicistiche (e anti-individualistiche) che inesorabilmente riaffiorano nelle crisi più devastanti, con il risultato di aggravarle. La *salus reipublicae* richiede, infatti, la disponibilità al sacrificio dei consociati in una posizione di rassegnata passività (anche in termini di riduzione o di sospensione di diritti) in vista della salvezza del tutto (e per il ritorno alla normalità). Viceversa, la *salus populi* dovrebbe sollecitare una reazione positiva delle società civili, disponibili, in determinate situazioni, ad esercitare i pur inderogabili diritti fondamentali di relazione in forme, per così dire, condivise e collaborative per consentire l'uscita dall'emergenza (la prevenzione e la repressione delle manifestazioni terroristiche), senza peraltro mai compromettere il valore della dignità di qualsiasi persona, anche della più nociva. Si tratta non solo di attingere a quel patrimonio costituzionale comune che entrambe le relazioni hanno ben evidenziato, ma anche di rifondare un lessico costituzionale cosmopolita condiviso, in grado, ad esempio, di distinguere in maniera convincente e rigorosa il concetto di 'forza' rispetto a quello di 'violenza'. L'esperienza delle Corti

penali internazionali, chiamate a giudicare sui grandi crimini contro l'umanità, è in questa direzione assai fertile, proprio perché contribuisce alla formazione di una cultura cosmopolita dei diritti fondamentali e della dignità della persona, fondata sul rifiuto universale di quelle 'situazioni orribili' *evidenti* dalle quali trarre poche, ma utili e sempre più condivise verità per la convivenza 'globale'.

# Immigrazione clandestina: gli operatori sanitari non diventano 'spie'*

Nel corso delle discussioni parlamentari sul controverso disegno di legge governativo «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica» (legge 15 luglio 2009, n. 94 in G.U. 24 luglio 2009, n. 170, suppl. ord. n. 128/L), una questione, in particolare, ha occupato l'attenzione e le polemiche dell'opinione pubblica: quali potranno essere i comportamenti (obbligatori o discrezionali) dei medici e, più in generale, degli operatori sanitari, quando vengano a conoscenza che la persona assistita è un immigrato 'irregolare' o, più esattamente, un soggetto in costanza di reato ai sensi del *nuovo* art. 10-*bis,* inserito nel decreto legislativo n. 286 del 1998 (Testo Unico sull'immigrazione e sulla condizione dello straniero in Italia)?

È indispensabile rievocare i tratti essenziali normativi e 'storici' della complessa vicenda. Il Testo Unico appena citato contiene tuttora due enunciati assolutamente perentori che occorre considerare in una prospettiva sistematica. L'art. 35, al comma 5, prescrive che «l'accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero non in regola con le norme sul soggiorno non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità

---

* In «Il Corriere giuridico», n. 9, 2009, pp. 1273-1278. L'articolo è preceduto dalla seguente nota redazionale di sintesi: Il giuramento di Ippocrate resiste alle nuove disposizioni in materia di sicurezza. La legge 15 luglio 2009, n. 94 non ha prodotto i tanto temuti 'medici spia'. Nessun appartenente alle professioni sanitarie sarà tenuto, in quanto pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, a denunciare le persone assistite (in strutture sia pubbliche, sia private) sospette di incorrere nella contravvenzione di permanenza non autorizzata sul territorio nazionale. Anzi, continuano a vigere le norme originarie del T.U. n. 286 del 1998, che impongono al personale ospedaliero di non segnalare alle autorità giudiziaria e di pubblica sicurezza la situazione di irregolarità dei pazienti extracomunitari. L'art. 35, comma 5, del T.U. del 1998 si configura come norma speciale, non derogabile da una disciplina generale, anche se successiva. Inoltre, il contenuto della medesima disposizione è strettamente connesso con l'art. 32 della Costituzione (rafforzato da rilevanti Convenzioni internazionali), laddove definisce la salute come diritto fondamentale dell'individuo; e che – come ha più volte sentenziato la Corte Costituzionale – vieta ogni tipo di discriminazione tra le persone, sulla base della loro cittadinanza. La stessa Corte ha statuito il principio di metodo che le leggi devono essere interpretate e applicate (non solo dai giudici) in senso conforme alla Costituzione. Rimane comunque qualche incertezza sull'estensione anche al personale amministrativo delle strutture ospedaliere dell'obbligo di non segnalazione degli stranieri 'irregolari' che fruiscono delle prestazioni sanitarie. Ove si affermassero comportamenti incoerenti rispetto a quelli praticati dal personale di cura, i giudici costituzionali potrebbero essere chiamati a pronunciarsi sulla questione.

di condizioni con il cittadino italiano». Tale precetto è intimamente collegato al precedente art. 12, comma 2, dello stesso T.U. laddove afferma che, «fermo restando quanto previsto dall'art. 54 del codice penale, 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*».

Basterebbero questi due semplici richiami testuali (a prescindere da altre fonti che valuterò più avanti) per arrivare a una prima conclusione logica: sui medici curanti (e sul personale anche ausiliario che, per incombenze diverse, viene a contatto con un paziente straniero) grava un dovere assoluto di riserbo *anche* nei confronti delle autorità che presidiano la sicurezza pubblica e che sono preposte alla repressione degli illeciti penali.

Non a caso i partiti ostili a questa salvaguardia avevano proposto nel corso dei lavori parlamentari della legge di cui si tratta, l'esplicita abrogazione del comma 5 dell'art. 35, proprio nell'intento di prefigurare *anche* per il personale delle strutture sanitarie un obbligo indiscriminato di segnalazione degli stranieri non regolari. Ma, come è noto, un simile emendamento – approvato in prima lettura dal Senato[1] – è stato poi, con accordo unanime, soppresso *in limine* dalle commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera dei Deputati, in sede referente.[2]

Un simile epilogo avrebbe potuto essere interpretato come manifesta volontà del legislatore di non mutare la vigente normativa. Ma l'approvazione di altre novità ha provocato dubbi o addirittura la convinzione diffusa che la maggioranza parlamentare intendesse perseguire il proposito di 'svuotare' l'operatività del 5 comma dell'art. 35 del T.U. n. 286 *per altre vie.*

Ciò che preoccupava e tuttora preoccupa è l'introduzione del reato contravvenzionale genericamente definito di «immigrazione clandestina». Più precisamente, sono state previste due distinte ipotesi di illeciti penali (puniti con l'ammenda): l'ingresso irregolare nel territorio dello Stato e la permanenza in esso altrettanto illecita (le fattispecie sono ora sistemate nell'art. 10-bis aggiunto nel Testo Unico sopramenzionato).[3]

Ed ecco il sillogismo che ne è scaturito. Nel momento in cui la presenza dello straniero extracomunitario è qualificata come reato essa comporta l'applicazione dell'art. 331 del codice di procedura penale: «[…] i pubblici ufficiali e gli incaricati di un pubblico servizio che nell'esercizio o a causa delle loro funzioni o

---

[1] Doc. n. 773, art. 45, comma 1, lett. *t).*

[2] Sedute del 10 marzo e del 27 aprile 2009.

[3] La prima ipotesi si applica a quanti incorrano nell'infrazione successivamente all'entrata in vigore della legge (principio di non retroattività); la seconda matura se lo straniero non rimuove le eventuali cause di irregolarità al momento dell'entrata in vigore della legge. Cioè: se non dispone di un permesso di soggiorno (rilasciato per un periodo variabile in rapporto ai motivi di soggiorno: art. 5 del T.U. n. 286 del 1998) o di una 'carta di soggiorno' (concessa a tempo indeterminato ai cittadini extracomunitari «stabilizzati»: art. 9 del T.U. citato).

del loro servizio, hanno notizia di un reato perseguibile di ufficio, devono farne denuncia per iscritto, anche quando non sia individuata la persona alla quale il reato è attribuito […]». Siccome è certo che quanti operano in strutture sanitarie pubbliche o convenzionate (cioè nell'ambito del sistema sanitario nazionale) si possono quanto meno qualificare come 'incaricati di un pubblico servizio', verrebbe loro imposto di comunicare alle autorità competenti (giurisdizionali o di polizia giudiziaria) il fatto di aver prestato cure a persone non regolarmente soggiornanti nel nostro Paese, ove siano a conoscenza di una tale situazione, penalmente illecita. Tale dovere di denuncia sarebbe corroborato da puntuali, seppure lievi, sanzioni pecuniarie comminate dal codice penale che, agli artt. 361 e 362, punisce rispettivamente il pubblico funzionario e l'incaricato di pubblico servizio che ometta o ritardi di «denunciare all'autorità giudiziaria, o ad un'altra autorità che a quella abbia obbligo di riferire, un reato di cui ha avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni».

Pertanto, il pur non espressamente abrogato comma 5 dell'art. 35 del T.U. sull'immigrazione ne risulterebbe sostanzialmente travolto, anche in conformità con il criterio cronologico in virtù del quale, tra fonti pari ordinate, è quella successiva a prevalere sulla precedente nella disciplina della stessa materia.[4]

Il ragionamento appena riassunto è però, per così dire, 'minimalista'. Non tiene conto della complessità dell'ordinamento nello stato di diritto che si ispira al *pluralismo non eguale* delle fonti normative, sia sotto il profilo formale, sia sotto il profilo sostanziale. Cosicché ogni ricostruzione giuridica e il conseguente esito interpretativo delle norme (e delle *nuove leggi*, in particolare) non può prescindere dal sistema che le accoglie e dal principio di coerenza e armonia che tende a preservarlo dal rischio di antinomie. In un tale contesto, le eventuali riserve mentali o le intenzioni degli autori politici delle leggi possono non coincidere con la *volontà oggettiva* finale del legislatore.

Lo stesso concetto si può esprimere facendo ricorso alla categoria della razionalità della legge che esige di distinguere le fonti di pari livello sulla base del loro contenuto, del loro effettivo significato regolativo in rapporto agli interessi in gioco e ai molteplici (ma diversamente ponderati) beni-valori della convi-

[4] Tra le tante *vigorose* prese di posizione in tal senso si può segnalare quella di Massimo Cozza, segretario nazionale FP-CGIL Medici: «Il giusto ripristino del divieto di segnalazione – con l'abrogazione in Commissione dell'emendamento della Lega Nord – viene, infatti, vanificato dall'introduzione del reato di clandestinità che obbliga i pubblici ufficiali alla denuncia, a partire dai medici del Ssn e non solo», (Agenzie «Asca» e «Adnkronos» Salute del 30 aprile 2009). Si veda anche l'intervista dell'on. Ignazio Marino, *E Marino rilancia l'allarme medici* (…), in «La Repubblica», 5 maggio 2009 e l'editoriale di Pepe G., *Se i medici denunciano gli irregolari*, nell'inserto «Salute», n. 629, de «La Repubblica», 25 giugno 2009. Un'eco di queste preoccupazioni si è avvertita anche nel corso delle discussioni parlamentari (cfr. gli interventi dei Senatori Della Monica, Galperti, Mercenaro, Garavaglia in Assemblea, 30 giugno 2009).

venza ai quali si vuole accordare una tutela rafforzata. In tale prospettiva, gli ordinamenti liberali riconoscono da tempo il principio di *specialità*,[5] in virtù del quale le situazioni disciplinate con un'intensità normativa peculiare (in grado di identificare in maniera evidente gli scopi specifici da raggiungere e/o le posizioni soggettive che necessitano di essere trattate in modo separato rispetto ad altre, pur formalmente equivalenti) resistono alla volontà apparentemente contraria della legge (posteriore) formulata in termini generali e quando essa procede per categorie piuttosto che per obiettivi. Grazie a questa saggezza interpretativa (efficacemente compendiata nei noti brocardi di impronta medievale: *lex specialis derogat generali* e *lex posterior generalis non derogat priori speciali*), l'ordinamento può conservare la coerenza e la completezza indispensabili alla propria continuità e consegnare ai giuristi uno strumento adeguato a risolvere le (apparenti) incongruenze logiche e cronologiche dei corpi normativi.

### *La posizione 'speciale' dei medici pubblici funzionari*

Che i medici e le altre figure incaricate di un servizio sanitario si trovino in una posizione ragionevolmente differenziata (*speciale*, appunto) rispetto a quella di altri pubblici funzionari con riferimento all'obbligo di segnalazione-denuncia nelle fattispecie che si stanno analizzando, si può dimostrare facilmente proprio attingendo alle risorse dell'ordinamento giuridico. E, per essere ancora più pun-tuali, si può verificare come per tali categorie professionali viga tuttora il dovere di astenersi da qualsiasi denuncia nei confronti dei pazienti extracomunitari.[6]

---

[5] Espressamente recepito dall'art. 15 del Codice penale («Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito»). La disposizione, secondo un'autorevole dottrina, non riguarda soltanto le norme *incriminatrici*, ma si estende a tutte le situazioni che ricadono nel dominio del diritto penale.

[6] L'art. 365 c.p. sancisce per gli esercenti della professione sanitaria l'obbligo di riferire all'autorità giudiziaria (o di polizia giudiziaria) di aver rilevato nel corso della propria attività diagnostica o di cura la commissione di un *delitto* (e non di una semplice contravvenzione) per il quale è previsto che si proceda d'ufficio (si tratta di fattispecie particolarmente gravi come, ad esempio, …i crimini contro la vita, l'incolumità individuale, contro la famiglia ecc.). Tale obbligo, però, viene meno se il referto espone la persona assistita al rischio di un procedimento penale (ove, ad esempio, la medesima potesse essere identificata come autore del reato: Cass. Pen. VI, sent. 4 maggio 2001, n. 18052). Anche nel codice penale, risalente allo stato fascista, il bene soggettivo della salute è stato, dunque, valutato prevalente rispetto a quelli pubblici della sicurezza e/o della giustizia. L'obbligo di segnalazione, che si esprime solitamente attraverso una denuncia o un rapporto alle autorità competenti (non solo giurisdizionali), grava sul personale sanitario, in quanto pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, e si estende a tutte le ipotesi di reato, *non escluse specificamente dalla legge* (come nel caso di cui all'art. 35, comma 5 del T.U. citato).

Gli argomenti che inducono a questa constatazione sono, ad un tempo, di carattere formale e sostanziale.

*In primis,* occorre domandarsi se il contenuto della disposizione controversa sia il frutto di una mera discrezionalità regolativa del legislatore ordinario o possa essere ritenuta l'attuazione di norme appartenenti a fonti di rango superiore.

In favore di questa soluzione depongono l'art. 32 della Costituzione italiana e le prescrizioni di varie convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia a tutela degli stessi beni-valori.[7] Si tratta di fonti superiori la cui forza ed efficacia si fondano su presupposti e su svolgimenti intimamente collegati (e conseguenti). È innanzitutto essenziale che l'ordinamento predisponga i mezzi (procedimenti e garanzie di vario tipo) affinché i precetti disposti dalle fonti superiori possano acquisire effettività; non rimanere, cioè, semplici affermazioni di principio o dichiarazioni programmatiche affidate alla *disponibilità eventuale* di altre fonti (di livello inferiore).

In secondo luogo, il riconoscimento concreto in un determinato momento storico da parte (non solo) del legislatore del valore degli assunti delle fonti superiori non può essere revocato o contraddetto in momenti successivi. Cosicché la stessa discrezionalità del Parlamento ne rimane quanto meno condizionata in omaggio al principio di coerenza-armonia che, come si è già sottolineato, presiede all'ordinamento nel suo complesso, *in quanto sistema delle fonti.*

In questa prospettiva la giurisprudenza costituzionale ha individuato la categoria delle *leggi a contenuto costituzionalmente vincolato* e le *leggi collegate* ad altre fonti superiori (come le norme contenute in trattati internazionali), l'attitudine delle quali è di resistere alla sopravvenuta difforme volontà del legislatore (in senso ampio).[8]

A mio avviso, questa giurisprudenza rappresenta una conferma del tradizionale principio di specialità, aggiornata all'evoluzione del sistema delle fonti conseguente all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e all'affermazione della forma di stato democratico-pluralista, dopo quella autoritaria fascista e dopo quella liberale che confidava su una tendenzialmente illimitata sovranità del potere politico rappresentativo (e legislativo).

Il rispetto e la valorizzazione dei precetti-contenuti costituzionali dipendono anche dalla capacità e sapienza interpretativa di altri poteri dello Stato ai quali

---

[7] Recepiti in particolare in norme diffuse dalle: *Carta sociale europea* (3 maggio 1996), *Convenzione di Oviedo* (4 aprile 1997), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (7 dicembre 2000).

[8] «In quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, *ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate*, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento» (così le sentenze nn. 46 e 49 del 2000; si vedano anche le sentenze n. 16 del 1978, n. 35 del 1997, n. 45 del 2005).

spetta di tradurre le formule normative in applicazioni concrete. Pure in questo caso un insegnamento decisivo proviene dalla Corte Costituzionale che pretende pregiudizialmente dai giudici una interpretazione delle norme (singole o in sistema tra di loro) *conforme* a (o quanto meno compatibile con la) Costituzione.[9] Anche se indirizzato specificatamente ai giudici *a quibus*, per esortarli a un prudente e attento vaglio delle leggi che devono applicare in giudizio prima di rimetterle alla Corte Costituzionale, un simile metodo di adesione alla Costituzione deve valere, anche per gli altri soggetti dell'ordinamento; e, in particolare, per coloro che sono dotati di potere di autonomia e di auto-organizzazione (anche in una dimensione privatistica) finalizzato all'attuazione dei valori, beni, diritti e interessi costituzionali.

Le parole del primo comma dell'art. 32 della Costituzione sono state ponderate dalla dottrina e dalla giurisprudenza (anche di merito) in modo da trarne tutte le conseguenze pratiche per dare effettività a una proclamazione così impegnativa, ma irriducibile. È stata prestata attenzione soprattutto alla configurazione della salute come diritto «fondamentale» (accezione impiegata soltanto una volta nel testo costituzionale), tale che nelle operazioni ermeneutiche di bilanciamento tra i tanti diritti riconosciuti (dichiarati sovente inviolabili) la tutela della salute deve essere considerata prevalente.[10] E il riferimento agli individui (e non specificamente a soggetti con un *status* più ricco, come i cittadini) comporta che il «'nucleo irriducibile' di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve […] essere riconosciuto anche agli stranieri, *qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato*».[11]

---

[9] Sul punto la giurisprudenza costituzionale è alquanto copiosa. Mi limito a richiamare la sent. n. 198 del 2003, laddove si puntualizza che «eventuali residue incertezze di lettura sono destinate a dissolversi una volta che si sia adottato, quale canone ermeneutico preminente, il principio di supremazia costituzionale che impone all'interprete di optare, fra più soluzioni astrattamente possibili, per quella che rende la disposizione conforme a Costituzione». Questo insegnamento è stato poi sintetizzato nella statuizione, ormai ricorrente, in virtù della quale «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (così, ad es., nell'ordinanza n. 85 del 2007).

[10] Un tale indirizzo è presente in numerose pronunce della Corte. Ad esempio, dovendo bilanciare le esigenze di sicurezza e di giustizia (che si realizzano attraverso l'esecuzione della pena nei luoghi di detenzione), quali interessi certamente di valore costituzionale, e il diritto alla salute del condannato (quando tale diritto sia incompatibile con il trattamento carcerario), la Corte ha ritenuto prevalente quest'ultimo (sent. n. 439 del 1995), in coerenza con precedenti perentorie definizioni del medesimo quale «diritto primario e fondamentale che richiede una completa ed esaustiva protezione» (sent. n. 992 del 1982). In altre successive sentenze la Corte ha affermato l'esistenza 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» (così nella sent. 509 del 2000; e, nello stesso senso, le sentenze nn. 267 del 1998 e 309 del 1999).

[11] Sent. n. 252 del 2001 che si raccorda a una successiva importante e più generale enuncia-

### *Il Codice di deontologia medica: fonte di rilevanza generale*

L'effettiva attuazione del diritto fondamentale alla salute di cui sono titolari, sen-za discriminazioni, gli individui dipende dagli stessi operatori sanitari, i medici soprattutto. I quali informano la loro deontologia al 'giuramento di Ippocrate'.[12] Il divieto di discriminazione è affermato senza incertezze o ambiguità nel *Codice di deontologia medica.*[13]

> Dovere del medico è la tutela della vita, della salute fisica e psichica dell'uomo e il sollievo dalla sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità della persona umana, senza distinzioni di età, di sesso, di etnia, di religione, di nazionalità, di condizione sociale, di ideologia, in tempo di pace e in tempo di guerra, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera.

Altre disposizioni poi completano il discorso sul ruolo del medico con riferimento anche al contesto sociale in cui si trova ad agire. Così all'art. 4, comma 2, si afferma:

> Il medico nell'esercizio della professione deve attenersi alle conoscenze scientifiche e ispirarsi ai valori etici della professione, assumendo come principio il rispetto della vita, della salute fisica e psichica, della libertà e della dignità della persona; non deve soggiacere a interessi, imposizioni e suggestioni di qualsiasi natura». E per quanto riguarda il dovere di riservatezza assoluta si ribadisce (all'art. 10, comma 1) che «Il medico deve mantenere il segreto su tutto ciò che gli è confidato o di cui venga a conoscenza nell'esercizio della professione.[14]

---

zione: «il principio costituzionale di uguaglianza non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero (…) quando venga riferito al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo» (sent. 432 del 2005).

[12] Il quale, tra l'altro, nella versione originale recita: «Manterrò il segreto su tutto ciò che io potrò vedere o ascoltare nella pratica della mia arte e anche al di fuori di essa, quando non sia necessario divulgarlo». Nel giuramento prestato attualmente dai medici prima di esercitare la loro professione, tale concetto è espresso con queste parole: «Giuro [… ] di osservare il segreto professionale e di tutelare la riservatezza su tutto ciò che mi è confidato, che vedo o che ho veduto, inteso o intuito nell'esercizio della mia professione o in ragione del mio stato».

[13] Deliberato dalla Federazione degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri il 16 dicembre 2006. Il testo si può leggere in: URL: <www.medicitalia.it/public/uploadedfiles/file/CodiceDeontologiaMedica.pdf>.

[14] Nel comma 4 dello stesso articolo si ammette la rivelazione del segreto in quanto «motivata da una giusta causa, rappresentata dall'adempimento di un obbligo previsto dalla legge (denuncia e referto all'autorità giudiziaria, denunce sanitarie, notifiche di malattie infettive, certificazioni obbligatorie)». Ovviamente, una simile eccezione impone al medico di accertare con estrema diligenza (anche consultando il proprio Ordine) le interpretazioni consolidate della 'legge', da intendersi non come singolo disposto, ma come sistema complessivo delle norme che disciplinano la materia.

Il Codice di deontologia medica non può essere considerato semplicemente una fonte autonoma interna (di natura solo privatistica) che presiede solo agli interessi di una categoria, priva di qualsiasi interazione con l'ordinamento dello Stato. Rientra in verità in quel *sistema normativo complesso e speciale* che questa nota si propone di ricostruire. Da un punto di vista formale questa opinione è confortata dal rinvio dello stesso Codice all'ordinamento dello Stato laddove dispone (art. 2, comma 1) che «l'inosservanza dei precetti, degli obblighi e dei divieti fissati dal presente Codice di Deontologia medica […] sono punibili dalle Commissioni disciplinari con *le sanzioni previste dalla legge*».[15]

Accanto a queste argomentazioni di indole formale e sistematica non possono non avere peso ragioni di natura sostanziale per suffragare l'interpretazione che qui si prospetta. Quella difforme, innanzi esposta e paventata da molti (…e sostenuta da alcuni ambienti politici radicalmente ostili all'immigrazione clandestina), ma che equipara la posizione degli operatori sanitari a quella della generalità dei funzionari e/o incaricati di pubblico servizio, produrrebbe effetti aberranti o quanto meno *irragionevoli,* anche sull''interesse della collettività' alla salute come bene pubblico. Tali conseguenze non possono essere valutate discrezionalmente *solo* dal potere politico, ma devono essere considerate nella loro oggettività e probabilità anche dagli altri poteri pubblici per prevenirle con interpretazioni ed applicazioni idonee a non pregiudicare l'effettività dell'art. 32 Cost. e delle altre fonti internazionali, già segnalate, che dispongono sulla 'tutela della salute'.

Contano, soprattutto, i rilievi e le prognosi degli 'addetti ai lavori'. Ricordo, tra le innumerevoli prese di posizione, l'appello rivolto al Parlamento, nelle more di approvazione della legge sulla sicurezza, da tutti i sindacati delle categorie mediche[16] affinché si provvedesse ad introdurre «una precisa e specifica esenzio-

---

[15] Il D.P.R. 5 aprile 1950, n. 221, all'art. 38, stabilisce che «i sanitari che si rendano colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della professione o, comunque, di fatti disdicevoli al decoro professionale, sono sottoposti a procedimento disciplinare da parte del Consiglio dell'Ordine o Collegio della provincia nel cui Albo sono iscritti». E inoltre che «il procedimento disciplinare è promosso d'ufficio o su richiesta del prefetto o del procuratore della Repubblica». Il Consiglio nazionale della Federazione degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, il 21 febbraio 2009, aveva approvato all'unanimità un documento nel quale si sottolineava come l'eventuale abrogazione del comma 5 dell'art. 35 del T.U. n. 286 del 1998 si sarebbe posta «in netto contrasto con i principi della deontologia medica, espressi in particolare dal giuramento professionale e dall'articolo 3 del Codice deontologico… » (sopra citato). Il documento ipotizzava anche l'irrogazione di sanzioni disciplinari nei confronti dei medici che si fossero uniformati alla nuova disciplina (cfr. *Sanzioni al medico che denuncia l'irregolare*, in «Il Sole-24 Ore», inserto «Norme e tributi», 22 febbraio 2009).

[16] Il comunicato (14 maggio 2009), sottoscritto da Anao Assomed, Cimo Asmd, Aaroi, Fp Cgil medici, Fvm, Federazione Cisl medici, Fassid, Fesmed, Federazione medici Uil Fpl si può leggere in: URL: <www.stranieriinitalia.it/attualita-sindacati_dei_medici_camici_bianchi_restani_spie_7997.html> (si veda ora all'URL: <http://www.stranieriinitalia.it/attualita/attualita/

ne per i medici, e quanti abbiano un incarico nel Ssn, dall'obbligo di denuncia di situazioni di irregolarità relative alla cittadinanza o immigrazione di persone sottoposte a trattamento sanitario». In tale documento, tra l'altro, si segnala «il pericolo di epidemie che coinvolgono il territorio»:

> Si pensi ai crescenti casi di tubercolosi tra gli immigrati o alla possibile diffusione del virus dell'influenza A/H1N1 le cui conseguenze sarebbero ancora più gravi con ulteriore pericolo di contagio se i clandestini, per timore di essere denunciati, non si rivolgessero alle strutture sanitarie.

Seppure il legislatore non abbia risposto nei termini *espliciti* auspicati dalle organizzazioni menzionate, le normali risorse interpretative offerte dall'ordinamento giuridico consentono di affermare che, anche dopo l'entrata in vigore della legge sulla sicurezza, grazie alla 'sopravvivenza' del 5° comma dell'art. 35 del T.U. n. 286, i medici potranno continuare ad assolvere la loro missione senza diventare 'spie'.

Ciò, peraltro, non significa che la legislazione vigente sulla materia sia soddisfacente e del tutto coerente con i postulati costituzionali. In effetti, se l'assoluto riserbo sull'identità e nazionalità di quanti, stranieri, richiedono assistenza medica (che non siano incorsi nei delitti indicati nella nota 6) rappresenta una garanzia e un interesse costituzionale meritevoli di salvaguardia, ciò non si può affermare per altri aspetti dell'attuale organizzazione della sanità pubblica. Come è stato rilevato, le strutture sanitarie-ospedaliere e i loro dipendenti che esercitano mansioni esclusivamente amministrative potrebbero 'legalmente' sottrarsi all'obbligo di *non* segnalazione-denuncia,[17] previsto,

---

attualita-sp-754/sindacati-dei-medici-qcamici-bianchi-restano-spieq.html>, [data di accesso: 31/01/2017]). Le medesime opinioni erano state espresse in precedenza dai principali esponenti delle organizzazione di categoria nel corso delle audizioni svoltesi (22 aprile 2009) presso le Commissioni parlamentari riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera dei Deputati. Per una rassegna esauriente dei comunicati sulla questione diffusi dalle varie organizzazioni, cfr. URL: <www.simmweb.it/index.php?id=358> (la risorsa va ora cercata a partire dall'Home Page con URL: <www.simmweb.it/>, [data di accesso: 31/01/2017]).

[17] La vigente normativa di attuazione del T.U. n. 286 del 1998 (art. 43 del D.P.R. n. 394/1999) stabilisce che il paziente straniero che versi in una situazione di irregolarità (ora reato) sia registrato in forma anonima col codice regionale 'STP' (Straniero Temporaneamente Presente). Ciò consente alla struttura ospedaliera di richiedere al SSN il rimborso delle prestazioni erogate allo straniero medesimo. Con l'entrata in vigore della disciplina recentemente approvata dal Parlamento, una tale registrazione potrebbe essere rifiutata dalle amministrazioni ospedaliere e sanitarie in generale, per evitare un'incriminazione di omessa denuncia del reato di permanenza illegale dello straniero nel territorio nazionale a carico dei dirigenti delle amministrazione medesime. Sul punto cfr. l'autorevole opinione del Sostituto procuratore generale presso Corte di Cassazione, Finocchi Ghersi R., *Note in tema di accesso degli immigrati alle strutture sanitarie,* 2009, in URL: <www.astridonline.it/rassegna/25-03-2009/Finocchi-Ghersi_16_3_09.pdf> (si veda ora la risorsa all'URL:

senza esitazioni, per tutto il personale di cura dalla disposizione citata, ove a questa si desse (come è possibile) una interpretazione riduttiva. In questo caso, la soluzione definitiva potrebbe, ancora una volta, essere rimessa alla Corte Costituzionale.

<http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Fino/Finocchi-Ghersi_16_3_09.pdf>, [data di accesso: 31/01/2017]).

# Il clandestino: persona senza status?*

Non è del tutto chiaro l'etimo della parola 'clandestino'. È comunque possibile trovare in rete una spiegazione suggestiva per qualche riflessione di contorno.[1] Sarebbe così definibile 'colui che fugge il giorno'.[2] È anche un'immagine poetica. Ma si può davvero adattare ai migranti che dalle zone più povere del mondo cercano di approdare *altrove*, alla ricerca di qualche opportunità di vita o di semplice sopravvivenza?

In verità, costoro non fuggono, ma *cercano* il giorno. E se allarghiamo la metafora, associando la luce del giorno ai lumi del diritto, possiamo anche ritenere che nelle speranze di questi espatriati ci sia pure quella di un riconoscimento del loro *status* di individui, anche se, probabilmente, essi non immaginano quanti diritti (e doveri, ma non necessariamente in compensazione) sono contemplati nei cataloghi degli ordinamenti nazionali e internazionali a tutela della persona umana come tale.[3]

È certamente un impegno gravoso, anche sotto il profilo finanziario, per gli Stati, vincolati ad un obbligo di accoglienza non derogabile da irragionevoli discriminazioni o dalla pratica di trattamenti degradanti nei confronti di quanti invocano asilo, rifugio e, in senso più generale, protezione sulla base della semplice appartenenza al genere umano.[4]

---

* In: *Alle frontiere del diritto costituzionale – Scritti in onore di V. Onida,* (a cura di D'Amico M. e Randazzo B.), Milano, Giuffré, 2011, pp. 127-146.

[1] In effetti, il tema è da tempo all'attenzione (anche) dei costituzionalisti la cui Associazione ha dedicato il suo XXIV Convegno annuale, nel 2009, a *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, Napoli, 2010. Gli atti raccolgono contributi davvero importanti su tutti gli aspetti giuridici, teorici e pratici, dell'immigrazione.

[2] URL: <www.etimo.it>. Curiosamente l'Accademia della Crusca, nella pagina del suo sito dedicata alla consulenza linguistica, ignora la parola pur diventata così ricorrente nel linguaggio tecnico e delle comunicazioni di massa, che contrassegna il fenomeno epocale degli esodi di massa. Approfondisce invece (26 giugno 2009) l'uso delle parole 'migranti' e 'respingimenti' (URL: <www.accademiadellacrusca.it/faq/faq_risp.php?id=8086&ctg_id=44>; si veda ora la risorsa con URL: <http://www.accademiadellacrusca.it/it/lingua-italiana/consulenza-linguistica/domande-risposte/migranti-respingimenti>, [data di accesso: 31/01/2017]).

[3] La letteratura in proposito è sempre più ricca. Tra le opere più recenti: Caligiuri A., Cataldi G., Napoletano N. (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamento sovranazionale*, Padova, Cedam, 2010.

[4] Come non ricordare, anche qui, il celebre *incipit* della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948: «Il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della *famiglia uma-*

Per rientrare in questa categoria *naturale* non è sufficiente palesare un fenotipo inconfutabile, ma è necessario anche fruire di identità giuridica i cui elementi sono fissati, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, nell'art. 22 della Costituzione: la capacità giuridica, la cittadinanza e il nome. Si tratta di connotati irrinunciabili e indisponibili. Agli studenti, anche dei corsi di educazione civica, si insegna come la capacità giuridica sia espressione dell'attitudine di qualsiasi uomo a intrattenere con gli altri relazioni che, in gran parte, producono atti che il diritto considera rilevanti e, per così dire, *tracciabili* in quanto danno luogo a situazioni di 'responsabilità'.[5] Per poter *rispondere* è, però, indispensabile essere riconoscibili, distinguibili da tutti gli altri membri della comunità; a questo scopo sovvengono il nome e la cittadinanza: il loro incrocio rende certa la fisionomia giuridica di ciascuno. Gli attributi essenziali appena ricordati portano a convenire sulla loro indefettibilità, nel senso che non sarebbe concepibile che gli esseri umani ne siano privi o deprivati.

Questo è, forse, il principio più importante della cultura liberale e, nello stesso tempo, costituisce un parametro assai sintomatico nella valutazione dei regimi a vocazione totalitaria, l'organizzazione e l'ordinamento dei quali prescindono dall'idea della persona come *presupposto* e *fine* di una accettabile convivenza.

Che la capacità giuridica, la cittadinanza e il nome costituiscano un nucleo intangibile e indivisibile in qualsiasi situazione e, dunque, un limite assoluto per il legislatore non dovrebbe più essere messo in dubbio, anche sulla base di ragionamenti che guardano al passato, alla notte del diritto.

L'inciso che compare nella disposizione costituzionale citata, in virtù della quale i connotati dell'identità giuridica individuale non possono essere revocati (o misconosciuti) «per motivi politici», non può essere considerato un'autorizzazione a stabilire 'eccezioni' *per altri motivi* che appaiano ragionevoli in presenza di circostanze o di emergenze 'imprevedibili'.[6] La puntualizzazione rappresenta, invero, un raf-

---

*na*, e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo».

[5] Sul punto è sempre attuale l'insegnamento di Rescigno P., *Capacità giuridica*, in *Nuovissimo Digesto*, II, Torino, Utet, 1958, pp. 874 ss. e, diffusamente, *Persona e comunità*, Bologna, Il Mulino, 1966.

[6] Questo approccio storico e sistematico supererebbe completamente i dubbi della dottrina che, privilegiando, viceversa, un'interpretazione logica e letterale, si affatica a indagare sul significato della formula «motivi politici», non sempre giungendo a conclusioni univoche. Cfr.: De Siervo U., *Art. 22*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca G., Bologna, Zanichelli, 1978, pp. 17 ss.; Vaccari A., *Cittadinanza* (voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese S., II, Milano, Giuffré, 2006, p. 922; nonché Onida V., *Relazione introduttiva* a *Lo statuto costituzionale del non cittadino,* cit., p. 21. In senso contrario a quanto da me sostenuto nel testo vanno le proposte di legge dirette proprio a introdurre ipotesi di revoca della cittadinanza, come quella presentata dall'on. E. La Loggia alla Camera dei deputati, il 18 gennaio 2007 («Modifiche all'art. 12 della legge 5 febbraio 1992, n. 91…», XV Leg., doc. n. 2143). Nella relazione al progetto La

forzativo ('tanto più se per motivi politici') e fa riferimento all'orribile legislazione fascista che ha imposto una condizione di 'clandestinità' a vari gruppi di individui in quanto ritenuti estranei all'integrità sociale o coesione del regime-stato.

Non è mai superfluo ricordare la legge 31 gennaio 1926, n. 108, laddove contemplava che la cittadinanza italiana potesse essere revocata in via amministrativa nei confronti dei cosiddetti 'fuorusciti', cioè di coloro *che avessero commesso o concorso* «a commettere all'estero un fatto diretto a turbare l'ordine pubblico del Regno o da cui [potesse] derivare danno agli interessi italiani o diminuzione del buon nome o del prestigio dell'Italia, anche se il fatto non [avesse costituito] reato». Frequentemente, dopo l'adozione dei conseguenti provvedimenti, veniva disposta la confisca dei beni appartenenti ai *non più cittadini*.

Ancora più clamorosa e nota è la normativa 'contro la razza ebraica' (r.d.l. 17-11-1938, n. 1728) che, sulla base della mera constatazione che «le sottoindicate persone [appartenevano] alla razza ebraica», attribuiva al re «su proposta del Duce, primo ministro, Segretario di Stato, Ministro dell'Interno» il potere di revocare alle medesime la cittadinanza italiana «ad ogni effetto».

Tali misure rappresentavano una vera e propria degradazione dello *status* minimo della persona, tale da renderla di fatto 'clandestina', da soggetto a oggetto e, come hanno dimostrato le tragiche vicende dell'epoca, preda di uno sconfinato arbitrio da parte delle autorità 'pubbliche' e, astrattamente, anche ad opera di privati, giacché l'assenza di identità giuridica equivale a un'esclusione dalla convivenza. L'esistenza diventa un fatto irrilevante.

Del resto, la stessa 'cultura' giuridica fascista percepiva che la perdita della cittadinanza come misura sanzionatoria fosse palesemente contraria ai principi elementari del diritto, tanto che la commissione di giuristi incaricata dal guardasigilli Rocco di elaborare il codice penale (nel 1930) rinunciò ad annoverarla tra le pene accessorie.[7]

---

Loggia si dichiara convinto del «pieno rispetto dell'art. 22 della Costituzione, dal momento che la cittadinanza verrebbe eventualmente revocata *per motivi gravi che non comprendono motivi politici*».

[7] Larizza S. prospetta l'ipotesi «che Rocco fosse pienamente consapevole della natura emarginante ed infamante di una simile pena» (*Le pene accessorie,* Padova, Cedam, 1986, p. 90). Peraltro, i pareri espressi da soggetti vari (organi giurisdizionali, università, associazioni di avvocati, singole personalità…) non sembravano affatto pregiudizialmente contrari all'inclusione tra le pene accessorie della perdita della cittadinanza proprio sulla scorta di quanto previsto dalla legge speciale n. 108 del 1926, ricordata nel testo. Le riserve erano piuttosto di natura tecnica. Ad esempio, la Corte d'Appello di Ancona così si esprimeva: «Molto commendevole appare l'introduzione della nuova pena consistente nella perdita della cittadinanza […], giacché per alcuni delitti, specialmente per quelli commessi contro la personalità dello Stato, l'autore diventa indegno di appartenere allo Stato stesso, e qui è ben giusto che esso perda quella qualità di cittadino che egli, lungi dall'apprezzare nel suo alto valore, ha gravemente violata e rinnegata col delitto commesso…». Solo la categoria forense manifestava qualche timida preoccupazione: «È visibile la natura politica [della perdita della cittadinanza]. I suoi effetti non sono, né forse possono essere chiariti dal Codice. La sua

È, dunque, in questo contesto che l'art. 22 della Costituzione deve essere letto per assumere un significato *incondizionato* e *assoluto* di protezione dell'identità giuridica di qualsiasi individuo: non gli attribuisce immediatamente uno *status* (come invece avviene con l'art. 2, che appunto riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo «come singolo» richiedendogli, poi, distintamente l'adempimento dei doveri comunitari), ma precostituisce le condizioni perché un'entità fisica sia anche soggetto di diritto.

Anche quando un'organizzazione pubblica non è in grado di accertare la cittadinanza o il nome di una persona, ciò non comporta che essa debba essere ritenuta senza nome o cittadinanza: clandestina, appunto.

La particolare insistenza con cui le più rilevanti dichiarazioni internazionali invocano il massimo favore per il riconoscimento del 'diritto' di cittadinanza per tutti i bambini mette ancora una volta in risalto la sua irrinunciabile funzione protettiva[8] e come non sia nella disponibilità assoluta degli stati la scelta-selezione dei *propri cittadini,* quasi in una dimensione di 'maso chiuso', per preservare l'originarietà-identità di comunità presunte autoctone e difenderle dagli assalti degli 'allogeni'. È poi superfluo rammentare come le nazioni si siano *naturalmente* formate e continuano sempre più a formarsi grazie alla mobilità degli individui, alle *trasmigrazioni*: sono *realtà in divenire* che si costituiscono, anche drammaticamente, più attraverso *inclusioni* che *esclusioni.*[9]

---

attuazione darà materia di questioni giuridiche, e anche politiche internazionali, per la condizione anomala in cui verranno messi i condannati» (Sindacato degli Avvocati e Procuratori di Cagliari e Lanusei). Più esplicite le Commissioni Reali Avvocati e Procuratori di Trento secondo le quali «… un cittadino italiano, finché risiede nel proprio Stato, non [può] essere privato della cittadinanza, dato che lo stato di cittadinanza è inerente alla persona fisica, né sembra giuridicamente concepibile che questa, finché non stabilisca la sua residenza all'estero, possa, a un determinato momento, essere privata della qualità di cittadino italiano» (Ministero della Giustizia e degli affari di culto, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. III – *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale* – Parte I, Roma, 1928, pp. 265 ss.).

[8] Ciò risulta molto chiaramente nell'art. 24 del *Patto sui diritti civili e politici* (New York, 1966), laddove si enuncia: «Ogni fanciullo, senza discriminazione alcuna fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica o la nascita, ha diritto a quelle *misure protettive* che richiede il suo stato minorile, da parte della sua famiglia, della società e dello Stato». A ciò *consegue* che «ogni fanciullo deve essere registrato subito dopo la nascita ed avere un nome» e che «ogni fanciullo ha diritto ad acquistare una cittadinanza». Successivamente il principio è stato ribadito *e dunque rafforzato* dalla Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 1989) agli artt. 7 e 8 dal quale (comma 2) si desume il necessario collegamento tra nome e cittadinanza (e capacità giuridica): «Se un fanciullo è illegalmente privato degli elementi costitutivi della sua identità o di alcuni di essi, gli Stati parti devono concedergli adeguata assistenza e protezione affinché la sua identità sia ristabilita il più rapidamente possibile».

[9] Diffusamente: Hobsbawm E.J., *Nazioni e nazionalismi dal 1780. Programma, mito, realtà,* Torino, Einaudi, 1991 (in particolare, pp. 87 ss.).

Arrivo, dunque, a una prima conclusione: il concetto di clandestino è incompatibile con il concetto giuridico fondamentale di *status.* Non dovrebbe pertanto mai essere utilizzato nel lessico del legislatore (liberale), proprio perché *privo di senso* (*giuridico*).

Mi confortano in questa convinzione le considerazioni di un'antica dottrina che ha ricostruito, anche dal punto di vista storico, i variegati significati 'tecnici' del termine *status*, a partire dalla sua utilizzazione nel diritto romano fino alle concezioni liberali tradizionali, che pure esaltavano ancora la sovranità dello stato, intesa come massima potestà di imperio attraverso il diritto positivo sui consociati. Il conferimento ad essi di uno (o più) *status* con riferimento alla molteplicità delle situazioni della vita (e del concreto e non eguale svolgimento della capacità giuridica) non può comportare un potere assoluto dello Stato di assoggettare gli individui, in quanto essi stessi soggetti di diritto. Su questa base poggia la dottrina del 'contratto sociale', pur nelle sue progressive versioni.[10] In questa ottica Antonio Cicu osservava che «soggezione alla sovranità non è adunque annientamento o diminuzione di personalità; anzi è sublimazione di personalità… »,[11] intendendo dire che il riconoscimento della qualità di individuo (con i suoi attributi indefettibili ora recepiti anche da fonti di rango costituzionale) è di per se stesso un limite all'eventuale *volontà esclusiva* dello stato.[12] In altre parole, si potrebbe affermare che, nel momento in cui lo Stato pretende di esercitare la sua sovranità nei confronti delle persone (anche se cittadine di altri stati) che si trovino nel suo spazio sovrano, manifesta comunque una volontà *inclusiva*, a prescindere dalla qualità degli atti che la specificano.

Non è un caso che l'attribuzione di *status* si è progressivamente indirizzata alla difesa di categorie umane deboli non soltanto negli ordinamenti interni, ma anche a livello di diritto internazionale attraverso lo strumento delle convenzioni che stabiliscono cataloghi di diritti universali per i prigionieri di guerra, i rifugiati, i richiedenti asilo, i lavoratori più esposti all'insicurezza, i minori-fanciulli, le donne…[13] Lo stesso accade quando il conseguimento di uno *status* è la con-

---

[10] Fino a Rawls J., *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1982 [ed. orig. 1971].

[11] *Il concetto di status*, in *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli*, Napoli, Jovene, 1917, p. 69. Si veda, inoltre, Rescigno P., *Situazione e status nell'esperienza del diritto privato*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, Laterza, 1979, pp. 226 ss.

[12] «… *Status* sta ad indicare il rapporto che nell'aggregato sociale assume l'individuo, entrando necessariamente a farne parte, diventandone membro. *Status* è pertanto il rapporto o vincolo giuridico che lega il singolo nell'aggregato. E poiché l'aggregato è un tutto, e non somma di rapporti o di vincoli che intercedono fra i singoli, poiché appunto i singoli vengono in considerazione come membri, e non come entità isolate, indipendenti, il vincolo è unico» (*ivi*, p. 70).

[13] Che alla figura dello *status* si faccia ricorso per una migliore definizione delle posizioni soggettive che richiedono una tutela 'rafforzata' è notazione assai diffusa. Si veda, ad esempio, tra i tanti contributi: La Rosa E., *Minore età e soggettività*, in *Soggetti e ordinamento giuridico,* a cura di Tommasini R., Torino, Giappichelli, 2000, p. 13. Per un ulteriore approfondimento e per una

seguenza inevitabile della perdita di un altro *status* più vantaggioso: la condanna a una pena detentiva determina il venir meno di una serie di situazioni di vantaggio tipiche della persona 'libera' e l'automatica acquisizione dello *status* di carcerato. Anche in questa evenienza l'attribuzione di tale specifico *status* assolve a una funzione protettiva, a salvaguardia della persona reclusa e della sua dignità indisponibile (descritta in modo assai circostanziato da fonti normative plurime che si compendiano in 'statuti' dei diritti dei detenuti).[14]

Dunque, qualsiasi *status* dovrebbe rappresentare sempre un *valore aggiunto* rispetto ai meri 'presupposti' (art. 22 Cost.) su cui si fonda l'identità giuridica dell'individuo e senza la quale non può *costituirsi* la dignità della persona.[15]

La connotazione di un individuo come 'clandestino' rivela, invece, propositi del tutto opposti: l'individuo che viene così qualificato è *oggettivamente* considerato *diminuito* proprio nella sua personalità. Si realizza una sorta di *transfert*: quando lo Stato non è in grado di appurare con presunta certezza il nome e/o la cittadinanza di una persona, si comporta come se la stessa ne fosse sprovvisto, comprimendo, oltre ogni limite ragionevole, anche la sua capacità giuridica.

È così che si insinua nell'ordinamento l'idea di uno '*status* del clandestino'. In verità, la vigente normativa non è esplicita sul punto. Probabilmente il legislatore è stato trattenuto da un'inconscia remora, da qualche antico e prudente riflesso.

Il testo unico sull'immigrazione (decreto legislativo n. 286 del 1998 e successive modifiche), infatti, si riferisce costantemente all''immigrazione clandestina' considerata come *fenomeno* (in una dimensione oggettiva) da contrastare a vari

---

delimitazione del concetto si veda anche: Barletta A., *Contributo allo studio dell'accertamento degli status*, in «Rivista di diritto civile», 2011, pp. 231 ss.

[14] Anche in questo campo si va affermando un'internazionalizzazione aggiornata dello *status* delle persone sottoposte a trattamento penitenziario. Si consideri, in particolare, in sede di Unione Europea, la Raccomandazione R(2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle 'Regole penitenziarie europee'. Nel preambolo si richiama, come punto di partenza, «l'insieme delle regole minime» per il trattamento dei detenuti stabilite dalle Nazioni Unite, oltre a quanto disposto dalla *Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, nonché i principi statuiti dalla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, per poi proseguire con la citazione di numerose altre fonti europee su singoli aspetti concernenti la medesima materia.

[15] La dignità umana «nel suo nucleo forte sintetizza gli elementi costitutivi essenziali dell'individuo quale essere razionale fisiologicamente in grado di sviluppare una propria personalità» e rappresenta il «minimo comune denominatore dei diritti fondamentali diffusamente riconosciuti». Così, efficacemente, Camerlengo Q., *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico,* Milano, Giuffré, 2007, pp. 338 ss. Per una ricostruzione storica dell'affermarsi nella cultura giuridica del concetto di dignità, come categoria in continua evoluzione (e come parametro di legittimità sostanziale degli ordinamenti liberaldemocratici in una prospettiva universalistica e sempre meno autoreferenziale), cfr. Vincenti U., *Diritti e dignità umana*, Bari, Laterza, 2009. Come pure, diffusamente: Di Ciommo M., *Dignità umana e Stato costituzionale,* Firenze, Passigli, 2010.

livelli e con strumenti diversificati,[16] con una circonlocuzione volutamente ambigua per non incorrere nella più realistica dizione 'immigrazione dei clandestini'. La quale immediatamente evocherebbe la *soggettività* (diseguale) delle persone che cercano il giorno, con la propria storia: una capacità giuridica, un nome, una cittadinanza.

Ma il fenomeno, inevitabilmente, si scioglie in una serie di contraddizioni, appena si tratta di stabilire e *identificare* la posizione di coloro che lo alimentano. In particolare ci si può chiedere: i *singoli* migranti possono essere ad un tempo considerati autori consapevoli e vittime degli esodi di massa?[17] Fino a che punto è possibile, giuridicamente razionale e ragionevole classificare le varie cause di disperazione umana[18] che sono all'origine delle trasmigrazioni, per escluderne alcune da livelli adeguati di attenzione e protezione che sono alla base dello *status* di persona?

Questi interrogativi rimangono (non solo) nell'ordinamento italiano senza soddisfacenti risposte, nel momento in cui viene data prevalenza al 'principio' della

---

[16] Ecco una succinta rassegna delle locuzioni utilizzate nel testo unico: «prevenire o limitare le immigrazioni clandestine» (art. 2, c. 8); «favoreggiamento dell'immigrazione clandestina» (art. 4, c. 3); «contrasto dell' [o all'] immigrazione clandestina» (art. 11, cc. 4 e 5-*bis*, art. 12, c. 7; art. 21, c. 1); «Disposizioni contro le immigrazioni clandestine» (art. 12, titolo); «prevenzione e repressione dei reati in tema di immigrazione clandestina» (art. 12, c. 5-*bis*).

[17] Un tentativo di risolvere, anche sul piano definitorio, una simile questione può essere considerata la tipizzazione *in progress* (soprattutto nel diritto internazionale) dei crimini relativi alla 'tratta di esseri umani', oggetto, in particolare, della Convenzione del Consiglio d'Europa (Varsavia, 16 maggio 2005, ratificata dall'Italia con la legge 2 luglio 2010, n. 108) che si propone appunto di *distinguere e separare* le vittime (che *in quanto tali* devono essere assistite e ottenere un'adeguata tutela, cioè uno *status*, in conformità ai diritti umani) dai responsabili dei delitti suddetti. L'espressione 'tratta di esseri umani' è alquanto ampia in quanto comprende, tra l'altro, «il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone», perpetrato non solo «con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza», ma, assai più genericamente, anche attraverso «altre forme di coercizione […], la frode, […] l'inganno, l'abuso di autorità o della *condizione di vulnerabilità* o con l'offerta o l'accettazione di pagamenti o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento» (art. 4, lett. *a*). Osserva in proposito Mancini D.: «La responsabilità degli Stati è di prevenire e combattere la tratta, nonché di assistere, proteggere e reintegrare socialmente le vittime, di assicurare che le misure antitratta non creino ripercussioni negative o ledano i diritti umani dei gruppi colpiti. Questo è possibile se vengono introdotti, accanto alle misure preventive e repressive della tratta, rimedi che tendano a rimuovere quell'*oscuramento dei diritti umani* che è insito nel reato di tratta e/o riduzione in schiavitù. Per garantire questi risultati è necessario prevedere soglie minime di assistenza alle quali tutte le persone trafficate hanno diritto, tese all'emancipazione, all'inclusione sociale e alla partecipazione» (*Il cammino europeo nel contrasto alla tratta di persone*, in «Diritto penale e processo», n. 9, 2010, pp. 1114 ss.).

[18] In effetti, la casistica della disperazione è circoscritta a quanti si trovano nella condizione di richiedere rifugio e/o asilo politico in presenza di fatti *determinati*, gravemente pregiudizievoli (ma, probabilmente, non meno di altri *innominati*) collegati alla struttura politica e sociale dei Paesi da cui i migranti provengono (ad esempio: essere oggetto di persecuzioni dirette e personali per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a determinati gruppi sociali o per le opinioni politiche professate…).

sicurezza (sovranità) dello Stato, suscettibile di contenuti e di estensioni non preordinati e rimessi all'autorità politica (in senso lato), le cui valutazioni *contingenti* assai difficilmente possono essere scrutinate alla luce di parametri di ragionevolezza *stabili e riconosciuti*. La contrapposizione tra tale principio preminente, la 'ragion di stato',[19] e altri valori come quelli che contrassegnano il soggetto persona, pur dichiarati inderogabili, si risolve facilmente con il loro occultamento non soltanto in via di fatto (per l'insopportabilità della tensione tra realtà e 'giustizia ideale'…), ma anche con la predisposizione di percorsi giuridici, pur abnormi.

La previsione del c.d. reato di 'immigrazione clandestina' («ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato») di cui all'art. 10-*bis* del testo unico citato[20] rappresenta un caso esemplare di questa deriva. La fattispecie punisce lo straniero che «fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato» in modo irregolare, soprattutto in quanto non sia in grado di dimostrare la sua qualità di *vittima classificata*, cioè rientrante in *una* delle ipotesi di disperazione che impegnano lo stato all'accoglienza, in adesione alle Convenzioni internazionali già richiamate. Al di là di altri profili di natura tecnica e di coerenza con il complessivo ordinamento penalistico,[21] l'aspetto che si vuole qui sottolineare è la regressione dell'identità giuridica subita dalle persone destinatarie della previsione normativa e il capovolgimento del concetto di *status,* che diviene categoria negativa (segnala una *sottoprotezione*) in quanto prescinde dalle condizioni minime su cui si fonda lo *status* di persona, ai sensi delle vigenti fonti costituzionali e internazionali ad esse equiparate.[22]

Il legislatore non individua formalmente uno *status* del clandestino. Ma l'espressione è diventata ricorrente nella giurisprudenza.[23] L'aberrante formula, viene recuperata, talora di sfuggita e *de relato*, perfino dalla stessa Corte costituzionale.[24]

---

[19] Sulla precarietà anche concettuale di una simile categoria nell'epoca delle imprevedibili interferenze globali si vedano le sapienti considerazioni di Levi L., *Crisi dello Stato e governo del mondo*, Torino, Giappichelli, 2005 (cfr. in particolare, pp. 80 ss.).

[20] Introdotto con la legge 15 luglio, n. 94 del 2009, significativamente conosciuta come 'pacchetto sicurezza', assunta quale necessità *esclusiva* non suscettibile di cedere ad altre ragioni. Sul punto già Bonetti P., *Tra interessi dello Stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 1994, pp. 2381 ss.

[21] Tra i tanti: Pisa P., *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale*, in «Diritto penale e processo», suppl. spec. *Immigrazione*, n. 8, 2009, pp. 7 ss.; Gatta G.L., *Il reato di clandestinità e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in «Diritto penale e processo», n. 11, 2009, pp. 1323 ss.

[22] Diffusamente: Bascherini G., *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, Jovene, 2007.

[23] … E da ultimo anche presso il giudice di legittimità: cfr. Cass. pen., I sez., sent. 1 marzo 2009, n. 15997; Cass. pen., II sez., sent. 23 marzo 2011, n. 11568.

[24] Ancora prima dell'introduzione del c.d. 'reato di clandestinità' (dizione ormai recepita dalla

L'ordinamento non può disporre trattamenti nei confronti dei migranti 'generici' – cioè di quanti non possano reclamare lo *status* privilegiato di rifugiati[25] – non conformi agli *standard* minimi ipotizzati per la persona in quanto tale ed ai presupposti su cui si fonda la sua identità giuridica, stabiliti inderogabilmente dall'art. 22 della Costituzione. Al di sotto di tale soglia non vi può essere *status.*

È in questa prospettiva che la giurisprudenza costituzionale ed europea ha censurato e parzialmente corretto i profili teoricamente più insostenibili della disciplina in vigore. Faccio riferimento alla sentenza n. 249 del 2010 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della c.d. 'aggravante di clandestinità', non collegata ad alcuna specifica condotta,[26] ragionando proprio sulla 'qualità' degli individui che non possono essere aprioristicamente discriminati (o piuttosto) *sottoprotetti* in rapporto alla loro posizione o origine. Significativamente, la Corte, centrando la questione di fondo, osserva che:

> la qualità di immigrato 'irregolare' […] diventa uno 'stigma', che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. *Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un «tipo di autore» assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento*.

Insomma, per dirla in altro modo, il legislatore ha inventato un'*impronta* (appunto quello 'stigma' segnalato appropriatamente dalla Corte) per rendere irriconoscibile lo *status* di *persone* di una categoria, di per sé emarginata, di esuli. I giudici costituzionali ricordano di aver già precisato (con la sentenza n. 105 del 2001) che i diritti inviolabili spettano «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma *in quanto esseri umani*». Pertanto «la condi-

---

stessa Corte costituzionale: cfr., ad es., sent. n. 249 del 2010) nelle ordinanze n. 445 del 2004; n. 338 del 2006. Ultimamente: sent. n. 21 del 2009; ord. n. 253 del 2010. In altre pronunce la Corte utilizza l'espressione 'condizione di clandestinità' con riferimento non alla disciplina vigente, ma alla situazione esistenziale degli immigrati 'irregolari'.

[25] O di quello di 'apolide', come definito dalla relativa convenzione internazionale (New York, 28 settembre 1954), ratificata con la L. 1 febbraio 1962, n. 306 (peraltro rimasta senza soddisfacente attuazione, salvo l'incerta indicazione di cui all'art. 17 della L. n. 91 del 1992).

[26] L'art. 61, n. 11-*bis*, del c. p. (introdotto dall'art. 1, c. 1, lett. *f*, del decreto-legge n. 92 del 2008, convertito dalla l. n. 125 del 2008) contempla la circostanza aggravante comune per i fatti commessi dal colpevole «mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale». Cosicché lo stesso reato commesso da un immigrato 'regolare' e da uno 'irregolare' risultava punito diversamente in sfavore di quest'ultimo sulla base di scelte pregiudiziali di tutela degli interessi (presunti) nazionali... In proposito: Pepino L., *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della l. 94/2009,* in «Diritto, immigrazione e cittadinanza», 2009, n. 4, pp. 9 ss.

zione giuridica dello straniero non deve essere […] considerata […] come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi».[27]

Alla luce di questi assunti appare certamente regressiva la coeva sentenza della Corte (n. 250 del 2010) che non ha accolto le questioni di legittimità costituzionale relativamente alla previsione del 'reato di clandestinità'. In questo caso i binari del ragionamento dei giudici costituzionali prescindono completamente dal considerare la particolare situazione di pur evidente sottoprotezione dei migranti 'illegali' rispetto ad altre categorie di individui. Anzi, al fine di dimostrare che nei confronti dei primi non vengono operate *odiose* discriminazioni, la motivazione rinvia alle risorse del complessivo sistema penale che consentono di attutire la loro responsabilità per l'ingresso illecito, quali la possibilità di beneficiare di varie cause di giustificazione.[28] Insomma, la mera introduzione della contravvenzione in esame non sarebbe, di per se stessa, sintomo di trattamento inumano; cioè al di sotto dei livelli minimi previsti anche dal diritto internazionale o (sembra sottinteso) dalle comuni tradizioni giuridiche europee. La Corte trova quasi sollievo nel ricordare come in altri Stati dell'UE vigano misure ancora più severe.[29] E questa notazione apre inevitabilmente al recupero del dogma dei preminenti 'interessi pubblici' su cui si fonda la discrezionalità del legislatore.[30] Come è stato acutamente osservato, si è ignorato

---

[27] «…*specie* nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato». Quindi, *incidenter tantum*, anche in *altri* ambiti dell'ordinamento, data appunto l'inviolabilità-inderogabilità dei diritti evocati dalla Corte, che definiscono la *status di persona*. Sull'importante decisione della Corte e sul suo rigore logico cfr. Rinaldi F., *Con il 'discriminante' (dell'aggravante di clandestinità) l'equazione' (di costituzionalità) risulta impossibile. Un dispositivo retto da una motivazione quasi 'matematica'*, in URL: <www.forumcostituzionale.it> (la risorsa può essere cercata a partire dalla nuova Home Page, URL: <www.forumcostituzionale.it/wordpress/>, [data di accesso: 30/01/2017]).

[28] È «fuori discussione […] l'applicabilità anche al reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato delle scriminanti comuni – e, in particolare, di quella dello stato di necessità (art. 54 cod. pen.) – come pure delle cause di esclusione della colpevolezza, ivi compresa l'ignoranza inevitabile della legge penale (art. 5 cod. pen., quale risultante a seguito della sentenza n. 364 del 1988 di questa Corte), cui fa specifico riferimento il rimettente allorché evoca, in chiave critica, le situazioni dello straniero che non comprenda la lingua italiana o che entri in contatto per la prima volta con l'ordinamento giuridico nazionale».

[29] «L'analisi comparatistica rivela, difatti, come norme incriminatrici dell'immigrazione irregolare di ispirazione similare, talora accompagnate dalla comminatoria di pene anche significativamente più severe di quella prevista dalla norma scrutinata, siano presenti nelle legislazioni di diversi Paesi dell'Unione Europea: e ciò tanto nell'ambito dei Paesi più vicini al nostro per tradizioni giuridiche (quali la Francia e la Germania), che fra quelli di diversa tradizione (quale il Regno Unito)».

[30] «La regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato è, difatti, collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione» […]: vincoli e politica che, a loro volta, rappresentano il frutto di valutazioni afferenti alla 'sostenibilità' socio-economica del fenomeno».

il problema se sia ragionevole «una radicale 'subordinazione' della tutela penale alle funzioni amministrative preordinate alla gestione dell'immigrazione irregolare o, per meglio dire, a determinate modalità di svolgimento di tali funzioni».[31]

Proprio questa esorbitante strumentalità del diritto penale alle politiche di contenimento dei flussi migratori, senza attenzione all'*umanità* degli extracomunitari, fino a far ricadere sui medesimi l'inefficacia e l'inefficienza dei provvedimenti di espulsione in quanto *vittime che non collaborano*, ha indotto la Corte di giustizia dell'UE a censurare [32] un'altra disposizione del T.U. n. 286 del 1998, laddove (art. 14, c. 5 *ter*) punisce con la reclusione da uno a quattro anni chi non ottemperi all'ordine di allontanamento disposto dall'autorità amministrativa. L'irrogazione della pena rappresenta, in effetti, quasi una certificazione della concreta impossibilità di provvedere al rimpatrio coatto del colpevole e, al tempo stesso, l'esibizione di un'*esemplare* capacità dissuasiva dello Stato nei confronti degli altri potenziali trasgressori.

I giudici della Corte di Lussemburgo hanno utilizzato come parametro per la loro decisione la direttiva europea sui rimpatri appena citata e hanno cercato di valorizzarla al massimo per trarne prescrizioni cogenti a tutela dei diritti *fondamentali* degli immigrati, pur irregolari e, nella fattispecie, del diritto a non subire un'afflizione sproporzionata rispetto all'effettiva offensività del reato commesso. Cosicché la sentenza richiama puntualmente l'enunciato della direttiva secondo il quale «l'uso di misure coercitive dovrebbe essere espressamente subordinato al rispetto dei *principi di proporzionalità e di efficacia* per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti» (*considerando 13*) e mette in evidenza come l''auspicio' dell'atto europeo nel suo complesso sia quello di favorire la «partenza volontaria» o l'«allontanamento mediante le misure meno coercitive possibili» degli immigrati irregolari («*cittadini* di paesi terzi»). Per i quali dovrebbero valere, senza riserve, il riconoscimento dei «diritti fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale» e della loro «dignità…».

Tuttavia, il nodo che nemmeno la direttiva europea scioglie è il conflitto tra la volontà dell'immigrato di non ritornare nel proprio paese d'origine e il rifiuto dello Stato membro di accoglierlo. Anche il diritto dell'Unione si piega tortuo-

---

[31] Caputo A., *Commento* alla sentenza citata, in «Diritto penale e processo», n. 10, 2010, p. 1204.

[32] I Sez., sent. 28 aprile 2011. La questione è stata rinviata dalla Corte d'Appello di Trento alla Corte di Giustizia UE, ai fini dell'interpretazione degli artt. 15 e 16 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2008/115/CE del 16 dicembre. 2008 (*Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*), per valutare la loro prevalenza sulla legislazione nazionale ove – come è avvenuto – venisse accertata la sua difformità rispetto alla normativa europea. Tra i primi commenti: Vitiello D., *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, in «diritti-Cedu.unipg.it», 26 maggio 2011.

samente alle ragioni della sovranità e conseguentemente accetta l'*extrema ratio* dell'uso della forza interna per far fronte al comune obiettivo europeo del contrasto al *fenomeno* dell'immigrazione clandestina. In questo contesto, che dunque non esclude l'adozione di strumenti anche di tipo *restrittivo*, quale sia il loro inquadramento giuridico (tra 'trattenimenti' nell'ambito di procedure amministrative variamente giustificate e sanzioni di natura penalistica),[33] anche la Corte Europea ha spazio per giudicare soltanto sugli eccessi (tendenzialmente modali) o sulle anomalie delle discipline nazionali. Pertanto, la tutela dei diritti umani viene accordata non in una dimensione generale, ma *in circostanze date*, ponendosi come effetto, per così dire, residuale, seppure certamente importante nel momento in cui sottrae almeno una persona a una situazione di grave ingiustizia.

Tra i diritti umani *fondamentali*, contenuti nei tanti cataloghi costituzionali e internazionali vigenti, la libertà di movimento è forse quella che dà luogo alle interpretazioni più incoerenti. Se la si imputa a un individuo in quanto singolo, estraendolo dalla massa, ed identificabile nei suoi interessi *consapevoli* di autopromozione economica, culturale e sociale (connessi appunto allo svolgimento della sua personalità, tale che può generare progresso nella comunità di destinazione), l'atteggiamento degli ordinamenti è facilmente di apertura e di simpatia. Si crea un incontro di aspettative di un comune vantaggio, almeno potenziale. La circolazione diviene fattore di emancipazione. Adam Smith, per favorire la crescita economica delle nazioni perorava il riconoscimento della «*natural liberty*» di spostamento non solo a categorie privilegiate di sudditi, ma anche per il «*poor workman*» alla ricerca di opportunità di lavoro senza che questi dovesse subire odiose restrizioni o insopportabili rischi.[34]

In epoca liberale, in Italia, possiamo riscontrare lo stesso atteggiamento *compassionevole*[35] nella disciplina e nella giurisprudenza in materia di emigrazione, che cercavano di coniugare la libertà essenziale di movimento, ritenuta «una con-

---

[33] La direttiva sui rimpatri non esclude la competenza penale degli Stati membri in tema di immigrazione clandestina e di soggiorno irregolare, in quanto l'ordinamento generale dell'UE fa salva la competenza degli stati medesimi relativamente alla legislazione penale e processual-penalistica. In ogni caso, la Corte europea ha potuto imporre nel caso in ispecie la disapplicazione delle norme penali italiane, sottoposte al suo sindacato, affermando (in continuità con la propria giurisprudenza) la prevalenza del diritto dell'UE nelle materie ad essa riservate: gli Stati «non possono applicare una normativa, *sia pure di diritto penale*, tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile» (sent. cit., ai punti 53 e ss.).

[34] *The Wealth of Nations,* Libro IV, 1776, (ed. Digitale, URL: <www.ibiblio.org /ml/libri/s/SmithA_WealthNations_s.pdf>), p. 581 (si veda ora la risorsa con URL: <https://www.ibiblio.org/ml/libri/s/SmithA_WealthNations_p.pdf>, [data di accesso: 31/01/2017]).

[35] Documentato molto bene da Carolina Simoncini in un'ampia tesi di dottorato, in corso di elaborazione presso l'Università di Pavia.

seguenza ed un complemento necessario» della libertà personale,[36] con l'esigenza di protezione dei cittadini espatrianti da ciniche speculazioni ad opera soprattutto delle agenzie marittime.[37] Ciononostante, alla fine, il legislatore regolamenta l'espatrio per ragioni di lavoro in maniera tutto sommato favorevole, giacché «in tutti gli Stati liberi deve essere riconosciuto al cittadino il diritto di emigrare». [38]

Di riflesso, anche la pur rara immigrazione trova notevoli e impreviste aperture, come emerge da una sentenza di un giudice di merito chiamato a pronunciarsi sull'acquisto della cittadinanza italiana da parte di uno straniero di origine tunisina:

> la libera espatriazione è un diritto naturale […]. Soltanto il regime feudale del medioevo … incatenando l'uomo alla terra e considerandolo quale un accessorio dalla medesima inseparabile, pose pel primo restrizioni alla libertà di emigrazione, subordinandola alla necessità di uno speciale permesso del principe […]. Ma, caduto il sistema feudale, cadute pure, col progredire della civiltà, quelle barriere di reciproca indifferenza che tenevano diviso popolo da popolo, aumentate in modo affatto sconosciuto al mondo antico le comunicazioni ed i commerci, è emerso anche il principio che ciascuno deve essere libero di scegliersi quella patria che meglio si confà alle proprie inclinazioni ed ai propri interessi.[39]

Questo veloce squarcio su tendenze presenti nella cultura giuridica liberale dell'Ottocento e quasi anticipatrici di una visione universalistica, potrebbe rendere inspiegabili i gravi arretramenti attuali, quantomeno sotto un profilo teorico. In verità, il ripiegamento si verifica quando il 'movimento' transnazionale perde le sue dimensioni di scelta individuale (o comunque rientrante in tipologie accettabili e tradizionalmente accettate, come le trasferte per ragioni di culto)[40]

---

[36] Racioppi F., Brunelli I., *Commento allo Statuto del Regno*, Utet, Torino, 1909, p. 61.

[37] Anche a livello politico e amministrativo – documenta C. Simoncini – furono adottate misure dirette a scoraggiare un'emigrazione pericolosa che avrebbe messo inevitabilmente a repentaglio la vita dei concittadini alla ricerca di un destino migliore. «Il contadino italiano, per regola generale, quando sta tollerabilmente a casa sua, non lascia il certo per l'incerto, e ci rimane…», scrivevano Sonnino S. e Villari P., *L'emigrazione e le classi dirigenti in Italia*, in «La Rassegna settimanale», 23 marzo 1879.

[38] Orlando V.E., *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1925, p. 281.

[39] Corte d'Appello di Lucca, sent. 8 giugno 1880, in «Il Foro italiano», 1880, I, pp. 1120 e 1128. Un simile orientamento è comune anche a parte della dottrina che sostiene la «protezione di *tutti* gli individui in base al comune sentimento di solidarietà che spinge i vari Stati ad un reciproco aiuto per volgere, *viribus unitis,* al raggiungimento del benessere sociale» (Monzani C., *Il diritto di espellere gli stranieri considerato nella dottrina, nella legislazione e nella giurisprudenza,* Modena, P. Toschi (a cura di), 1899. Recupero anche questa citazione dalla tesi di C. Simoncini).

[40] Anche se la tutela e sacralità di questi viandanti risale a tempi assai antichi (i viaggi 'liberi' al tempio di Hera in Olimpia sono entrati addirittura nel mito…), il riferimento più comune corre ai pellegrini che, in epoca medioevale, si muovevano a scopo *devozionale* o *penitenziale* (per salvarsi

per diventare necessità collettiva per mere ragioni di sopravvivenza (che pur sono pregiudiziali all'affermazione individuale).

Paradossalmente, l'istintiva e *primordiale* libertà di fuga dalle situazioni umanamente insostenibili viene pressoché stralciata dalla più generale libertà di circolazione per assumere la dimensione di un *fenomeno*, quasi assimilato alle *catastrofi* naturali, che è affrontato facendo ricorso non tanto alle risorse della comune civiltà giuridica, quanto alle più anguste, ma duttili risorse delle politiche nazionali.[41]

E il fenomeno viene percepito e contrastato non alla sua origine (le impossibili condizioni di esistenza delle popolazioni dei Paesi da cui provengono i flussi migratori), ma al suo epilogo, *rappresentato* come intollerabile assalto ai confini dello stato da contenere con interventi efficaci che possono prescindere da altri effetti, per così dire, collaterali su singole persone, la cui identità scompare nella massa. La difesa della sovranità nazionale ritorna ad essere, anche nell'età della globalizzazione, il parametro tendenzialmente esclusivo per giustificare anche sul piano costituzionale le misure adottate in modo indiscriminato contro l'immigrazione clandestina.

È in questo contesto di emergenza (che viene qualificata 'umanitaria', ma che, in verità, è vissuta come flagello naturale) che i migranti si vengono a trovare (non solo) in Italia in una situazione di sottoprotezione rispetto allo *status* minimo della persona quale è definito dal 'diritto multilivello' che ormai presiede alle regole della convivenza umana.[42]

---

l'anima: anche questa, forse potrebbe annoverarsi tra le emergenze che inducono all'espatrio). Essi beneficiavano di una sorta di inviolabilità, riconosciuta dai sovrani cristiani, che apriva loro le principali vie verso i luoghi di culto e verso Gerusalemme, in particolare. Inoltre, potevano disporre di una diffusa rete di protezione e di accoglienza ad opera, soprattutto, di confraternite che si costituivano con questo specifico fine (Cfr. Vanni F., *La condizione di pellegrini nel medioevo. Dallo status giuridico ai problemi della quotidianità*, Trento, Centro Studi Romei, 2008, reperibile anche in URL: <www.centrostudiromei.eu/pdf/FabrizioVanni_Status.pdf>). Le normative a salvaguardia dei pellegrini erano contenute sia nelle fonti del diritto canonico sia in editti delle autorità regie dando luogo al *sistema delle paci* (la 'pace di Dio' e la 'pace pubblica') (cfr.: Ohler N., *Vita pericolosa dei pellegrini nel Medioevo*, Casale Monferrato, Piemme, 1996, pp. 225 ss.). Il 'diritto dei pellegrini' è stato considerato per le sue caratteristiche universali come una delle prime fonti del diritto internazionale (Gilles H., *Lex peregrinorum*, in «Cahiers de Fanjeux», 1980, n. 15, pp. 161 ss.).

[41] L'espressione 'contrasto all'immigrazione clandestina', che ricorre nelle discipline di livello sia europeo, sia nazionale, lascia aperta la possibilità a una varietà di opzioni: dalle *politiche* di integrazione a quelle di espulsione dei migranti 'irregolari', qualificati tali, al di là di aspetti formali (la mancanza di un passaporto o di un permesso di soggiorno…), soprattutto in quanto valutati come componenti non autonomi di una 'massa' (la *forza d'urto* del fenomeno). Ovviamente, un simile contrasto potrebbe anche essere condotto attraverso politiche *positive* di integrazione e soprattutto con uno sforzo globale per la rimozione all'origine delle cause che producono il 'fenomeno'. Tra i contributi più recenti: *Le nuove politiche per l'immigrazione. Sfide e opportunità*, Cardinali V., e Lucidi M. (a cura di), Venezia, Marsilio, 2010.

[42] Sul tema, da ultimo e ampiamente (anche sotto il profilo storico): Messineo D., *Garanzia del contenuto essenziale e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Simple, Macerata, 2010.

La libertà di movimento (di fuga) subisce un immediato misconoscimento nel frangente dello 'sbarco', quando i migranti vengono tradotti nei cosiddetti 'luoghi di permanenza temporanea', previsti dalla già richiamata direttiva 2008/115/CE e che il legislatore italiano ha trasformato nei 'centri di identificazione ed espulsione (CIE)'.[43]

È in questi spazi che, senza alcuna esagerazione, si possono davvero definire 'terra di nessuno' ai margini dei diritti umani,[44] che si consuma per gli immigrati extracomunitari che non possono dimostrare uno *status* 'privilegiato' (come quello di rifugiati, ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 e successive estensioni) la degradazione del loro *status* di persone. È qui che viene loro imposto di giocare una partita impossibile: dovrebbero *confessare* la loro identità giuridica (nome e cittadinanza) per poter essere più facilmente restituiti al Paese dal quale sono fuggiti per impossibilità di viverci; ove non collaborino essi vengono 'trattenuti' (per un tempo che si può protrarre addirittura per 18 mesi)[45] fino ad incorrere in una vera e propria *deminutio capitis.*[46] E, in quanto tali, costoro sono sospesi dal diritto ordinario che riconosce appunto i diritti fondamentali a qualsiasi individuo, in qualsiasi situazione. In particolare, come in modo assai circostanziato ed allarmato ha segnalato Andrea Pugiotto, per essi vengono meno anche quelle garanzie giurisdizionali essenziali (previste dalla Costituzione *a tutela di chiunque*), in assenza delle quali anche i diritti più elementari, come la libertà personale, rimangono *ineffettivi.*[47]

---

[43] Per un puntuale *excursus* storico in materia: Gjorgij I., *Il trattamento dello straniero in attesa di espulsione: una 'terra di nessuno' tra ordine giuridico e fatto politico,* ora in Bilancia F. (a cura di), *Costituzionalismo.it (Archivio 2006-2008)*, Napoli 2011, Editoriale scientifica, pp. 705 ss.

[44] Loprieno D., *I campi per gli stranieri: luoghi di conditio inhumana o strumenti indefettibili per la conservazione della sovranità dello Stato?*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, a cura di Gambino S. e G. D'Ignazio, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 505 ss.

[45] Come stabilito ultimamente dal decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89 (che, tra l'altro, è diretto al recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari) nei confronti degli extracomunitari in attesa di espulsione e di allontanamento coattivo. In una circolare (n. 17102/124 del 23 giugno 2011), illustrativa del decreto-legge citato, il Ministero dell'Interno individua gli immigrati irregolari *non collaborativi* in coloro che abbiano tenuto «comportamenti che denotano la volontà di non assoggettarsi alla procedura di rimpatrio: rischio di fuga, inosservanza senza giustificato motivo del termine stabilito per la partenza volontaria, violazione di una o più delle misure di garanzia disposte dal Questore per evitare il rischio di fuga, mancata richiesta del termine per la partenza volontaria».

[46] Come non ricordare Gaio, ovviamente adattandolo ai tempi attuali: «*Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit*» (G. 1. 160)? Assai interessante: Marotta V., *La cittadinanza romana in età imperiale,* Torino, Giappichelli, 2009. L'autore, tra l'altro, mette in luce come la disciplina adottata in alcune province romane (come l'Egitto) fosse soprattutto diretta, più che a ostacolare le immigrazioni, tendenzialmente libere, a frenare le emigrazioni allo scopo di non indebolire la capacità dei villaggi di far fronte ai propri obblighi fiscali (pp. 115 ss.).

[47] *'Purché se ne vadano'. La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, cit. pp. 333 ss.

Dal punto di vista di un'auspicata e, tutto sommato, non utopistica *etica universale* che ispira il diritto 'giusto' della comune compagnia umana (*la legge dei popoli*) le discipline, pur espressione delle vacillanti sovranità statali, che producono *ulteriore* sofferenza agli individui già gravati da condizioni di vita che a tutti paiono inaccettabili, dovrebbero essere bandite anche dagli ordinamenti nazionali a vocazione liberale. La via non può che essere quella della *massimizzazione* dei diritti, anche a costo di ridurre i privilegi interni dovuti soprattutto alla geografia.[48]

Del resto, leggendo in filigrana la pessima legislazione italiana, qui considerata in alcuni suoi tratti eclatanti, si coglie un'esigenza di mistificazione nel tentativo (non riuscito) di dimostrare che non si è fuorusciti dal solco dei capisaldi della civiltà giuridica costituzionale e internazionale. La realtà delle cose è camuffata dal linguaggio, facendo ricorso a parole talora miti. Le limitazioni alla libertà personale *in via amministrativa,* in luoghi di vera e propria detenzione, sono qualificate: «trattenimento» o «permanenza»; il respingimento dall'Italia verso i territori della disperazione: «rimpatrio»… La stessa qualificazione dei migranti come 'irregolari' sembra indulgente, se è vero che nel nostro ordinamento le irregolarità rappresentano poco più che incidenti di percorso che possono essere facilmente sanati e che non incidono sulla intrinseca validità degli atti che risultano così infirmati.[49] Viceversa, la situazione di irregolarità del migrante per necessità (cioè, come si è già precisato, 'vittima') è normalmente sanzionata con una misura irreversibile: il suo allontanamento dal territorio dello stato…

Zygmunt Bauman, in un saggio che ha destato qualche scalpore, così ha raccontato la condizione e la prospettiva dei profughi (che appartengono alla categoria dei *migranti per necessità*) accolti nei campi collocati qua e là nel mondo (ed anche in Italia):

> Mentre si dirigono nei campi, i futuri "ricoverati" vengono spogliati di ogni singolo pezzo della loro identità, tranne uno: quello di profughi senza Stato, senza un posto e senza mansioni (*stateless*, *placeless*, *functionless*). All'interno del recinto del campo, una massa anonima, priva dell'accesso alle elementari strutture da cui le identità sono

---

[48] In questa prospettiva Veca S., *Dell'incertezza. Tre meditazioni filosofiche*, Milano, Feltrinelli, 1997, pp. 335 ss.

[49] È irregolare «la situazione del provvedimento che pur difforme dalle previsioni di legge e di regolamento, non è invalido perché tale difformità ha carattere minimale, o tenue, o minore, o di poca rilevanza, o innocua o lieve. Il provvedimento ha cioè carenze così marginali da non determinarne effetti invalidanti […]. Non è quindi una patologia, ma una modesta anomalia non ascrivibile alla categoria dell'invalidità. Si tratta del resto di una figura non estranea al diritto privato, che ravvisa l'irregolarità in analoghe ipotesi, in cui al difetto dell'atto non consegue alcuna invalidità, né inefficacia, ma al più delle sanzioni verso l'autore dell'atto» (Morbidelli G., *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano 2003, pp. 79-80).

> prodotte e ai fili che costituiscono il tessuto di qualsivoglia identità. Diventare un "profugo" significa perdere "i media" su cui poggia l'esistenza sociale, ossia un insieme consueto di cose e persone che trasmettono significati: terra, case, villaggio, città, genitori, proprietà, occupazioni e altri punti di riferimento quotidiani.[50]

Come descrivere meglio la perdita di *status* di questi individui e il loro divenire 'clandestini' proprio quando essi raggiungono *alla luce del giorno* le terre del diritto, delle solenni dichiarazioni dei diritti umani?

Intendere *sul serio* gli imprescindibili diritti fondamentali e i loro presupposti (come lo *status* di persona) significa innanzitutto individuare le regole e le misure che *non possono far parte* di un ordinamento che a tali diritti fondamentali si conformi e che si trovi impegnato a promuoverli, come diffusamente si riscontra nella Costituzione italiana.

Il riconoscimento *pieno* della libertà di espatriare dei *migranti per necessità* non può non comportare come necessario corollario l'adempimento di un generale dovere di libera accoglienza da parte degli stati di destinazione. Dovere che ricade anche sulla comunità internazionale nel suo complesso (formata in gran parte da Stati che hanno sottoscritto le tante convenzioni sui diritti umani) per consentire ai nuovi arrivati di avere un destino dignitoso, molto spesso di tentare l'inizio di una nuova esistenza *altrove*.

Nell'attesa che maturino le condizioni per il conseguimento di obiettivi così ambiziosi, ma sempre più improcrastinabili, anche in virtù della crescita di quella opinione pubblica globale *progressiva*[51] che sembra non essere più confinata soltanto nelle generose sollecitazioni dei filosofi,[52] gli ordinamenti nazionali dovrebbero quantomeno astenersi dall'introdurre nei loro sistemi giuridici 'barriere' che, per contrastare un fenomeno collettivo, degradano lo *status* individuale.

Valerio Onida si chiede problematicamente (ma probabilmente conosce la risposta…):

> davvero le autorità dello Stato – di ogni Stato – sono pienamente libere (intendo, libere dal punto di vista dei principi costituzionali e del rispetto delle norme internazionali) di stabilire quanti e quali esseri umani, e provenienti da dove, e per fare che cosa, sono ammessi ad entrare nel territorio di propria pertinenza? Davvero sono libere di stabilire fino a quando questi esseri umani possono restare in quel territorio, indipendentemente dalle concrete situazioni personali, dalla durata del soggiorno pre-

---

[50] *Il pianeta dei rifiuti*, in «Alternative», 2005, n. 7, pp. 69 ss.

[51] Archibugi D., *Cosmopolitismo. Teoria e prassi della democrazia nell'età globale*, in Altini C. (a cura di), *Democrazia. Storia e teoria di un'esperienza filosofica e politica*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 375 ss.

[52] Al centro delle speculazioni soprattutto di Habermas J. In particolare cfr: *L'Occidente diviso*, Bari, Laterza, 2005; *La condizione intersoggettiva*, Bari, Laterza, 2007.

> gresso, dall'esistenza e dal rilievo di legami familiari o sociali stabiliti nel territorio o invece perduranti con la terra di origine?[53]

Non espellere i *migranti per necessità* significa venire incontro alle loro istanze di cittadinanza (in senso sostanziale, prima ancora che formale) in quanto *di fatto* è venuta meno quella originaria, giacché si è interrotto il *patto sociale* con lo Stato che si lascia, il quale non è in grado di assicurare a tutti i suoi abitanti la *protezione minima* alla base della convivenza.[54]

Ancora una volta è Zygmunt Bauman a illustrare efficacemente la condizione (anche *giuridica*) degli emigrati-immigrati 'irregolari':

> i profughi sono apolidi (*stateless*), ma in un senso nuovo: la loro apolidia è elevata a un livello completamente inedito dall'inesistenza dello Stato al quale potrebbero fare capo. Essi sono, come scrive Michel Agier nella sua più penetrante ricerca sui rifugiati nell'epoca della globalizzazione, *hors du nomos*: al di fuori del diritto; non del diritto di questo o quell'altro Paese, ma del diritto in quanto tale. Sono reietti e fuorilegge di tipo nuovo, i prodotti della globalizzazione e la personificazione più compiuta del suo spirito da terra di frontiera.[55]

Questa *apolidia*, che non trova alcuna tutela nella già citata Convenzione di New York del 1954, è il problema forse principale che deve essere risolto, se è vero, come si è cercato di dimostrare in questa riflessione, che l'identità giuridica di una persona non può rinunciare all'elemento della cittadinanza. Altrimenti non ci può essere *status*, con le conseguenze che si sono analizzate.

Nell'inesauribile categoria dei 'migranti per necessità' sono da qualche tempo all'attenzione anche degli organismi internazionali i cosiddetti 'rifugiati ambientali' (o 'climatici') che fuggono dai loro Paesi a causa di immani disastri naturali[56] che possono anche provocare la scomparsa fisica del territorio di uno Stato.[57] In

---

[53] *Loc. cit.*, p. 16.

[54] Anche quella indicata, in modo assai prudente, da Hobbes T., in *Leviathan*, (1651), nel cap. 13 della parte I (*Of the natural condition of mankind as concerning their felicity and misery*).

[55] *Loc cit.,* p. 69. Il riferimento è a Agier M., *Aux bords du monde, les réfugiés*, Paris, Flammarion, 2002, pp. 55 ss.

[56] Già nel rapporto *The State of World Population 1993* dello *United Nations Population Fund* la questione dei 'rifugiati ambientali' viene affrontata con preoccupazione. E, in effetti, il numero di persone costrette a fuggire dai loro territori continua ad aumentare con inevitabili ripercussioni sui diritti umani messi a repentaglio da tensioni etniche e conflitti talora violenti, senza contare gli altri problemi di degrado ambientale, crescita demografica incontrollata, diffusione della povertà e fame. Si veda: Ianovitz S., *I 'rifugiati climatici': una questione aperta,* in «Diritti umani e diritto internazionale», 2011, n. 5,, pp. 141 ss.; nonché il sito URL: <www.climate.org/topics/environmental-security/index-italiano.html> (si veda ora la risorsa in lingua inglese all'URL: <http://climate.org/archive/topics/environmental-security/index.html>, [data di accesso: 31/01/2017]).

[57] Si tratta dei *Pacific Small Island Developing States* (PSIDIS). Come rivela l'espressione, sono

questa evenienza il rimpatrio sarebbe impossibile…; come impossibile diverrebbe la conservazione della cittadinanza di uno Stato che non c'è più.

I rimedi giuridici a questa situazione di *apolidia* non potrebbero che essere o l'acquisto della cittadinanza dello Stato in cui trovano prima ospitalità questi esuli senza più patria o l'acquisizione di uno *status* speciale internazionale equivalente, che li renderebbe 'cittadini del mondo'[58] fintanto che la loro condizione non si *stabilizza* con il necessario concorso della loro volontà.

Certamente non potranno rimanere persone prigioniere di un *fenomeno*, prive di *status* per forza naturale. E, forse, in una occasione così drammatica, ma scientificamente prevista, i diritti fondamentali dell'uomo e i rapporti tra i popoli potranno trovare un ulteriore positivo sviluppo.

Già ora, comunque, vi è sufficiente cultura giuridica universale per comprendere come il termine 'clandestino', riferito al *migrante per necessità*, non possa appartenere al lessico degli ordinamenti liberali. Merita di essere restituito, senza esitazioni e al più presto, all'immaginario letterario[59] e alle più classiche tradizioni libertine.[60]

---

piccoli stati insulari dell'area dell'Oceano Pacifico, considerati a rischio di essere sommersi, addirittura entro pochi decenni, per il progressivo e inarrestabile innalzamento del livello del mare. Esistono in proposito precise stime effettuate anche in ambito ONU, come quelle contenute e continuamente aggiornate nel *South Pacific Sea Level and Climate Monitoring Project.* Tra le isole destinate a essere sommerse (entro il 2100) vi sono gli 8 atolli appartenenti allo stato sovrano di Tuvalu, che è da tempo (dal 1988) mobilitato nelle sedi internazionali per assicurare una salvezza e un avvenire alla sua popolazione, cercando difficili intese con le nazioni finitime (Australia e Nuova Zelanda, in particolare). Sulla vicenda: Berzon A., *Tuvalu. L'arcipelago che affonda*, in «Internazionale», n. 642 (19/25 maggio 2006), pp. 30 ss.

[58] Un'idea che non è solo consegnata all'avvenire, ma che ormai ha dietro di sé solidi fondamenti culturali, come sottolinea Pasquino G.F., *La cittadinanza planetaria e il diritto costituzionale* (relazione al Convegno di Senigallia, 2009), in *Per una cittadinanza mondiale: l'educazione letteraria e giuridica in chiave interculturale*, in «Quaderni/FOCSIV», n. 63, Roma, 2009, pp. 32 ss. Il saggio si può leggere anche nel sito URL: <www.focsiv.it>.

[59] Consiglierei (anche al legislatore): Conrad J., *The Secret Sharer* (1909), pubblicato in italiano con il titolo: *Il compagno segreto*, Milano, Feltrinelli, 1975 o *Il clandestino*, Novara, De Agostini, 1982.

[60] Diderot D., *Les Bijoux indiscrets* (1748), riproposto recentemente in italiano con il titolo: *I gioielli indiscreti*, Milano, Feltrinelli, 2009.

# Osservazioni minime sul contributo dei giuristi al progetto strategico: «Verso una *governance* del fenomeno migratorio»*

La percezione 'vera' e rigorosa dei fatti e della loro effettiva dimensione che si pretende di configurare giuridicamente, fino all'individuazione e/o elaborazione di uno statuto normativo che possa regolarli in tutti i loro vari aspetti, è, in generale, per il giurista un presupposto di metodo inevitabile e irrinunciabile.

Esiste, in verità, ed è non di rado perseguita per esigenze di 'realismo politico', un'altra opzione di segno contrario: il 'fatto' viene ricostruito o costruito sulla base delle risorse giuridiche (definizioni, prescrizioni, bilanciamenti di interessi diversamente considerati dall'ordinamento e/o dagli ordinamenti) che si intendono applicare. Quelle e *non altre*, allo scopo di salvaguardare categorie del diritto ritenute definitivamente consolidate in spazi reputati altrettanto precisi o difficilmente modificabili.

Le 'migrazioni' intese (in modo fallace) come fenomeno a contenuto indeterminato e infinitamente complesso, costituito dalla somma di vicende e situazioni variamente scomponibili e classificate, possono essere inquadrate e affrontate nell'una o nell'altra prospettiva con esiti assai distanti, sia sotto il profilo della ricostruzione giuridica, sia sotto il profilo delle *policies* conseguenti.

La definizione più ampia e neutra di 'migrante' si riferisce all'individuo che si 'allontana dal proprio Paese originario per un tempo non predeterminato'. Se si pone la questione dell'*effettiva volontà e libertà* di un simile abbandono o comunque trasferimento, si presentano due situazioni e figure che si possono così sintetizzare:

1. L'*espatriato*: colui che decide di trasferirsi in altro Stato sulla base di un proprio interesse esistenziale tendenzialmente riconosciuto sia dal diritto dello Stato di partenza, sia dal diritto dello Stato di approdo. Lo strumento ('titolo') che legittima un tale spostamento è il 'passaporto', o documento equipollente, la cui validità ed efficacia dipendono dalle regole vigenti in entrambi gli Stati. Per gli ordinamenti di impronta liberale il rilascio

* Documento di lavoro, inedito, elaborato (luglio 2015) per il gruppo di ricerca «Aspetti giuridici», nell'ambito del 'Progetto strategico d'Ateneo', citato nel titolo.

del passaporto è normalmente un 'diritto', mentre l'attribuzione di valore-efficacia ai passaporti rilasciati *altrove* viene qualificata come un interesse dello 'straniero' che può essere (discrezionalmente) soddisfatto, attraverso la procedura c.d. di 'visto', solo in presenza di interessi non contrapposti dello Stato concedente. In ogni caso, il percorso dell'espatriato si affida, almeno tendenzialmente, a procedure precostituite (legali) che assumono anche una marcata natura contrattuale con un valore aggiunto di tipo economico. Ciò può emergere dai 'cataloghi' *sufficientemente circoscritti* delle ragioni di espatrio: lavoro, studio-formazione, turismo (è un espatrio se di lungo periodo), prestazioni sanitarie, ricongiungimento familiare... L'espatrio può essere valutato in un'ottica di scambio. L'apporto economico dell'espatriato viene normalmente compensato con il riconoscimento di statuti protettivi adottati su base sia unilaterale, sia convenzionale. L'esempio classico di questa impostazione è offerto dalla *Magna Charta Libertatum* (art. 41):

Omnes mercatores habeant salvum et securum exire de Anglia, et venire in Angliam, et morari, et ire per Angliam, tam per terram quam per aquam, ad emendum et vendendum, sine omnibus malis toltis, per antiquas et rectas consuetudines, preterquam in tempore gwerre, et si sint de terra contra nos gwerrina; et si tales inveniantur in terra nostra in principio gwerre, attachientur sine dampno corporum et rerum, donec sciatur a nobis vel capitali justiciario nostro quomodo mercatores terre nostre tractentur, qui tunc invenientur in terra contra nos gwerrina; et si nostri salvi sint ibi, alii salvi sint in terra nostra.

2. *L'emigrato 'forzato'*: colui che lascia il (o fugge dal) proprio Paese per ragioni di sopravvivenza e/o di impossibile convivenza a causa di eventi catastrofici, quali: guerre, violazione dei diritti umani da parte di poteri totalitari, carestie, disastri ambientali. I connotati di queste migrazioni sono la 'disperazione' (individuale, ma che viene rappresentata e percepita in una dimensione massiva) e l'esodo di gruppo anche a scopo di autoprotezione o di autoidentificazione dei migranti. Questo scenario *spettacolare*, così drammatico, rischia di mettere in ombra l'aspetto volontaristico e individualistico che caratterizza *anche* questo tipo di trasferimenti. Nel senso che alla 'volontà coatta' paradossalmente viene attribuita una rilevanza inferiore rispetto alla 'volontà libera' dell'espatriato che riesce a ritagliarsi uno spazio sociale autonomo. Le condizioni oggettive dell'emigrato forzato annullano facilmente la sua soggettività. Cosicché ci si rivolge al diritto per dare una risposta a un *fenomeno* (un aggregato umano indifferenziato) piuttosto che a posizioni individuali ciascuna comunque legata ad interessi esistenziali singoli.

La *prima questione* teorica (e pratica) che si pone è il valore che il diritto deve riconoscere a questi due tipi di volontà (quella 'libera' dell'espatriato e quella 'necessitata' dell'emigrato forzato). È del tutto evidente il trattamento discriminatorio riservato un po' ovunque al secondo tipo che si rivela in atteggiamenti di sottovalutazione in quanto l'attenzione pratica è rivolta soprattutto a contrastare il fenomeno cumulativo delle volontà individuali. Insomma, la volontà di trasferirsi *altrove* frutto della disperazione e del bisogno di sopravvivenza vale meno, di fatto e di diritto, della volontà di espatriare per la soddisfazione di interessi meno vitali.

La ricognizione delle discipline (*sovranazionali*, *internazionali*, *europee*, *nazionali*) che inquadrano le due situazioni sembra un punto assai importante anche al fine di misurare la legittimità delle politiche discriminatorie, se si accetta il punto di vista della libertà di circolazione (e di stabilimento *altrove*) come diritto assoluto universale degli individui. La ricerca giuridica deve, pertanto, individuare tutte le fonti normative di vario livello che permettono di aderire *positivamente* a una tale conclusione. La meta assai ambiziosa è la definizione di un *corpus juris humanitatis,* cioè dell'ordinamento superiore della *persona umana*.

Questo itinerario merita di essere esplorato, anche in presenza dell'opinione prevalente sulla mera 'programmaticità' di una simile ricostruzione e/o risistemazione normativa. In effetti, anche norme programmatiche universali costituiscono il parametro per i 'giudizi' delle Corti giurisdizionalmente competenti, nazionali o internazionali, a pronunciarsi sul rispetto dello *status* della persona *fisica*.

In proposito, si può subito sottolineare che la 'condizione di apolidia' è incompatibile con tale *status*, giacché l'individuo 'sradicato' (che non è in grado di documentare il possesso di alcuna cittadinanza) si trova deprivato di un connotato imprescindibile della propria identità giuridica. Al di là delle Convenzioni e dei trattati internazionali che propongono rimedi al superamento della condizione di apolidia, sarebbe utile indagare, attraverso *un'interpretazione sistematica ed evolutiva*, se dai principi generali del diritto dell'umanità è possibile ricavare una norma di chiusura che, di fronte all'inerzia di singoli Stati, possa autorizzare l'attribuzione automatica all'individuo dello *status universale* di 'cittadino itinerante'.

Il catalogo dei diritti e dei doveri inerenti a un simile *status* 'mondiale' potrebbe essere il punto di partenza per riconsiderare criticamente la variopinta e mutevole scomposizione della figura dello straniero (migrante forzato) in varie categorie o sottogruppi fondati sulla valutazione (apodittica e arbitraria) dell'intensità e qualità della situazione di sofferenza che ha determinato il trasferimento dal paese di origine. Le classificazioni *positive* più comuni sono quelle di: 'rifugiato politico' (richiedente asilo), 'rifugiato economico', 'rifugiato ambientale'… Sovente si utilizza l'espressione tendenzialmente onnicomprensiva di 'profugo'. Per

questi diversi 'tipi' di migranti forzati sono previste discipline-tutele individuali differenziate (da fonti sia nazionali, sia internazionali) con criteri di ragionevolezza logicamente assai deboli che pare indispensabile sottoporre a uno scrutinio di coerenza, anche in una prospettiva che induca alla loro omogeneizzazione.

Gli stranieri che non sono fatti rientrare nelle categorie soprarichiamate sono inseriti in altre categorie *negative residuali*, non rigorose, eppure assai incisive e 'stigmatiche', come quelle degli *irregolari* e/o dei *clandestini* che determinano una vera e propria degradazione della loro identità giuridica di persone.

La 'sanzione' dell'espulsione dei clandestini dal territorio di approdo comporta, sotto il profilo giuridico, la negazione anche formale della loro identità di persona riconoscibile. Sarebbe interessante un *inventario delle motivazioni* dei singoli provvedimenti amministrativi e giurisdizionali di espulsione per verificare come essi si concretizzino in una rinuncia a priori a considerare e qualificare la storia e la volontà di tali migranti (forzati *sans papier*).

La ragione pratica di questa casistica approssimativa (che misconosce il diritto individuale assoluto al trasferimento *altrove* per impossibilità oggettiva di risiedere e vivere nei luoghi originari) è la riduzione quantitativa delle protezioni accordate ai migranti forzati da parte dei singoli Stati di approdo per problemi interni di sostenibilità economica, sociale e politica. Certamente si tratta di una questione che non può essere disinvoltamente trascurata, ma che, al tempo stesso, non può essere travestita con artifici definitori incoerenti e con la negazione dei diritti soggettivi universali costitutivi del *corpus juris humanitatis*.

Allo scopo di evitare derive provocate da una irragionevole *selezione delle tutele* si può adottare un metodo di analisi di segno negativo, individuando, cioè, preliminarmente sulla base delle prassi e delle situazioni conosciute, le azioni e le inazioni (*worst practices*) che in ogni caso rappresentano violazioni intollerabili dei diritti della persona-migrante-forzato alla luce di molti trattati e convenzioni e di pronunce giurisdizionali sovranazionali.

Assai controverso è il tema del *riconoscimento effettivo dei diritti sociali essenziali* (salute, abitazione, istruzione…) quando questi, per carenza di risorse, sono accordati in maniera insufficiente anche a individui non stranieri, come i cittadini in stato di bisogno. È una delle più insidiose cause di conflitti sociali e di intolleranza 'razziale' che può essere fronteggiata soprattutto con politiche di redistribuzione della ricchezza sia a livello globale, sia a livello interno. Dal punto di vista giuridico si possono comunque individuare due principi generali per assicurare l'eguaglianza *formale* e *sostanziale* degli individui che vivono nella stessa comunità territoriale:

I. Il principio che estende il trattamento più favorevole agli individui a prescindere dal loro *status* comunque acquisito.

II. Il principio dell'eguale compartecipazione solidale alle attività di impegno sociale e lavorativo richiesto ai beneficiari delle prestazioni sociali anche ai fini di integrazione sociale (ad esempio considerando l'efficacia e la ragionevolezza delle discipline relative ai *lavori di pubblica utilità* in rapporto ai normali regimi contrattuali previsti per le varie categorie di lavoratori 'strutturati' interni).

Le migrazioni forzate si impongono nell'opinione pubblica e nella politica internazionale per la loro dimensione *massiva* come 'fenomeno-flagello' che sconvolge non soltanto popolazioni straniere, costrette ad abbandonare per invivibilità i Paesi d'origine, ma l'intera Comunità internazionale. Un tale impatto, che talvolta impressionisticamente viene narrato quasi alla stregua di un'invasione di locuste, sembra lasciare poco spazio ai ragionamenti positivi dei giuristi, proprio perché le categorie della *straordinarietà degli eventi* e dell'*emergenza delle situazioni* generano comportamenti che superano il diritto, invocato, eventualmente, *a posteriori* per razionalizzare e giustificare azioni non codificate o diversamente codificate.

In un simile contesto scompare l'individuo portatore di una propria volontà, pur forzata, assorbito (in adesione a visioni organicistiche) in un 'corpo' complessivo declinato al plurale (i migranti) che assume una sua specifica e prevalente *soggettività* di 'popolo' in fuga. Ne consegue che l'efficacia e la congruità degli interventi di 'soccorso' e la loro qualità vengono considerati non a misura del singolo individuo con i suoi diritti esistenziali, ma in una prospettiva prevalentemente economico-statistica di riduzione del danno delle 'ondate' migratorie (quante le persone salvate, quanti i pasti distribuiti, quanti i posti-alloggio assicurati…).

Anche per il giurista è difficile sottrarsi a questa impostazione realistica e catastrofica, che pone in conflitto i fatti concreti e le *inadeguate* ipotesi astratte. Pertanto, la riflessione, per non rimanere inconcludente, deve utilmente spostarsi su un diverso e più ampio orizzonte: l'organizzazione della Comunità internazionale e le sue capacità-possibilità di *reazione ai fatti* che generano emigrazioni-immigrazioni con esiti devastanti sotto il profilo politico, economico e sociale nei confronti di singoli Stati o addirittura di unioni di Stati. Si può ragionevolmente argomentare che oggetto delle reazioni suddette (soprattutto quando si manifestano attraverso la forza) debbano prioritariamente essere i fatti scatenanti e *non* le migrazioni che ne derivano.

Queste nel loro impervio svolgimento possono e devono essere assistite sulla base di quel *dovere di soccorso* che è certamente un principio supremo cogente del *corpus juris humanitatis* e che concerne indiscriminatamente tutte le situazioni di pericolo per il genere umano.

Un buon osservatorio per sviluppare questo orientamento e per acquisire l'oggettiva percezione dei fatti su cui applicare il diritto dell'umanità possono essere i periodici e completi rapporti dell'UHCR (URL: <http://unhcr.org/medsea>; la risorsa va ora cercata a partire dalla nuova Home Page del sito, con URL: <http://www.unhcr.org/>, [data di accesso: 31/01/2017]) che raccontano non solo il travaglio delle avventurose e non di rado fatali traversate (nel Mediterraneo), ma descrivono diffusamente anche le condizioni di invivibilità dei luoghi di origine e di partenza dei migranti.

Ad esempio il comunicato del 18 giugno 2015 può suggerire l'opportunità di qualche ripensamento teorico sulla 'natura' e composizione della stessa 'Comunità internazionale':

> L'accelerazione principale è iniziata nei primi mesi del 2011, quando è scoppiata la guerra in Siria, diventata la principale causa di migrazione forzata a livello mondiale. Nel 2014, ogni giorno 42.500 persone in media sono diventate rifugiate, richiedenti asilo o sfollati interni; dato che corrisponde a un aumento di quattro volte in soli quattro anni. In tutto il mondo, una persona ogni 122 è attualmente un rifugiato, uno sfollato interno o un richiedente asilo. Se i 59,5 milioni di migranti forzati nel mondo componessero una nazione, sarebbe la ventiquattresima al mondo per numero di abitanti.

Di fronte a questi dati così eclatanti dovrebbe essere riconsiderata la stessa nozione formale e tradizionale di 'stato sovrano', quale ente costituito da un territorio, da una popolazione e da un'autorità di governo, comunque legittimata o autolegittimata. Secondo una concezione tradizionale delle relazioni internazionali, per prendere atto dell'esistenza di uno Stato basta constatare la capacità di un 'governo' di gestire i confini entro i quali esso pretende di esercitare la propria sovranità.

Proprio il tema dei rapporti tra sovranità e Stato e l'interdipendenza dei due concetti è al centro di dispute e di rimeditazioni anche nella più recente letteratura di filosofia politica. Se si esce dalle gabbie delle dottrine realistiche (e conservatrici) si potrebbe mettere in dubbio, anche da un punto di vista filologico, la legittimità dell'(auto)attribuzione della definizione di 'Stato' a quelle situazioni in cui un'autorità di governo non riesca ad assicurare condizioni di vita minime ai propri abitanti in ambiti territoriali pur originariamente riconosciuti a livello internazionale come costitutivi di un'entità 'Stato'. In effetti, l'abbandono di una consistente quota di popolazione dal proprio territorio-stato rivela l'incapacità di esercitare un'*effettiva sovranità statale* da parte di sedicenti organi di governo che, al più, possono dimostrare di disporre di apparati atti a stabilire e sufficienti ad assicurare semplicemente la propria autoconservazione. Cosicché, in questi casi, l'entità Stato, anche per il diritto internazionale dovrebbe (potrebbe) essere

messa in discussione sostituendo questa categoria con quella più appropriata di 'potere di fatto' *geograficamente connotato*.

La questione di fondo è allora se la Comunità internazionale comprenda nella sua organizzazione (anche giuridica) solo gli Stati (come *ridefiniti* in rapporto alla vivibilità che deve essere assicurata alla popolazione) o anche di questi poteri di fatto territorialmente insediati.

Le migrazioni forzate sollecitano l'approfondimento di questa discussione ove non siano valutate alla stregua di irreversibili calamità catastrofiche naturali per le quali non ci può essere rimedio, ma soltanto attesa e, per l'avvenire, precauzione.

La rimozione delle cause di invivibilità nei luoghi che originano gli esodi è universalmente e astrattamente riconosciuta come la soluzione più efficace e strutturale; ed è anche comune l'ammissione che si tratti di una missione tipica e doverosa della Comunità internazionale. Divergenti sono però le posizioni sui soggetti autorizzati a intraprendere le azioni conseguenti che possono richiedere assai frequentemente l'uso della forza contro poteri territoriali, definiti 'terroristici' o comunque 'criminali'.

Probabilmente, il concetto che aiuta meglio ad affrontare la questione è quello dell''interferenza *umanitaria*'. La qualificazione è assai significativa e condizionante, in quanto, oltre a richiamare il *corpus juris humanitatis*, implica che qualsiasi intervento di carattere militare deve avere come esclusiva finalità il ripristino di una situazione di vivibilità nei luoghi coattivamente abbandonati. Certamente, l'uso della forza è uno degli strumenti più controversi e rischiosi (che richiede di essere severamente vincolato ai criteri di proporzionalità e di adeguatezza), ma non può essere aprioristicamente bandito dai mezzi di reazione a disposizione della Comunità internazionale. Talora si parla, correttamente, di 'operazioni di polizia internazionale'. È un filone che merita di essere coltivato, in quanto in questa dimensione la *nozione di forza* (anche militare e organizzata) è concettualmente distinta dalla *nozione di guerra*, che può insorgere solo tra Stati. Viceversa, la forza è impiegata contro *poteri* criminali territoriali che, come si è già cercato di mettere in luce, non possono vantare la pretesa di essere annoverati nella Comunità internazionale per la loro inidoneità ad assicurare quel minimo di convivenza-vivibilità che – insisto – dovrebbe essere riconosciuto come uno dei requisiti oggettivi degli Stati sovrani.

L'interferenza umanitaria si esprime anche in altre forme: il 'soccorso' (che ha un carattere episodico) e la 'cooperazione internazionale' (con caratteristiche più durature e strutturali). A differenza della forza, monopolio di Stati sovrani o di associazioni di Stati sovrani, il soccorso e la cooperazione internazionale sono praticati a livello (anche) diffuso da soggetti non riconducibili direttamente alla responsabilità degli Stati. Alcuni attori si sono affermati da tempo nella Comunità internazionale che ha riconosciuto la loro *legittimazione ad interferire* sulla

base dei *principi di autonomia e neutralità* (cfr. il caso esemplare – che per certi versi è un prototipo – della Croce Rossa Internazionale e delle convenzioni che le assicurano un'immunità internazionale); altri sono espressione di una *governance globale umanitaria* (come le ONG, le grandi Fondazioni di scopo per il perseguimento dei diritti umani civili, politici e sociali) in grado di gestire risorse *private* assai consistenti e di influenzare la strategia delle agenzie ufficiali settoriali che gravitano nell'organizzazione delle Nazioni Unite. Sarebbe assai significativo censire (a partire da un certo valore delle loro dotazioni finanziarie) queste organizzazioni globali di natura privatistica e misurare la loro effettiva capacità di indirizzo generale e di impatto economico sulle politiche umanitarie nei vari campi della salute, della cultura, della lotta alla povertà... Inoltre, dall'analisi degli statuti delle medesime organizzazioni private e dei principi-metodi che le ispirano si potrebbe verificare la loro sintonia con le norme del *corpus juris humanitatis*. Dal confronto tra le enunciazioni programmatiche di queste organizzazioni, sempre più numerose e attive, e le dichiarazioni contenute nelle varie convenzioni internazionali, generali e specifiche, sui diritti dell'uomo, dovrebbe emergere il livello di cultura giuridica umanitaria diffusa nella *società civile mondiale* (Habermas).

Assai problematica è la questione della legittimazione delle azioni di interferenza umanitaria, soprattutto di quelle di carattere militare connotate di 'polizia internazionale'. Lo scopo (ricreare condizioni di vivibilità nei territori dove viene esercitato un potere di fatto criminale) senza un *affidamento internazionale*, non è, per lo più, ritenuto sufficiente e rassicurante. Sostanzialmente si confrontano due opinioni estreme: la necessità di una *deliberazione unanime* (o, a seconda dei casi, con maggioranze qualificate) degli Stati rappresentati negli organismi internazionali delle Nazioni Unite o la *decisione unilaterale* anche di un singolo Stato che, sulla base della straordinarietà di un'emergenza, si arroga un *potere sostitutivo di valore universale* per la protezione dei diritti umani.

L'esperienza storica dimostra a sufficienza la debolezza di entrambe le posizioni: la prima porta facilmente all'inazione con effetti ancora più devastanti per le popolazioni vittime dei poteri di fatto criminali; la seconda può favorire interventi non propriamente di 'polizia internazionale' con finalità esclusivamente umanitarie, ma dettati da convergenti interessi economici e/o geopolitici.

Occorre, dunque, procedere alla ricerca di una soluzione intermedia che trovi un fondamento nei principi desumibili dalle fonti del *corpus juris humanitatis* che si tenta di ricostruire faticosamente, ma con coerenza e sistematicità. Qualche spunto interessante lo può offrire il caso del soccorso prestato in occasione di grandi calamità naturali per decisione unilaterale di singoli Stati. Si tratta di un'interferenza umanitaria comunemente accettata, riconducibile (forse) a una consuetudine internazionale che, in ogni caso, dimostra la cedevolezza del prin-

cipio di sovranità dinnanzi al prevalente diritto alla vita-vivibilità degli individui-comunità-popoli.

In questi cantieri aperti per la ricerca di una coerente risposta giuridica al tema complessivo delle migrazioni forzate c'è spazio per un'altra suggestione: quella della 'giurisdizione universale' che trova il suo fondamento nella consapevolezza che esse possano penalmente configurarsi come crimini contro l'umanità non solo per l'efferatezza di condotte che colpiscono individui costringendoli ad abbandonare i loro luoghi di origine, ma anche perché generano vittime e danni a cascata nel corso della complessiva vicenda. Tentativi di affermare in capo a magistrati o a giudici nell'ambito di ordinamenti nazionali una competenza extraterritoriale per aprire inchieste su delitti qualificati come 'crimini internazionali', compiuti all'estero anche da stranieri, non hanno avuto seguito (si segnalano casi in Spagna e in Belgio), imponendosi alla fine il criterio della competenza ancorata alla sovranità.

Un'apertura si trova anche nell'art. 8 del codice penale italiano laddove afferma che «[…] lo straniero che commette in territorio estero un delitto politico è punito secondo la legge italiana a richiesta del Ministro della giustizia» e precisa «che è delitto politico ogni delitto che offende un interesse politico dello Stato […]».

L'indeterminatezza delle fattispecie evocate potrebbe, quanto meno, suscitare una discussione attualizzata e di prospettiva sulla idoneità delle migrazioni forzate ad essere annoverate tra i delitti 'politici' fino a rappresentare veri e propri *tentativi di genocidio*. Né parrebbe dubbia l'offesa all'interesse politico dello Stato a non subire le drammatiche conseguenze interne di flussi migratori incontrollabili, imputabili a fatti illeciti esterni.

Una pur limitata giurisdizione diffusa, almeno a livello inquirente, richiamerebbe l'esigenza e l'urgenza dell'istituzione di *un'apposita Corte penale internazionale* le cui pronunce dichiarative potrebbero legittimare l'uso della forza da parte della Comunità internazionale nel suo complesso o, eventualmente, da parte di unioni di Stati in applicazione del principio di 'interferenza umanitaria' sopra evocato.

Le osservazioni qui formulate (in una sorta di *pro-memoria*) sono certamente orientate. Lasciano intendere che di fronte a un tema centrale per la convivenza globale i giuristi non possono limitarsi a prendere atto della frammentarietà e talora contraddittorietà delle discipline che regolano a diversi livelli, nazionali o internazionali, singol i aspetti delle migrazioni, resecandoli dal fatto complessivo. I giuristi devono assumersi un *compito predittivo*: mettere a sistema e coerenza quel *corpus juris humanitatis* disperso e dimenticato in una disordinata successione di fonti tuttora avulse dai criteri di gerarchia e competenza. Individuare, *magis ut*

*valeant*, i principi fondamentali e indisponibili sulla libertà-volontà di circolazione nel mondo e, nel contempo, sulle condizioni minime di vivibilità in territori dove la 'sovranità' (nel senso rivalutato sopra proposto) non viene esercitata, non significa avanzare surrettiziamente la pretesa di sostituirsi ai legittimi decisori politici di scelte drammatiche o tragiche. Vuol dire, più umilmente, segnalare con sufficiente chiarezza il valore universalmente legittimo o universalmente illegittimo di azioni o inazioni dalle quali dipende il futuro del genere umano.

# Humanity and Sovereignty. The Rights Denied to Migrants (1986-2015)

*Ernesto Bettinelli*

**Abstract**

The book collects some scientific works published by Ernesto Bettinelli from 1986 to 2015 about fundamental rights regarding the status of immigrants. The book would represent an occasion for a careful reflection on the status of migrants in the contradictory Italian legislation and on the general situation of foreign people leaving their home countries because of their impossible conditions of life.

***Ernesto Bettinelli*** *has been professor of Constitutional Law mainly at University of Pavia until 2016. Actually he is retired and teaches Constitutional History as contract professor. He has published scientific works on political and civil liberties, human rights, political parties, electoral systems, direct democracy, political system and constitutional organization, constitutional reforms. He held public positions of national importance. Actually he is President of a Not Governmental Organization ("Agency n. 1 of Pavia for Ayamé") committed to support a rural community in Ivory Coast through the development of humanitarian projects for health services, territorial sanitation and children protection. He joins the strategic project of University of Pavia in matter of global migrations.*

E-mail: ernesto.bettinelli@unipv.it