

# **Dinamiche del diritto, migrazioni e uguaglianza relazionale**

a cura di Guido Canavesi







# Dinamiche del diritto, migrazioni e uguaglianza relazionale

a cura di Guido Canavesi

eum

La pubblicazione è l'esito del progetto di ricerca *Welfare e Terzo settore: radici e sfide della sicurezza sociale*, finanziato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata.

Isbn 978-88-6056-640-9

Prima edizione: dicembre 2019

©2019 eum edizioni università di macerata

Corso della Repubblica, 51 – 62100 Macerata

info.ceum@unimc.it

<http://eum.unimc.it>

*Impaginazione:* Hana Mitrov e Carla Moreschini

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

## Indice

### 7 *Elenco delle abbreviazioni delle riviste*

Parte prima

#### Profili pubblicistici

Francesco de Leonardis

#### 11 Introduzione

Monica Stronati

#### 17 Appartenenza territoriale e prossimità relazionale: la libertà di migrare tra Otto e Novecento in Europa

Saša Zagorc, Adriana di Stefano

#### 35 Mass Migrations and the Public Emergency Narrative. Managing migration governance in time of crisis

Erik Longo

#### 71 L'accesso degli immigrati alle misure di assistenza sociale in Italia

Francesco Manganaro

#### 97 L'organizzazione dell'accoglienza delle persone migranti

Chiara Feliziani

#### 119 Giustizia amministrativa e immigrazione. A proposito di alcuni nodi irrisolti

Parte seconda

## Profili civilistici

Guido Canavesi

159 Introduzione

Fabrizio Marongiu Buonaiuti

163 Immigrazione e circolazione degli status personali e familiari:  
la problematica dei c.d. *Conflicts de civilisations*

Janet Dine

197 German's Marshall Plan with Africa; an initiative for  
lessening immigration and strengthening Human Rights

Alessio Bartolacelli

217 I migranti e l'impresa. Spunti e dati sull'imprenditorialità degli  
immigrati in Italia

William Chiaromonte

249 L'(in)evitabile nesso fra regolazione del lavoro immigrato e  
diffusione del lavoro sommerso: spunti ricostruttivi

279 Elenco degli autori



## *Elenco delle abbreviazioni delle riviste*

«AIC, Oss. Cost.»	AIC, Osservatorio costituzionale
«Arch. giur.»	Archivio giuridico «Filippo Serafini»
«Aut. loc. serv. soc.»	Autonomie locali e servizi sociali
«Cass. pen.»	Cassazione penale
«Corr. merito»	Corriere del merito
«Dig. disc. pubbl.»	Digesto – discipline pubblicistiche
«Dig. it.»	Digesto italiano
«Dir. amm.»	Diritto amministrativo
«Dir. ec.»	Diritto dell'economia
«Dir. imm. citt.»	Diritto, immigrazione e cittadinanza
«Dir. lav. merc.»	Diritti lavori mercati
«Dir. pen. proc.»	Diritto penale e processo
«Dir. proc. amm.»	Diritto e processo amministrativo
«Dir. pubbl.»	Diritto pubblico
«Dir. rel. ind.»	Diritto delle relazioni industriali
«Dir. soc.»	Diritto e società
«Dir. um. e dir. int.»	Diritti umani e diritto internazionale
«Dir. Unione eur.»	Diritto dell'Unione europea
«Enc. dir.»	Enciclopedia del diritto
«Fam. dir.»	Famiglia e diritto
«Foro amm.»	Foro amministrativo
«Giorn. dir. amm.»	Giornale di diritto amministrativo
«Giorn. dir. lav. rel. ind.»	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
«Giur. comm.»	Giurisprudenza commerciale
«Giur. cost.»	Giurisprudenza costituzionale
«Giur. it.»	Giurisprudenza italiana
«Ist. del fed.»	Istituzioni del federalismo

«Lav. dir.»	Lavoro e diritto
«Nss. dig. it.»	Nuovissimo digesto italiano
«Nuova giur. civ. comm.»	Nuova giurisprudenza civile commentata
«Nuova rass.»	Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza
«Nuove leggi civ. comm.»	Nuove leggi civili commentate
«Pol. dir.»	Politica del diritto
«Quad. cost.»	Quaderni costituzionali
«Quad. soc.»	Quaderni di sociologia
«Rass. dir. pubbl. eur.»	Rassegna di diritto pubblico europeo
«Resp. civ. prev.»	Responsabilità civile e previdenza
«Riv. crit. dir. priv.»	Rivista critica del diritto privato
«Riv. dir. sic. soc.»	Rivista di diritto della sicurezza sociale
«Riv. dir. int.»	Rivista di diritto internazionale
«Riv. dir. int. priv. e proc.»	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
«Riv. dir. proc. civ.»	Rivista di diritto processuale civile
«Riv. giur. ed.»	Rivista giuridica dell'edilizia
«Riv. giur. lav.»	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
«Riv. it. dir. lav.»	Rivista italiana di diritto del lavoro
«Riv. it. dir. pubbl. com.»	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
«Riv. it. med. leg.»	Rivista italiana di medicina legale
«Riv. it. sc. pol.»	Rivista italiana di scienza politica
«Riv. ODC»	Rivista Orizzonti del diritto commerciale
«Riv. trim. dir. pubbl.»	Rivista trimestrale di diritto pubblico

Parte prima

Profili pubblicitari



Francesco de Leonardis

## Introduzione

La dimensione propria del diritto amministrativo è quella della concretezza e del dovere: l'amministrazione in senso oggettivo si definisce come il dovere di curare concretamente l'interesse generale.

L'amministrazione risolve problemi (dovrebbe risolverli) quando i singoli cittadini, le singole imprese o la società civile non riescono: è questo il contenuto fondamentale del principio di sussidiarietà in senso orizzontale.

E oggi nessuno può negare che uno dei problemi più importanti sia proprio quello della gestione dei flussi migratori in entrata nel nostro Paese.

Una gran parte del dibattito politico che ha preceduto la legislatura in corso si è focalizzata su questo tema e sulle soluzioni da dare ai relativi problemi si sono confrontati (e si confrontano) i programmi elettorali di praticamente tutti i partiti politici.

Si tratta di un terreno scivoloso nel quale lo studioso inevitabilmente tende ad essere condizionato dalle proprie convinzioni personali sul tema.

Ai due estremi si collocano da una parte il partito di chi non vorrebbe consentire nessun accesso dei migranti nel nostro Paese e che vede l'immigrato sempre come un pericolo e dall'altra chi invece privilegia la prospettiva dell'accoglienza a tutti i costi.

La sfida è quella di trovare un punto di equilibrio tra le diverse posizioni e le diverse esigenze non solo rispettando il punto di vista altrui ma anche comprendendo e rispettando le preoccupazioni (e gli auspici) delle opposte posizioni.

Il bilanciamento tra interessi del resto è ciò che contraddistingue il diritto amministrativo che quotidianamente si confronta anche con il tema della gestione ottimale delle risorse scarse.

Fortunatamente il compito del giurista o dello storico non è quello di decidere, è invece anche quello di tentare di fornire al decisore gli spunti di riflessione che lo aiutino nella decisione.

Ed è questo che i lavori contenuti nella presente sezione tentano di fare.

Lo evidenzia bene uno degli Autori di questa prima parte del volume: “risulta quanto mai difficile portare l’analisi del fenomeno migratorio fuori dalle paludi del dibattito politico e delle sue conseguenze sociali, anche se questa sarà la sfida che qui ci poniamo di realizzare” (Longo).

Gli interrogativi a cui occorre dare una risposta sono innumerevoli: innanzitutto il fenomeno migratorio è un fenomeno nuovo o è sempre esistito seppure in forme diverse? È possibile una sua definizione unitaria? Come è stato gestito nel periodo immediatamente successivo all’Unità d’Italia? Come incidono su tale fenomeno da una parte la costruzione degli Stati nazionali e dall’altra il fenomeno della globalizzazione? Quali sono le caratteristiche delle migrazioni nell’Ottocento? Esiste una libertà di migrare nello Statuto Albertino? Quali sono i primi interventi normativi sull’emigrazione? Quali riforme internazionali sono necessarie per rendere meno drammatico il divario delle condizioni di vita nelle diverse aree del mondo?

Il contributo dello storico (Monica Stronati, *Appartenenza territoriale e prossimità relazionale: la libertà di migrare tra Otto e Novecento in Europa*) appare prezioso nel rispondere a queste domande.

Ad altre domande si tenta di dare risposta nella documentata riflessione di uno studioso straniero (Saša Zagorc, *Mass Migrations and the Public Emergency Narrative. Managing migration governance in time of crisis*): qual è la posizione dell’ONU sul tema dell’immigrazione in Europa? Quali politiche possono essere poste in essere per limitare il fenomeno? Qual è la definizione esatta di migrazione? Si può sovrapporre la definizione di migrazione di massa a quella di migrazioni illegali? Nella

prospettiva della legittimazione le migrazioni di massa in che senso costituiscono una minaccia? E una minaccia a chi e a che cosa? Cosa ci possono insegnare le esperienze di migrazione verso la Slovenia e il Libano? Quali sono i contenuti della dichiarazione dell'*Institut de Droit International* del 2017? Che ruolo gioca la risoluzione delle Nazioni Unite sui rifugiati e migranti?

Si passa poi al piano del diritto nazionale a cui sono dedicati tre importanti contributi: anche in questo caso gli interrogativi sono molti e prendono le mosse da un chiaro e ragionato lavoro sul tema dell'estensione agli stranieri delle misure di assistenza sociale (Erik Longo, *L'accesso degli immigrati alle misure di assistenza sociale in Italia*).

Come incide il fenomeno dell'immigrazione sullo Stato sociale? Come viene disciplinato l'accesso degli immigrati alle prestazioni sociali? Si può ipotizzare una sorta di terzo status che si collochi tra cittadinanza e residenza? E come potrebbe essere definito? Quali sono le differenze tra immigrati regolari, immigrati irregolari e persone richiedenti protezione internazionale? Cosa si può dedurre in ordine al diritto di assistenza dal combinato disposto delle norme costituzionali contenute negli artt. 2, 3, 38 e 117 comma 2 lett. m)? Qual è stato il ruolo della Corte Costituzionale nell'estendere agli stranieri, in forza dei principi di solidarietà ed eguaglianza, i diritti fondamentali previsti nella Costituzione per i cittadini? Sarebbe costituzionalmente ammissibile una differenziazione tra la situazione del cittadino e quella dello straniero che preveda una diversa ampiezza o intensità dei diritti a seconda dei titolari, sempre che si tratti di differenziazioni ragionevoli e proporzionate? Cosa prevedono al riguardo il testo unico sull'immigrazione del 1998 e la legge quadro sui servizi sociali del 2000? Quale ruolo hanno giocato le esigenze economico-finanziarie nella legislazione degli anni successivi a partire dal 2001 nel restringere l'applicazione delle precedenti citate normative (si pensi ad esempio all'assegno di maternità fino al *bonus* asilo nido, alla carta acquisti, all'assegno di natalità, al reddito di inclusione fino al recentissimo «reddito di cittadinanza»)? Come si è atteggiata la giurisprudenza della Corte Costituzionale rispetto a tali tentativi di restringere la tutela degli stranieri? Che ruolo hanno giocato e

giocano le Regioni e gli enti locali nell'assistenza sociale agli stranieri?

Si passa poi a quanto più strettamente attiene al piano del diritto amministrativo sia sostanziale che processuale.

Sul piano amministrativo ovviamente il tema di fondo è quello dell'organizzazione amministrativa, *rectius* delle organizzazioni amministrative, che si confrontano con il problema dei migranti.

E dunque nell'ordine: quali sono i fondamenti costituzionali dell'azione amministrativa in materia di immigrazione? Cosa prevedeva la prima legge sull'immigrazione, la n. 943 del 1986? Come è stata modificata dalla legge cd. Martelli n. 39 del 1990 che crea i primi centri di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR)? Quali sono i contenuti della legge cd. Turco Napolitano, n. 40 del 1998, e del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina della immigrazione e norme sulla condizione dello straniero che ne costituisce attuazione, d. lgs. n. 286/1998? Quali criticità si manifestarono dal punto di vista organizzativo? Cosa prevedevano la legge n. 189/2002 (legge Bossi- Fini) e il successivo regolamento D.P.R. n. 334/2004? Cosa cambia con il pacchetto sicurezza (legge n. 94/2009), il decreto Minniti-Orlando (l. n. 46/2017) e il decreto Salvini (d.l. 113/2018 convertito in l. 132/2018)? Come è organizzata l'accoglienza dei migranti tra hotspot, SPRAR, Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR) e Centri di accoglienza straordinaria (CAS)? Che caratteristiche hanno e come hanno funzionato?

Le risposte le troviamo nel documentato saggio di Francesco Manganaro significativamente intitolato *L'organizzazione dell'accoglienza delle persone migranti*.

Infine gli aspetti processuali non meno importanti e segnatamente quelli della tutela giurisdizionale del migrante nei confronti della pubblica amministrazione.

Vi è una tutela effettiva del migrante oggetto di provvedimenti di diniego, mancato rinnovo e revoca del visto d'ingresso o del permesso di soggiorno o dei provvedimenti di espulsione per motivi di ordine pubblico, sicurezza dello Stato o terrorismo? O ancora di provvedimenti di diniego, mancato rinnovo



o revoca del visto d'ingresso e del permesso di soggiorno qualora vengano in gioco esigenze di protezione umanitaria o di tutela dell'unità familiare; di respingimenti, espulsioni prefettizie, convalida ed esecuzione di misure di allontanamento e, infine, di atti o comportamenti di carattere discriminatorio? Come si alloca la giurisdizione del giudice amministrativo e ordinario su tali questioni? E quali sono le ragioni di tale riparto di giurisdizione? E davanti al giudice amministrativo come vengono risolti i problemi della assistenza linguistica, dei costi del processo e del c.d. gratuito patrocinio? E qual è l'ampiezza del sindacato spettante al giudice amministrativo sui provvedimenti incidenti nella materia *de qua*? E cosa ha sancito la giurisprudenza della Corte EDU sui cd. respingimenti in mare che costituiscono attività materiale della pubblica amministrazione?

Si tratta delle domande fondamentali a cui dà risposta il bel lavoro di Chiara Feliziani sulla *Giustizia amministrativa e immigrazione*.

Le suggestioni che emergono dalla lettura dei vari saggi sono innumerevoli e in chiusura se ne possono citare due: quella dell'uguaglianza in senso relazionale ed evolutivo e quella del dovere.

Se come si diceva in apertura non si possono accogliere le due tesi estreme ("immigrati no" o "immigrati sì sempre e comunque"), si dovrebbe ragionare intorno al bilanciamento e all'equilibrio che costituiscono le note essenziali del diritto amministrativo da sempre connotato dal tentativo di comporre in modo ragionevole interessi diversi.

In un contesto di risorse scarse (in termini di disponibilità abitative, possibilità di lavoro, risorse sanitarie ecc.) per evitare di negare a tutti le prestazioni il tema dell'uguaglianza, declinata in senso relazionale, potrebbe costituire la chiave di volta consentendo l'attuazione di una logica "win win".

In altre parole la necessità di integrazione che emerge nei vari contributi potrebbe pervenire al massimo livello di completezza solo laddove si trovino le soluzioni concrete per valorizzare gli immigrati come risorsa vera per la nostra società così come lo sono (e lo dovrebbero essere) i cittadini e le imprese.

In tale prospettiva dell'uguaglianza relazionale, ovviamente, oltre alla considerazione dei diritti dei migranti, si dovrebbe

iniziare a parlare anche dei loro doveri così come avviene per i cittadini.

Insomma utilizzare il bilanciamento e l'approccio concreto tipico del diritto amministrativo al fine di rispettare, aiutare e integrare: una sfida difficile a cui i saggi che seguono forniscono un grande contributo.

Monica Stronati

## Appartenenza territoriale e prossimità relazionale: la libertà di migrare tra Otto e Novecento in Europa

SOMMARIO: 1. L'orizzonte di senso del fenomeno migratorio contemporaneo – 2. Dalla *iurisdictio* al principio di sovranità – 3. Le prime leggi nell'Europa liberale – 4. La libertà di emigrare nel diritto comune – 5. Il governo delle migrazioni: le leggi sociali – 6. Giustizia e migrazioni tra alterità e prossimità

### 1. *L'orizzonte di senso del fenomeno migratorio contemporaneo*

L'emigrazione «si è verificata in tutte le epoche della storia della civiltà, sotto diverse forme e con fisionomia particolare»<sup>1</sup>, dunque esso è un fenomeno ordinario. Ciononostante chi è chiamato a governare il fenomeno migratorio, spesso lo fa affrontando il suo aspetto “esteriore”, adottando misure emergenziali, “poliziesche”, ovvero con un approccio che privilegia le esigenze di ordine pubblico, facendo leva sul sentimento di paura. Una percezione che non corrisponde al dato reale, perché le società occidentali contemporanee sono le più sicure della storia dell'umanità, eppure «le comunità vengono descritte come assillate in modo ricorrente da timori di *contaminazioni* e di *invasioni* e ricercano continuamente la propria *immunizzazione* e *difesa* attraverso il ricorso a misure di protezione individuale e la richiesta di politiche di ordine»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> F.P. Contuzzi, *Emigrazione*, in «Dig. it.», vol. X, 1895-1898, p. 347.

<sup>2</sup> R. Cornelli, *La paura nel campo penale: una storia del presente*, in «Quaderno di storia del penale e della giustizia», *La paura*, 1, 2019, p. 65; <<http://eum.unimc.it/it/catalogo/646-quaderno-di-storia-del-penale-e-della-giustizia-1-2019-la-paura>>.

In buona sostanza, si adotta una prospettiva meramente contenitiva e ci si sottrae dal governare le migrazioni. Una delle ragioni di tale approccio, da parte delle classi dirigenti, è la tendenza ad affrontare le migrazioni da una prospettiva etnocentrica che privilegia una sola direzione di osservazione: o dalla prospettiva di chi emigra, come nell'esperienza europea tra Otto e Novecento, o dalla prospettiva di chi accoglie, come sembra accadere al giorno d'oggi. Le due prospettive, tuttavia, non possono essere disgiunte, ma anzi esse costituiscono le parti complementari di un medesimo fenomeno che oltretutto andrebbe esaminato nel lungo periodo, nella sua evoluzione storica.

Il *fatto* di migrare ha condizionato l'esistenza stessa dell'umanità ma ovviamente non è un fenomeno sempre uguale a sé stesso. Storici e sociologi hanno coniato numerose categorie descrittive al fine di riconoscere la complessità e la specificità dei fenomeni migratori, ma la domanda che ci poniamo è se sia possibile individuare un comune orizzonte di senso del fenomeno migratorio moderno e contemporaneo.

Dal punto di vista della storia giuridica, si può osservare che le migrazioni contemporanee si inquadrano nel processo di costruzione degli Stati nazionali. Questi hanno fondato la loro legittimazione nella promessa di proteggere i propri cittadini<sup>3</sup>, tuttavia con la globalizzazione, progressivamente gli Stati hanno perso la capacità di creare sicurezza e dunque anche la loro principale fonte di legittimazione. In questo contesto il fenomeno migratorio entra pesantemente nel novero dei problemi che gli Stati devono affrontare e suscita una reazione di rifiuto. Forse per questa ragione, nel dibattito attuale sui fenomeni migratori si riprendono concetti e soluzioni che ricordano le strategie statual-nazionalistiche sperimentate tra Otto e Novecento. Si pensi al «ritorno – negli ultimi decenni – al «lessico delle classi pericolose» (ora costruito soprattutto attorno alla figura dell'immigrato e dello straniero, con un *evergreen* rappresentato

<sup>3</sup> Cfr., P. Costa, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in G.G. Balandi, G. Cazzetta (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 50.

dagli “zingari”), agli stereotipi correlati, e soprattutto ad alcuni dispositivi securitari, rimette al centro della scena il tema della paura – nella sua complessa articolazione simbolica, sociale e politica – e dei soggetti “pericolosi” che vivono o vorrebbero vivere nelle nostre comunità»<sup>4</sup>. Una prospettiva confermata dalle strategie contemporanee tese a rafforzare le sovranità nazionali, a erigere muri e fortificare le frontiere di fronte all’intensificarsi delle immigrazioni.

Proprio la globalizzazione, tuttavia, fa dubitare fortemente dell’efficacia del ricorso ad idee, principi, concetti, categorie che si sono edificate sul mito della sovranità degli Stati nazionali.

## 2. *Dalla iurisdictio al principio di sovranità*

L’ordine giuridico degli Stati nazionali rimpiazza l’ordine giuridico dello Stato giurisdizionale dove la tutela giuridica dello straniero non è determinata dall’appartenenza ad un territorio bensì principalmente dallo *status* di appartenenza del soggetto, dunque anche le risposte giuridiche saranno estremamente differenziate<sup>5</sup>.

Lo Stato giurisdizionale, che perdura fino alla Rivoluzione francese, intende il territorio in senso unitario, ma la sua unità è preceduta dalle parti che lo compongono. Anche il governo del territorio presuppone l’esistenza di soggetti, comunità, ordinamenti e corporazioni, questi ultimi quindi non sono mere parti, sezioni, dell’intero. Il diritto è funzionale all’intero territorio ma non è un diritto gerarchico, cioè non è sovraordinato ai diritti delle parti e dei singoli luoghi. È un diritto che mira alla razionalizzazione ma non alla abrogazione dei diritti particolari. Inoltre c’è un governo dell’insieme del territorio che però non opera per generare uniformità, e non opera attraverso una propria amministrazione. Lo strumento di ordine e governo è la *iurisdictio*,

<sup>4</sup> L. Lacchè, *La paura delle «classi pericolose». Ritorno al futuro?*, in «Quaderno di storia del penale e della giustizia», *La paura*, 1, 2019, p. 177.

<sup>5</sup> C. Storti, *Alcune considerazioni sul trattamento dello straniero in età medievale e moderna tra flessibilità e pragmatismo*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, eum, 2012, p. 124.

ovvero uno strumento che consente di riconoscere la pluralità dei poteri che governa con lo scopo di mantenere la pace, consociare, tenere in equilibrio le forze concretamente esistenti<sup>6</sup>. Nelle società con pluralismo politico e giuridico «il potere è ripartito ed ogni corpo ha una propria funzione ed una propria autonomia. C'è una pluralità di giurisdizioni»<sup>7</sup>. La pluralità di poteri e privilegi è parte integrante il territorio tanto che anche il sovrano assoluto viene condizionato e limitato dall'ordine costituito, in questo senso si può affermare con Pietro Costa che «lo Stato "assoluto" è il più riuscito Stato di diritto»<sup>8</sup>, perché è limitato dai diritti, dai privilegi dei ceti e dei corpi.

Dopo la Rivoluzione francese la *iurisdictio* viene soppiantata da un nuovo principio ordinante: il principio di sovranità «che invece rivendica il carattere originario, l'assolutezza e l'unicità del potere politico e impedisce di riconoscere al suo interno articolazioni costituzionalmente rilevanti e autonome»<sup>9</sup>. Lo Stato di diritto è una forma di Stato che non si realizza integralmente né in modo uniforme, né automaticamente subito dopo la Rivoluzione francese, ciononostante quel modello esprime una linea di fondo che caratterizza l'Europa continentale dalla Rivoluzione francese al Novecento. Il principale elemento caratterizzante lo Stato di diritto è la centralità della legge, che esprime allo stesso tempo sia la manifestazione della sovranità, sia lo strumento di garanzia dei diritti. Solo la legge può, nell'interesse di tutti, individuare eventuali limiti da porre all'esercizio dei diritti individuali. Altro carattere è il ricorso alle Carte costituzionali allo scopo di edificare forme stabili di governo moderato in funzione di garanzia dei diritti.

Le fondazioni del nuovo assetto giuridico istituzionale si rintracciano nel Settecento, soprattutto nella sottrazione dell'individuo alle appartenenze cetuali e corporative. Nella nuova

<sup>6</sup> Cfr., M. Fioravanti, *Stato e costituzione*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 3-36.

<sup>7</sup> A.M. Hespanha, *La cultura giuridica europea*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 91.

<sup>8</sup> P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2003, pp. 93-94.

<sup>9</sup> M. Meccarelli, *Diritti e coesione sociale. Una prospettiva storico-giuridica*, in L. Mauro (a cura di), *Social cohesion and human rights. Reflections on the Contemporary Society*, Milano, Franco Angeli, 2017, p. 14.

rappresentazione il soggetto unitario di bisogni e diritti viene «definito dai parametri della libertà e dell'eguaglianza»<sup>10</sup>. Il principio di astratta eguaglianza dei soggetti comporta anche un mutamento dell'idea di protezione del soggetto nella comunità di appartenenza politica.

Lo Stato di diritto, in effetti, è anche una nuova strategia nel considerare i rapporti tra Stato e cittadino, tra i suoi obiettivi c'è quello di rafforzare le sfere di libertà del soggetto tuttavia «Il collegamento tematico fra Stato di diritto e “diritti individuali” è [...] possibile, ma non obbligatorio, dal momento che è ipotizzabile uno Stato di diritto che produca, per i soggetti, effetti vantaggiosi, ma non coincidenti necessariamente con l'attribuzione di specifici diritti»<sup>11</sup>.

È la sorte toccata a molti “diritti”, per esempio i diritti sociali, ed anche al “diritto” di migrare, cioè *la libertà di locomozione* che viene considerata una libertà fondamentale, parte integrante delle libertà fondamentali dei cittadini: «il primo tra i diritti che lo Stato deve riconoscere al cittadino»<sup>12</sup>.

La fonte giuridica sarebbe addirittura costituzionale, ovvero l'art. 26 dello Statuto albertino<sup>13</sup> come viene osservato nel noto Commento allo Statuto di Racioppi e Brunelli: «La libertà individuale o personale abbraccia e comprende anche quella che taluni configurano separatamente sotto il “nome di libertà di locomozione”, cioè la libertà di poter senza ostacoli trasferire la persona o il domicilio anche da un luogo all'altro dello Stato, ed anche d'emigrare dallo Stato e tornarvi»<sup>14</sup>.

Nello Stato liberale, il “diritto” di migrare è dunque più propriamente una “libertà”, al più un “diritto” astrattamente riconosciuto ma non effettivamente attribuito ai soggetti, perché in ogni caso i diritti sono soggetti al condizionamento dell'appartenenza alla comunità politica statale. Nell'equilibrio

<sup>10</sup> P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2003, p. 94.

<sup>11</sup> Ivi, p. 90.

<sup>12</sup> Contuzzi, *Emigrazione*, cit., p. 348.

<sup>13</sup> «La libertà individuale è garantita. Niuno può essere arrestato o tradotto in giudizio se non nei casi previsti dalla legge e nelle forme che essa prescrive».

<sup>14</sup> F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. II (Dall'art. 24 all'Art. 47), Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1909, p. 60.

tra la dimensione statale e la dimensione individuale finisce col prevalere quella statale, perché «il fenomeno della migrazione, intrinsecamente connesso con l'attribuzione o la perdita della cittadinanza, il controllo dei confini nazionali, le politiche demografiche, le condizioni economiche, le strategie militari, interessa profili così essenziali della sovranità statale da rendere palese l'imposizione delle ragioni di ordine pubblico sulle libertà private, mostrando il volto più autoritario del potere»<sup>15</sup>.

Gli Stati liberali hanno in nuce elementi di autoritarismo<sup>16</sup>, tuttavia la «condotta oscillante» dei governi nei confronti del fenomeno migratorio è certamente contenuta in leggi di polizia «ma mai rispondente del tutto allo spirito reazionario dei proprietari terrieri, non era in realtà animata da una precisa volontà repressiva». Si può parlare di «un *animus* conservatore», ma non antiliberal. Invece, ciò che più è mancata è «un'adeguata consapevolezza della complessità dei problemi posti da un espatrio che per una frazione considerevole di Italiani si identificava con una ragione di vita»<sup>17</sup>.

### 3. Le prime leggi nell'Europa liberale

L'Europa viene investita all'improvviso ed è impreparata ad affrontare il movimento migratorio di massa. Si avvera infatti una serie di condizioni particolari, dalla congiuntura socio-economica allo straordinario sviluppo tecnologico: «Treni e navi a vapore incentivano gli spostamenti e rendono più semplice

<sup>15</sup> M. Pifferi, *Ius peregrinandi e contraddizioni dell'età liberale. Qualche riflessione sulla "falsa" libertà di migrare in Italia e negli USA*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, eum, 2012, p. 255; cfr. M. Pifferi, *Paure dello straniero e controllo dei confini. Una prospettiva storico-giuridica*, in «Quaderno di storia del penale e della giustizia», *La paura*, 1, 2019, pp. 179 ss.

<sup>16</sup> Cfr., L. Lacchè, *Il nome della «libertà». Tre dimensioni nel secolo della costituzione*, in F. Bambi (a cura di), *Un secolo per la costituzione (1848-1948). Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano. Atti del Convegno di Firenze 11 novembre 2011*, Firenze, Accademia della Crusca, 2012, pp. 29 ss.

<sup>17</sup> F. Manzotti, *La polemica sull'emigrazione nell'Italia unita (fino alla prima guerra mondiale)*, Città di Castello, Dante Alighieri, 1962, p. 65.



varcare confini e oceani», una nuova mobilità che impatta negativamente sui fragili Stati nazionali di nuova fondazione. L'Ottocento è il secolo della grande migrazione ma soprattutto è il secolo della scoperta della migrazione «come problema politico, economico e sociale»<sup>18</sup>.

La prima reazione dei governi liberali non poteva che essere impacciata e timida. In tutta Europa l'approccio è stato "poliziesco". Di fronte al movimento di massa della emigrazione, i governi reagiscono dapprima con ordinanze ed istruzioni ai funzionari di polizia contro gli abusi commessi dalle agenzie, in un secondo momento con leggi particolari a tutela degli emigrati. Ogni Stato ha adottato propri provvedimenti ma per uno scopo identico, «quello cioè di garantire l'emigrazione come *diritto individuale* e disciplinarlo come fatto sociale [e] stabilire la sorveglianza del Governo sulle operazioni d'arruolamento e d'imbarco»<sup>19</sup>. Come è noto, si contrastavano gli opposti interessi degli agrari, che negavano la natura sociale del fenomeno, e quello degli agenti di emigrazione e degli armatori che, ovviamente, reclamavano la libertà di emigrazione e facevano affidamento sugli introiti con gli espatri per finanziare l'innovazione tecnologica.

I punti in comune alle legislazioni europee sono: 1. la necessità dell'autorizzazione governativa delle agenzie di emigrazione; 2. la subordinazione dell'autorizzazione ad una cauzione; 3. normare i rapporti tra gli agenti e gli emigranti con formalità per la stipulazione dei contratti: lo speditore deve contrattare un'assicurazione contro i rischi del trasporto (Belgio, Olanda, Svizzera, Amburgo); 4. il riconoscimento agli emigranti di esporre reclami contro gli agenti; 5. minacciare sanzioni penali ai trasgressori, e quelle italiane sono tra le più rigorose in quanto «il reato di emigrazione non solo può considerarsi come una contravvenzione, ma può anche elevarsi a delitto»<sup>20</sup>.

I primi interventi sono dunque emergenziali e disorganici, in Italia la svolta si comincia a percepire nel 1878 con due progetti

<sup>18</sup> M. Colucci, M. Sanfilippo, *Le migrazioni. Un'introduzione storica*, Roma, Carocci, 2009, p. 9.

<sup>19</sup> Contuzzi, *Emigrazione*, cit., p. 350.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

di legge presentati il 22 gennaio 1878, uno su iniziativa di Del Giudice e l'altro per iniziativa di Minghetti e Luzzatti. I progetti miravano «a disciplinare l'istituto della emigrazione dal punto di vista delle conseguenze economiche inerenti al fatto stesso della emigrazione; e si abbandonava la via fino allora seguita di considerare le disposizioni sulla emigrazione come obbiettivi esclusivi provvedimenti di polizia». A proposito delle agenzie di emigrazione veniva inserita una nuova proposta, «cioè il divieto ai sindaci, ai parroci, agli impiegati dello Stato ed altri funzionari civili ed ecclesiastici di promuovere o di frenare in qualsiasi maniera l'emigrazione», inoltre si prevedeva la pena del carcere e la multa «per chi per scopo di lucro adducesse fatti falsi o spargesse notizie insussistenti per indurre i cittadini a emigrare»<sup>21</sup>.

In realtà non si voleva uscire dall'ottica dell'intervento di polizia sociale, e così infatti è stata anche la natura della prima legge organica sull'emigrazione italiana, la legge n. 5866 del 1888.

Lo stesso relatore, Enrico Ferri, ribadisce il carattere di polizia sociale del progetto tuttavia non è questo, secondo Ferri, il limite della legge quanto piuttosto il fatto che «il progetto riguarda un momento solo di questa emigrazione in massa, pur volendo limitarsi ad essere, come dev'essere, una legge di pura polizia sociale. E cioè riguarda il solo momento della *partenza*, dell'emigrante e tende a tutelarla soprattutto dalle frodi dell'agente», tuttavia l'emigrazione in massa «ha tre momenti importanti: la partenza, la traversata, la permanenza. Ora anche restando nel campo della polizia sociale, senza entrare nel campo dei provvedimenti economici e politici, un disegno di legge che non provveda agli altri due momenti del tragitto e della permanenza, secondo me, è incompleto, vale a dire inefficace»<sup>22</sup>.

Ancora più esplicito è Francesco Guicciardini, per il quale il diritto di emigrare «equivale al diritto di muoversi, e il diritto di muoversi è sacro, come il diritto di coscienza e il diritto di pensare»<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Ivi, p. 366.

<sup>22</sup> Intervento di Enrico Ferri in Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Tornata del 5 dicembre 1888, p. 5763, <<https://storia.camera.it/regno/lavori/leg16/sed344.pdf>>, marzo 2019.

<sup>23</sup> Intervento di Guicciardini in Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Torna-

Secondo il deputato il progetto di legge ha il carattere di un provvedimento di polizia ma è esattamente ciò che lo fa apprezzare perché: «L'azione dello Stato sul fenomeno dell'emigrazione, può esser soltanto un'azione di tutela e di prevenzione; deve essere un'azione diretta a tutelare gli emigranti contro i pericoli, che, durante il loro lungo e doloroso esodo, li insidiano; deve esser diretta a prevenire quei disastri, di cui purtroppo l'emigrazione è campo fecondo. Dentro questi limiti, l'azione del Governo è doverosa ed utile, è scevra di pericoli e buona; ma, fuori di questi limiti, l'azione del Governo può riuscire solamente ad un'offesa del diritto individuale. (*Bene!*)»<sup>24</sup>.

C'è la consapevolezza che il fenomeno migratorio sia l'esito ineluttabile della questione sociale e per molti aspetti, dunque, della rivoluzione industriale. E che non sarà una legge a risolvere il problema.

Così si esprime, infatti, il deputato socialista Andrea Costa: «Del resto la questione è molto semplice. Una delle due: o voi vi mettete in grado con una serie di provvedimenti legislativi di migliorare le condizioni economiche dei lavoratori, ed allora certamente le istituzioni delle quali sorgete a difesa potranno più o meno andare avanti ancora; ovvero non provvederete altro che con leggi di polizia; ed allora certo il popolo vedendo che nelle istituzioni non ha nulla a sperare, prenderà esso in mano la propria difesa e vedrà esso come provvedere ai casi suoi»<sup>25</sup>.

Il deputato parla a nome dei «nemici delle istituzioni», per il bene del popolo. Apparentemente un intervento condivisibile, tuttavia «il problema dell'emigrazione perdeva per Costa una sua fisionomia particolare risolvendosi interamente in quello sociale», e sui provvedimenti economici di immediata attuazione la proposta si limitava ai provvedimenti a favore delle cooperative di lavoro per impiegarle nella colonizzazione delle terre incolte, «Così, partendo da premesse rivoluzionarie, il deputato

ta del 6 dicembre 1888, p. 5772, <<https://storia.camera.it/regno/lavori/leg16/sed345.pdf>>, marzo 2019.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> Intervento di Andrea Costa in Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Tornata del 7 dicembre 1888, p. 5809, <<https://storia.camera.it/regno/lavori/leg16/sed346.pdf>>, marzo 2019.

romagnolo arrivava ad accettare una soluzione che era stata un *leit-motif* degli avversari di destra dell'emigrazione»<sup>26</sup>.

#### 4. *La libertà di emigrare nel diritto comune*

La questione sottesa, di rilevante importanza, è il rapporto tra Stato e cittadino, tra sfera pubblica e sfera privata e dunque i limiti dell'intervento dello Stato nelle libertà dei cittadini.

In attesa di un diverso impegno dello Stato, sopperiscono altre istituzioni, principalmente la Chiesa cattolica che si fa carico dell'assistenza dei migranti, prima in Europa e poi anche oltre Atlantico<sup>27</sup>. Una spinta decisiva viene da Leone XIII che, soprattutto nell'ultimo decennio di pontificato, si rende conto dell'ineluttabile necessità di prestare maggiore attenzione alle migrazioni. E poi le società di mutuo soccorso, ovvero una solidarietà che passa per intere comunità di migranti e che va ben oltre la mera assistenza.

Tutte esperienze che sono fonti informali per una parte della borghesia, quella solidarista, esperienze che informeranno lo stesso legislatore del nuovo secolo e che troveranno accoglienza nella legge n. 23 del 1901<sup>28</sup>. Per esempio Luigi Luzzatti ascolta confidenzialmente: il missionario scalabriniano don Pietro Maldotti, molto noto a Genova e missionario in Brasile, e il commissario di pubblica sicurezza nel porto di Genova di grande esperienza, il cav. Natale Malnate. Personaggi lodati da Luigi Einaudi, allora giornalista de *La Stampa*<sup>29</sup>.

C'è uno strettissimo legame tra l'edificazione degli Stati nazionali e il governo delle migrazioni. L'art. 1 della legge 30 dicembre 1888 n. 5866<sup>30</sup> proclama la libertà di emigrare ma

<sup>26</sup> Manzotti, *La polemica sull'emigrazione nell'Italia unita*, cit., p. 95.

<sup>27</sup> Cfr., G. Pizzorusso, M. Sanfilippo, *Dagli indiani agli emigranti. L'attenzione della Chiesa romana al Nuovo Mondo, 1492-1908*, Viterbo, Sette Città, 2005.

<sup>28</sup> Cfr., D. Freda, *Governare i migranti. La legge sull'emigrazione del 1901 e la giurisprudenza del Tribunale di Napoli*, Torino, Giappichelli, 2017.

<sup>29</sup> Cfr., Z. Ciuffoletti, *Luigi Luzzatti e l'emigrazione*, in P.L. Ballini, P. Pecorari (a cura di), *Luigi Luzzatti e il suo tempo. Atti del Convegno Internazionale di Studio (Venezia, 7-9 novembre 1991)*, Venezia, Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti, 1994, pp. 485 ss.

<sup>30</sup> «L'emigrazione è libera, salvo gli obblighi imposti ai cittadini dalle leggi. I

a condizione di aver assolto agli obblighi imposti dalla legge, sostanzialmente la difesa della patria. Un compromesso che in realtà rispecchia appieno «le ambiguità della rappresentazione identitaria nazionale. L'invocazione di un 'diritto senza Stato' entra in contrasto con l'immagine della perfetta fusione tra Stato e nazione, pone in risalto, con l'assenza di un diritto effettivamente comune a tutti gli italiani, le mancate promesse dello Stato nazionale»<sup>31</sup>. Da un lato si riconosce nella libertà di emigrare il diritto a sopravvivere, ma d'altro lato si afferma che la patria prevale sulle libertà individuali e le precede.

Il principio di nazionalità informa anche un certo colonialismo, cioè una visione «non egoistica» del principio di nazionalità che anzi rappresenterebbe l'estensione della civiltà e del progresso: «L'unione tra nazione e Stato è idealizzata come soluzione dei problemi politici ed economici interni (risolve la questione sociale, trasforma la miseria in momentaneo disquilibrio) ed è proposta come modello per "la grande famiglia umana", intesa come la risultante degli organismi nazionali aventi come "centro di armonia" lo Stato»<sup>32</sup>.

L'unione tra nazione e Stato si sostanzia, però, nella configurazione della nazione come fondamento naturale, uniforme e omogeneo dello Stato. Una operazione che consente l'attribuzione allo Stato di un potere di intervento nelle sfere individuali, anche in funzione di progressiva protezione dei soggetti più deboli attraverso leggi speciali, ma in vista soprattutto del rafforzamento della sovranità statale.

Nell'opinione pubblica e pure in Parlamento emerge oramai la consapevolezza che l'emigrazione è un «fatto fatale» e che permarrà finché rimarranno le cause economiche e sociali del fenomeno. L'emigrazione è la conseguenza delle trasformazioni socio-economiche, è in definitiva un aspetto drammatico della

militari di prima e seconda categoria in congedo illimitato, appartenenti all'esercito permanente ed alla milizia mobile, non possono recarsi all'estero, se non abbiano ottenuta licenza dal ministro della guerra».

<sup>31</sup> G. Cazzetta, *Patria senza territorio? Emigrazione e retorica dello stato-nazione*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. III, *I multiformi profili del pensiero giuridico*, Napoli, Jovene, 2014, p. 152.

<sup>32</sup> Ivi, p. 150.

questione sociale. Voler impedire alla gente di emigrare significherebbe solo «che invece di avere una emigrazione palese avrete un'emigrazione clandestina»<sup>33</sup>.

Si apre la strada verso una nuova concezione del ruolo e dei compiti dell'autorità pubblica. Lo Stato non può più rimanere indifferente nei confronti dei limiti di un ordine giuridico tendenzialmente immobile che conserva i privilegi di classe. La constatazione della debolezza degli individui nell'impianto codicistico giustifica la richiesta dell'intervento dello Stato. La libertà di negoziare di soggetti erroneamente presunti eguali genera ingiustizie, contro di esse è necessario apporre limiti alla libertà contrattuale<sup>34</sup> e occorre un ripensamento della "sacralità" della proprietà privata individuale. La stessa scienza giuridica invoca l'intervento di una forza amica di entrambe le parti, capitale e lavoro, capace di equilibrare le forze contraenti e fungere da garante alla tutela dell'interesse generale<sup>35</sup>. Questa forza non poteva che essere lo Stato<sup>36</sup> in quanto «organo supremo dell'unità nazionale» cui spettava l'alto ufficio di «moderatore e pacificatore fra le classi sociali contendenti»<sup>37</sup>. L'intervento dello Stato doveva essere diretto a soccorrere «l'individuo al raggiungimento degli scopi comuni», a impedire gli «abusi della donna e del fanciullo», a obbligare «gl'imprenditori non già a pagare un determinato salario agli operai, ma a non abusarne sottoponendoli a condizioni improbe che ne logorano l'esistenza»<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Intervento di Guicciardini in Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Tornata del 6 dicembre 1888, p. 5773, cit.

<sup>34</sup> Basti pensare allo sfruttamento del lavoro minorile e alla tratta dei minori condotti a lavorare all'estero, cfr., M. Stronati, *Un'idea di giustizia solidale. Il buon giudice Majetti e il caso della giurisprudenza "minorile" nel primo Novecento*, in «Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno», vol. 40, II, 2011, pp. 813-867, <<http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/40/index.htm>>, marzo 2019.

<sup>35</sup> G. Cazzetta *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 355-356.

<sup>36</sup> M. Stronati, *Il socialismo giuridico e il solidarismo*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, ottava appendice, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2012, p. 407.

<sup>37</sup> E. Cimbali, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali, con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1907, p. 54.

<sup>38</sup> G. D'Aguanno, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile secondo le risultan-*

## 5. Il governo delle migrazioni: le leggi sociali

Non stupisce affatto che sia ancora Luigi Luzzatti, un personaggio protagonista della nascita delle leggi sociali in Italia<sup>39</sup>, a condurre il Parlamento verso un salto di qualità. Luzzatti sa di dover contrastare quella parte della borghesia liberale gelosa dei propri privilegi o comunque convinta della necessità di lasciare liberi il mercato e la società di trovare il “giusto” equilibrio.

La formula dev'essere quella del doveroso intervento dello Stato, «un intervento legittimato dalla sana dottrina di una equa libertà economica, non intesa come il dogma di uno Stato inerte, che non si curi di nessun dolore e di nessun male, ma quale integrazione di forze deficienti delle energie individuali, e costituente, nei casi di necessità, un supremo dovere dello Stato»<sup>40</sup>.

Il limite dell'intervento dello Stato è ben chiaro, deve essere sussidiario, cioè «lo Stato si adopera a integrare la deficiente attività, la deficiente energia, le insufficienti resistenze degli emigranti con la sua vigilante azione. Solo in momenti estremi, quando la necessità suprema lo imponga, lo Stato passa in prima linea e fa. Ma quando in questi casi lo Stato passa in prima linea e fa, somiglia all'esercito di riserva, il quale deve tenersi sempre lontano dalla fronte della battaglia, sino a che costretto a entrare nel posto del pericolo vince la pugna, a cui il corpo principale dell'esercito liberatore non avrebbe potuto bastare. (Benissimo!)»<sup>41</sup>.

Le resistenze in Parlamento, così come fuori, sono ancora forti, Luzzatti paragona la legge sulla emigrazione alle prime leggi sociali contro le quali si levarono le stesse obiezioni opposte

*ze delle scienze antropologiche e storico-sociali con applicazioni pratiche al codice vigente e con introduzione di G.P. Chironi*, Torino, Kessinger Publishing, 1890, p. 520.

<sup>39</sup> Sulla figura e l'opera di Luigi Luzzatti si vedano: P. Pecorari, *Economia e riformismo nell'Italia liberale. Studi su Giuseppe Toniolo e Luigi Luzzatti*, Milano, Jaka Book, 1986; P.L. Ballini, P. Pecorari (a cura di), *Luigi Luzzatti e il suo tempo. Atti del Convegno internazionale di studio (Venezia, 7-9 novembre 1991)*, Venezia, Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti, 1994.

<sup>40</sup> Intervento di Luigi Luzzatti in Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Tornata del 29 novembre 1900, p. 712, <<https://storia.camera.it/regno/lavori/leg21/sed027.pdf>>, marzo 2019.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

da Pantaleoni: ricordo, risponde Luzzatti «come i suoi predecessori d'Inghilterra, quando cominciò in quel paese la memoranda battaglia a favore della educazione obbligatoria e della igiene obbligatoria nelle fabbriche, onde si ebbe quella ammirabile legislazione della tutela del lavoro, che salvò le generazioni inglesi dalla atrofia dell'industrialismo, ricordo come i suoi predecessori dell'Inghilterra invocarono la dottrina delle armonie economiche sostituita a quella della tutela sociale nelle fabbriche; ma ricordo anche che quando l'Inghilterra, dove l'economia politica è nata, dove ebbe il suo culto più pieno e l'ha ancora, in nome delle astrattezze scientifiche alleate cogli interessi dei fabbricanti la scienza pura si oppose alla legge sulle fabbriche»<sup>42</sup>.

La parte conservatrice della borghesia liberale evoca lo spettro del collettivismo, ma Luzzatti respinge la troppo facile semplificazione rappresentata in Aula da Pantaleoni: «sarebbe facile e piacevole giuoco la formula, che alcuni giorni or sono, ragionando con sottile dialettica (sottile come la sua persona, del resto simpatica) (*Ilarità*), poneva: o individualismo o collettivismo, il collettivismo di quei signori, additando i socialisti. No, no, si disinganni, onorevole Pantaleoni, noi non le meneremo buona questa sua formula: né individualismo come Lei lo professa, né collettivismo socialista quale lo professano quei signori, ma una dottrina di equità e di bontà, la quale concili, per quanto è possibile, con gli interessi del lavoro, gli interessi del capitale, sotto l'azione di quel metodo sperimentale che è nostro, che dall'Accademia del Cimento fu applicato alle scienze naturali, e noi vogliamo applicare anche alle scienze sociali»<sup>43</sup>.

L'ultima resistenza da vincere è il timore di smantellare l'«arca santa» del diritto comune, ma Luzzatti non ha dubbi, perché le nuove idee «sostituiscono i principi del codice civile, il quale per tali rispetti, quando fu fatto, non aveva dinanzi il fenomeno sociale dell'emigrazione, con l'importanza che ha presa oggidì [...] si tratta di toccare il codice civile che è tale arca santa»<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Ivi, p. 713.

<sup>43</sup> Ivi, pp. 713-714.

<sup>44</sup> Ivi, p. 722.



La legge n. 5866 del 1888 introduce solo divieti di natura poliziesca e non si può inquadrare «nel campo di una legislazione sociale in senso stretto»<sup>45</sup>. Di diverso segno è però la legge n. 23 del 31 gennaio 1901, approvata sotto il governo Saracco, considerata «a torto»<sup>46</sup> la prima legge sociale dell'età giolittiana. Il nuovo intervento dello Stato accoglie l'approccio suggerito da Luzzatti e rappresenta una condizione iniziale per tentare di governare il fenomeno migratorio all'interno della più complessa questione sociale e di considerare la tutela del migrante in quanto lavoratore<sup>47</sup>. Importante è, per esempio, il primo trattato di lavoro sull'emigrazione italiana, con la Francia nel 1904. Si deve a Luzzatti l'avvio dell'accordo bilaterale con il quale si tutelavano gli interessi dello Stato attraverso la tutela dei lavoratori emigrati, «un esempio straordinario di tentativo di utilizzo dell'emigrazione per estendere i diritti sociali dei lavoratori, andando contro a un luogo comune che vede nel migrante un fattore di abbassamento delle condizioni di lavoro»<sup>48</sup>. Un'altra legge, vede artefice Luzzatti, la n. 24 del febbraio 1901 per la tutela delle rimesse e dei risparmi degli emigranti italiani all'estero. L'insieme degli interventi legislativi trova una sistemazione nel Testo Unico dei provvedimenti sull'emigrazione e sulla tutela giuridica degli emigranti del 1919.

## 6. Giustizia e migrazioni tra alterità e prossimità

L'ordine giuridico liberale si regge sul monismo legislativo, sulla assoluta semplificazione delle fonti giuridiche<sup>49</sup>, con la conseguenza di non ammettere altro rapporto tra diritto e società e altra forma di giustizia se non quella formalistico-le-

<sup>45</sup> T.L. Rizzo, *La legislazione sociale della nuova Italia (1876-1900)*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p. 234.

<sup>46</sup> Ciuffoletti, *Luigi Luzzatti e l'emigrazione*, cit., p. 493.

<sup>47</sup> Cfr., M. Vitiello, *Le politiche di emigrazione e la costruzione dello Stato unitario italiano*, in «Percorsi Storici», 1, 2013, <<http://www.percorsistorici.it/numeri/numero-1/titolo-e-indice/saggi/mattia-vitiello-le-politiche-di-emigrazione-e-la-costruzione-dello-stato-unitarioitaliano>>, marzo 2019.

<sup>48</sup> Colucci, Sanfilippo, *Le migrazioni*, cit., p. 96.

<sup>49</sup> P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007, Id., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 113 ss.

gale. Da un lato, la questione sociale ha reso le nuove scienze come la sociologia, l'antropologia, la statistica o l'economia, più attrezzate nel descrivere e comprendere i mutamenti socio-economici rispetto al linguaggio giuridico formalistico. D'altro lato, la questione sociale ha indotto la scienza giuridica a farsi interprete dei principi e dei bisogni non previsti e dunque non codificati dal legislatore.

Le istanze di cambiamento sociale ed economico investono alla fine anche la sfera giuridica perché la realtà contraddice il postulato positivistico secondo cui tutto il diritto sarebbe risolto nella legge, così come la realtà smentisce l'ipotesi che la dimensione giuridica possa essere autosufficiente: «il rapporto giuridico non è relazione *ideale* fra il soggetto e la norma, bensì relazione *reale* – attuale o possibile, s'intende, secondo il modo ed il momento in cui la si esamini – fra un soggetto ed altri soggetti»<sup>50</sup>.

Da più versanti si critica l'ordine giuridico liberale, perché ha tradito i principi di eguaglianza, libertà e fraternità, concetti astratti, tendenzialmente universali, che però hanno prodotto discriminazioni e si sono saldati in una dimensione molto concreta: lo spazio della nazione. Questa: «è ancorata al suolo, è legata ad un territorio che [...], per un verso, rende visibile la nazione, e, per un altro verso, la ricongiunge ad uno Stato che appunto su quel territorio esercita il suo potere»<sup>51</sup>.

Gli Stati liberali tra Otto e Novecento hanno tentato di creare procedure e un modello di società nella quale dapprima si riconoscono i diritti individuali astratti per ottenerne, poi, anche una effettiva garanzia. La leva del principio di egua-

<sup>50</sup> A. Levi, *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico*, Genova, Formiggini, 1914, p. 457. Nel volume del 1914 (*Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico*, Genova, Formiggini), Alessandro Levi «attua compiutamente il passaggio dalla tesi della relazionalità della *norma giuridica* (la norma giuridica è *norma bilaterale*), alla tesi della relazionalità del *diritto* (il diritto è *rapporto intersoggettivo*)», relativa voce biografica di P. Di Lucia, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletto, Bologna, il Mulino, 2013, vol. II, p. 1176.

<sup>51</sup> P. Costa, *Uno spatial turn per la storia del diritto? Una rassegna tematica*, in *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper*, 7/2013, p. 24, <<http://ssrn.com/abstract=2340055>>, marzo 2019.

gianza, condizionato tuttavia dalla cittadinanza, ha innescato un circuito per certi aspetti virtuoso, ma è anche una strategia con luci ed ombre. Il principio di astratta eguaglianza è stato uno strumento capace di emancipare ma è stato allo stesso tempo capace di produrre discriminazioni ed esclusioni. In ogni caso, sembra aver esaurito la sua capacità espansiva di riconoscimento, prima, e di garanzia, poi, dei diritti. Il principio di eguaglianza, così come «il carattere monistico dell'ordinamento giuridico», sono stati gli elementi portanti della coesione sociale nella modernità giuridica, ma è «da una verifica sulla loro tenuta e dalla disponibilità a un loro ripensamento, che sembrano dipendere oggi le possibilità di produrre un discorso giuridico sulla (ma a partire dalla) diversità, capace di assegnare nuova effettività ai diritti e dare risposte più adeguate in termini di giustizia»<sup>52</sup>.

Sebbene sia un fatto innegabile che le identità siano pensate nei termini di appartenenze territoriali, come è anche giuridicamente legittimo che gli Stati sovrani orientino le pratiche di giustizia entro i confini territoriali, tuttavia – sostiene Amartya Sen – «nel concepire le nostre identità – ne abbiamo infatti più d'una – non ci fermiamo ai confini del nostro paese. Ci identifichiamo con le persone che professano la nostra stessa religione, che parlano la nostra lingua, che appartengono alla nostra razza o al nostro sesso, che hanno le nostre convinzioni politiche o svolgono la nostra professione. Queste molteplici identità trascendono i confini delle nazioni e le persone fanno ciò che sentono davvero di “dover” fare, più che quanto accettano per loro virtù di fare»<sup>53</sup>.

Per illustrare un approccio alternativo, Sen usa un esempio biblico, la nota parabola del buon Samaritano del Vangelo (Luca 10, 25-37): un israelita, aggredito e derubato dai briganti, viene soccorso e accudito non dai suoi “prossimi”, ovvero il sacerdote

<sup>52</sup> M. Meccarelli, *Per un nuovo discorso giuridico sulla diversità. Introduzione al volume*, in M. Meccarelli (a cura di), *Diversità e discorso giuridico. Temi per un dialogo interdisciplinare su diritti e giustizia in tempo di transizione*, Madrid, Carlos III University of Madrid, 2016, p. 13.

<sup>53</sup> A. Sen, *L'idea di giustizia*, Milano, Mondadori, 2010, posizioni nel Kindle 2613-2620.

e il levita, ma appunto da un uomo disprezzato, il samaritano. Anzitutto la parabola evangelica, scrive Sen, parla di un dovere verso il prossimo che «non si esaurisce nella sollecitudine per coloro che ci vivono accanto. Per comprendere la forza dell'argomentazione di Gesù dobbiamo tenere presente che i Samaritani non solo vivevano a una certa distanza dagli Israeliti, ma erano da questi disprezzati e respinti».

Il punto non è la propensione individuale o comunitaria alla “compassione”, che certo non guasterebbe, quanto piuttosto una dimensione globale della prossimità che non è estranea alle società contemporanee: «oggi, nessuna teoria della giustizia può più ignorare l'intero mondo al di là dei confini nazionali, né rinunciare a considerare la nostra sempre più diffusa prossimità, ancorché non manchino tentativi di convincerci che il nostro sforzo di superare le ingiustizie debba limitarsi all'ambito della prossimità ristretta»<sup>54</sup>.

Il premio nobel per l'economia critica dunque l'approccio contrattualista delle teorie classiche della giustizia, da Hobbes a Rawls, che hanno come obiettivo la costruzione di una società giusta attraverso il contratto sociale. Il loro difetto è di aver finalizzato la giustizia alla costruzione di una società egalitaria immaginando che una società di eguali possa di per sé creare una società giusta.

In ogni caso, le tesi hobbesiana e rawlsiana – anche se fosse possibile creare istituzioni perfettamente giuste – richiederebbero un improbabile «Stato sovrano globale». Sen, invece, si domanda «quali riforme internazionali sono necessarie per rendere il mondo un po' meno ingiusto?»<sup>55</sup> e dunque puntare a promuovere la giustizia in generale.

Un cambio di prospettiva, nella direzione di combattere le ingiustizie o quantomeno far sì che le situazioni ingiuste lo diventino meno, potrebbe essere un obiettivo delle comunità politiche, e civili, contemporanee.

<sup>54</sup> Ivi, posizioni nel Kindle 3375-3394.

<sup>55</sup> Ivi, posizioni nel Kindle 644-649.

Saša Zagorc\*, Adriana di Stefano\*\*

## Mass Migrations and the Public Emergency Narrative. Managing migration governance in time of crisis

CONTENTS: 1. Introduction – 2. Mass Migration: Definition and Criteria – 3. Mass Migrations in the Public Emergency Narrative – 4. Emergency measures in times of mass influx: rule of law and human rights concerns – 5. Case studies: Slovenia and Italy – 5.1. Slovenia as part of the Balkan route: the “humanitarian corridor” – 5.2. Italy and the Mediterranean route: managing emergencies in-between humanitarian and securitarian models – 6. Conclusions

### 1. *Introduction*

In constitutional law and practice, as well as in current developments of international law, situations of “public emergency” relate mostly to wars, terrorism, civil unrests and natural disasters of large scale<sup>1</sup>. While there has always been a *consensus* that the list of other relevant situations is not exhaustive, little attention has been given so far to other phenomena, mostly in

\* A first draft of this paper was discussed by authors at the International Symposium on *Institutional Governance Strictures for National Emergencies. Before, During and After*, University of Haifa, Minerva Center for the Rule of Law under Extreme Conditions, December 14, 2017.

\*\* This paper is the outcome of an interdisciplinary research project (2016-2018) funded by the University of Catania. Par. 5.2 was finalized before Italy’s denied access to NGOs’ rescuing vessels to its ports and further legislative and jurisdictional developments.

<sup>1</sup> K. Loevy, *Emergencies in Public Law: The Legal Politics of Containment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015; O. Gross, F.N. Aoláin, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; Đ. Gardašević, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, Hrvatska udruga za ustavno pravo, Zagreb, 2014.

the sphere of socio-economic crises (economic meltdowns and severe socio-political fragmentation)<sup>2</sup>.

In our contribution, we intend to focus on mass migrations in the public emergency narrative. While public emergencies may trigger mass migrations – the topic worth of separate research –, we reverse the proposition and dig deeper into circumstances of the latter causing the former.

The United Nations Special Rapporteur on the human rights of migrants, *François Crépeau*, has recently commented the ongoing trends of public debate on migration, proposing two axes of solutions to human mobility and eight goals to transform the way States manage migration governance issues. He strongly criticises the “crisis” and “emergency” language running national media and international public opinion and the collective responses of placing restrictions on mobility as possible solutions to the “waves” of migrants and refugees flooding our societies<sup>3</sup>. Rather than addressing the reasons for migration, national authorities often respond to migration movements by repressive interventions creating and progressively increasing barriers to mobility, focusing on securitization and deterrence.

Through policy-driven public emergency narratives, states particularly affected by migration fluxes have mainly reacted by securing their borders, using violence to stop undocumented movements across land and sea borders, allowing long-term administrative detentions of migrants, narrowly limiting migrants’ and asylum seekers’ human rights and carrying out collective expulsions to countries of origin and transit. Further interventions have exported states’ border-management activi-

<sup>2</sup> Minerva Center for the Rule of Law under Extreme Conditions, Mission Statement, <<http://minervaextremelaw.haifa.ac.il/index.php/en>> (last access December 2017).

<sup>3</sup> On the same perspective see the New York Declaration for Refugees and Migrants, adopted by the United Nations General Assembly, Resolution A/RES/71/1, 3 October 2016, <[http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_RES\\_71\\_1.pdf](http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_71_1.pdf)> (last access December 2017). See also the Resolution on Mass Migration, adopted by the Institute of International Law, session of Hyderabad, 9 September 2017, (English version) <<http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/08/16-RES-FINAL-EN.pdf>> (last December 2017).

ties beyond territorial borders, extending them to third countries.

According to the Special Rapporteur, «developing policies and practices that offer more regular, safe, accessible and affordable mobility options to people will put states in a better position to respond to the significant demographic, economic, social, political and cultural challenges that lie ahead». It is thus necessary to develop refugee settlement programs including private sponsorships, as well as to recognize real labour needs opening up considerably more visa opportunities or visa-free travel programs for migrant workers at all skill levels. «The effect of such approaches would be to significantly reduce the market for smugglers and unethical recruiters. They would also enable all security checks by intelligence agencies to be made in a timely manner and mostly before arrival»<sup>4</sup>.

European states have been facing for a long time a steady flow of migrants from neighbouring regions and continents. Pull factors, such as a relative stability and prosperity, attract people to seek a refuge or economic opportunities there, despite facing serious risks and hardship on the journey. States, in particular the ones in the European Union, introduced many containment strategies (externalisation of migration management, readmission agreements, mobility partnerships, development aids) to alleviate the pressure on the external border control, asylum proceedings, social security systems *etc*<sup>5</sup>. Such normal course of events changed drastically in 2015 and 2016 when migration flows spiked to unprecedented levels, at least and only in European terms. Fluxes were accompanied with the enormous rise of deaths while crossing the Mediterranean and the emergence of the “humanitarian corridor” in which hundreds of thousand people transited through several European states to reach the central and northern, more affluent,

<sup>4</sup> The U.N. Rapporteur: We Need a Long-Term Strategy for Human Migration, 11.9.2017, <<http://www.europeanmigrationlaw.eu/en/articles/points-of-view/the-un-rapporteur-we-need-a-long-term-strategy-for-human-migration.html>> (last access December 2017).

<sup>5</sup> *Ex multis*, A. Geddes, *Immigration and European Integration: Towards Fortress Europe?*, in *European Policy Research Unit Series*, Manchester, Manchester University Press, 1999.

ones. To counteract the current flows and/or prevent future ones of such scale and intensity, many European states resorted to diverse emergency measures.

In Section 2, we begin by sketching the main object of our research, mass migrations. While the definition might be tough nut to crack, certain indications and the added value for legal assessment of emergency situations will be presented. In Section 3, we combine the somewhat indeterminate findings with the public emergency narrative. Section 4 examines emergency measures and their impact on the rule of law and respect for human rights in times of mass influx. In Section 5, more concretely and in line with F. Ní Aoláin and O. Gross's categorization of models of emergency powers (accommodation, law for all seasons, extra-legality) we would like to decipher approaches of selected national governments, in particular neighbouring Slovenia and Italy as two case studies. We claim that the measures do not fall simply into only one model, but rather "hybridly" cherry-pick the most utile element thereof. We will also give special emphasis to what extent states may limit fundamental rights of masses of migrants in times of extraordinary crises, in particular the access to international protection and the freedom of movement. While there is a growing case law of the ECtHR and CJEU on procedural and substantive rights of migrants in time of mass influx, it seems that human rights' narrative does not echo properly into ears of all national governments.

## 2. *Mass Migration: Definition and Criteria*

Mass migrations are not a new social phenomenon. To the contrary, the history book is packed with cases of massive persecutions, influxes, movements of peoples, *etc*<sup>6</sup>. Despite the fact that migrations historically form a part of human identity,

<sup>6</sup> G. Rystad, *Immigration History and the Future of International Migration*, in «The International Migration Review», vol. 26, 4, 1992, pp. 1168-1199; A. McKeown, *Global Migration, 1846-1940*, in «Journal of World History», vol. 15, 2, 2004, pp. 155-189.



attitudes towards them changed drastically in the last decades, especially in the developed countries to the extent that (il)legal migration policies already play a dominant role in the public discourse<sup>7</sup>. With strong emphasis on intertwining migrations and migrants with a threat and/or nuisance and, ultimately, to criminalise them in some part (crimmigrations)<sup>8</sup>, a door opens to apply the same sentiment in scenarios of public emergency. In other words, while communities and/or states responded very differently throughout epochs, it seems that migrants and mass migrations as a phenomenon face lately an ever stronger negative reception in public and in politics and, consequently, in law around the globe, in particular but not exclusively in Europe. *Xenos*, as an individual or as a group of individuals, does not only represent a challenge for the matrix of a society but also a threat and danger thereto, that may result either in deterring migratory issues onto external agents (third countries, international organization) or even in criminalization of migrants on the sole ground of their migratory activities. Foreignness is an essential element in the narrative of public emergencies, be it “foreign” powers intending to occupy a territory, Korematsu-like citizens of “foreign” ancestry posing a threat to the statehood, ecc. Migrations of “foreigners”, either refugees or other migrants, may fall into this category as well. Nevertheless, it begs a question whether a different narrative emerges from recent state actions against mass migrations, in particular in Europe.

It seems that there is little controversy, at least in the public, on what constitutes a mass migration. However, the discourse often remains tautological (large-scale movements, mass influx, massive inflow, migration *en masse*, etc.). For example, the Note on the scope of international protection in mass influx,

<sup>7</sup> D. Vincenti, A. Geddes, *Shifting attitudes to migration starts with trusted political leader*. EURACTIV.com, 18 Sep 2017, <<http://www.euractiv.com/section/global-europe/interview/shifting-attitudes-to-migration-starts-with-trusted-political-leaders>> (last access December 2017).

<sup>8</sup> *Ex multis*, J.P. Stumpf, *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, in M. . Guia, M. van der Woude, J. van der Leun (eds. by), *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, Amsterdam, Eleven International Publishing, 2013, p. 1.

the main UN soft law document on the matter mentions “mass influx” 27 times without providing for any definition thereof<sup>9</sup>. In some cases, we have noticed the use of euphemisms<sup>10</sup>, such as “changed migration situation” in Slovenia, which tend to conceal the true nature of the emergency or minimise the reaction to the use of legal measures therein. Such vagueness allows an inconsistent determination of any particular situation. The exception is the definition of “mass influx” in the EU Temporary Protection Directive as an «arrival in the Community of a large number of displaced persons, who come from a specific country or geographical area, whether their arrival in the Community was spontaneous or aided, for example through an evacuation programme»<sup>11</sup>. While the extraordinary nature of mass influx conflicts inherently with the robust and clear-cut definition thereof, the shortfall of it requires at least a reflection not only on the indicators of mass influx but also on the determining authority<sup>12</sup>. The potential dangers of a broad interpretation of the concept of public emergency in the light of a vague definition of the community value are evident<sup>13</sup>. Nevertheless, any progress in defining mass migration has at least some legal value for the judicial control of legality of emergency measures and of their necessity and proportionality, despite being seriously limited due to the political question or margin of appreciation doctrines and the fact that the executive has better insight in the necessity of emergency measures.

<sup>9</sup> UNHCR, The scope of international protection in mass influx, EC/1995/SCP/CRP.3, 26th Meeting, 2 June 1995, <<http://www.unhcr.org/excom/scip/3ae68cc018/scope-international-protection-mass-influx.html>>, (last access December 2017).

<sup>10</sup> M. Grange, *Smoke Screens: Is There a Correlation between Migration Euphemisms and the Language of Detention*, in *Global Detention Project Working Paper No. 5*, 13 September 2013, <<https://www.globaldetentionproject.org>>, (last access December 2017).

<sup>11</sup> Article 2(d), Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof.

<sup>12</sup> See *infra*.

<sup>13</sup> C. Schreuer, *Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency: The Experience of the European Convention on Human Rights*, in «Yale Journal of International Law», 9, 1982, p. 123.

The first question thus remains what makes a mass migration massive. The exact answer is hard to find as mass migrations are in the most cases very amorphous historical events and processes which do not repeat in the same way over and over again, are not contained to a specific nationality or other individual traits of migrants, are not necessary attached to the specific geographic area of country of origin. In ordinary meaning of the word, it excludes individual migrations and, most likely, also low scale, low key, non-organized or sporadic migrations. These situations are normally dealt with individually and in line with procedural rules that balance the sovereign powers of the state to control entry, stay and exit of migrants<sup>14</sup> on one hand, with the rule of law and protection of human rights on the other (*e.g.* Aliens Acts for legal and illegal migrants, Asylum Acts for refugees and asylum seekers). However, should states still treat a long-lasting and steady flow of migrants in barely manageable numbers as a matter for individual evaluation or not? Legal aspects of mass migrations came to the fore when countries decided to differentiate larger sets of individuals in migrating position from those migrating individually, be it with shrinking the scope of their substantive rights or with reshaping their procedural guarantees. Yet, at which point a specific legal framework for mass migration takes precedence over normal course of affairs? The point of saturation, *i.e.* the stage beyond which no more migrants can be absorbed or accepted under the same terms as previous ones have been, remains elusive.

Mass migrations do not and should not be equated with illegal or irregular migrations *per se*. One could easily imagine a welcomed and legal mass influx in the country of destination although the historical experience lacks many positive examples (*e.g.* *Aliyah* to the Land of Israel in several waves; evacuation and coordinated resettlement programmes). Nevertheless, the increased global sensibility for border and migration control has pushed mass migrations strongly in the realm of unwelcomed, irregular and illegal.

<sup>14</sup> ECtHR, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, Application nos. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, 30 October 1991, § 102.

Quantity criterion – not only in absolute numbers but also in relative terms to the number of population in home, receiving or other affected countries – could be the most obvious choice; however, relying solely on the number of migrants would lose sight of the importance of context in which migrations occur. To this end, one needs to take into account at least the functionality criterion, temporal issues, aims and the attitude of migrants towards receiving state and, to lesser extent, the nature of migration flows<sup>15</sup>.

The impact of mass migrations on functioning of receiving state authorities, public opinion and economic activities reveals the true nature and capacity of the receiving state to cope with them, but it should not be neither underestimated nor overestimated. The more the functioning of the state and economic activities could be affected, the fewer rights states tend to provide for individuals in mass migrating situation. Unfortunately, the sliding scale scenario is quite often (ab)used to overstate the risk of mass migrations on the normal functioning of the state.

Longevity and/or sharp increases in the magnitude or concentration of migration flows may drastically change the resilience of the receiving community to address adequately the situation. Interestingly, it is not just the public attitude in the receiving state that may have an impact on determining the mass migration. Aims and the attitude of migrants towards the receiving state, in the sense of considering it the country of transit/country of destination or poor/wealthy, could play a role in shaping the general attitude towards mass migrations. It also sheds a light on the importance of the cessation of mass influx, *i.e.* return to the “ordinary” state of individual, low scale, sporadic and/or non-organised migration movements.

Finally, the nature and composition of migration flows could also have a limited impact on how affected state tackles mass migrations. The attitude towards refugees from the war-torn countries was more sympathetic than in cases of mixed migra-

<sup>15</sup> It is worth to mention that new readings suggest that mass migration crises are foreseeable outcomes of the structural failures of the global migration system. See J. Ramji-Nogales, *Migration Emergencies*, in «Hastings Law Journal», vol. 68, 3, 2017, pp. 609-610.

tions, as evidenced during 2015 and 2016 in the European countries. The same could be said if mass influx is geographically rounded from the same area, contrary to the dispersed migration flows from several regions.

### 3. *Mass Migrations in the Public Emergency Narrative*

What constitutes an emergency in times of mass influx is the next step in our discussion. In particular, should we understand the massive scale of migrations as a sufficient factor to trigger the reaction of state authorities: either by invoking the law of public emergency, initiating the adoption of it or even introducing one-off measures without an explicit legal ground? In the public emergency narrative, do mass migrations pose a threat due to their massiveness or illegal nature or anything else? It is worth remembering that if receiving state endorses or considers legal the mass migration process (albeit rarely in practice), the public emergency issues remain out of spotlight. Massiveness as a stand-alone ground does not suffice. Thus, in our view, illegality is the inevitable element of unwelcome immigration and a decisive and necessary factor for the introduction of public emergency. However, to trigger the public emergency response states rely their justification on both massiveness and illegal nature of migrations. While massiveness expounds the intensity, illegality connotes the negativity.

The initial question should be *why* mass migrations are treated in a very unfavourable fashion even to the extent that invites the use of public emergency measures. Kogovšek Šalamon claims that law and policy makers and public opinion perceives increasingly migration and asylum seeking as phenomena that cause security concerns, and therefore have to be addressed by way of control and punishment<sup>16</sup>. The presupposed inferiority of migrants and the accentuated need to protect the public order within the state's territorial jurisdiction invites the deployment of sophisticated technical measures for border control, deter-

<sup>16</sup> N. K. Šalamon, *Mass Migration, Crimmigration and Defiance. The Case of the Humanitarian Corridor*, in «Southeastern Europe», vol. 41, 3, 2017, pp. 251-275.

rence and migration management<sup>17</sup>. Administrative and penal instruments, such as detention, hotspots, rigid visa-waiver systems, expulsion, accelerated status determination procedures, cross-fertilization in the use of databases *etc.*, accompany the technical prowess.

In addition, what if mass migrations constitute a perceived threat only or expose an inability or unwillingness of states to cope with them? Crisis or emergency situations usually involve violence and the imminent or actual breakdown of minimum order<sup>18</sup>. Wars, occupations and civil unrests on one hand and natural disasters on the other pose as a wilful or natural direct attack on the existence of the state and the public order. Mass migration situations do not necessarily result in such dire consequences, except in cases of terrorist infiltration through mass migration flows. To the contrary, migrants are more often inclined to invest their resources (work, capital, knowledge, network ties) in the social and economic fabric of the receiving state. From migrants' point of view, their perceived role and status in the receiving state and the narrative of public emergency could not be further apart. It emerges that the discrepancy between the narratives of migrants and the dominant forces in the society of receiving state plays a decisive role in setting up the "crimmigration" environment.

Epistemologically, one cannot perceive a threat *per se* or in vacuum. In the sense of legitimacy, mass immigrations are a threat to "whom/what" exactly? While the legitimate ground in times of war or natural emergencies could be easily pinpointed, as the societal value of goods under threat is clearly visible and understandable; yet again, the same does not echo fully in the mass migration narrative. What justifies a special governance regime in times of mass influx? As explained, there is no imminent and immediate threat to the fabric of society with the mass

<sup>17</sup> See, for example, A. Završnik (ed. by), *Drones and Unmanned Aerial Systems. Legal and Social Implications for Security and Surveillance*, Berlin, Springer, 2016.

<sup>18</sup> Schreuer, *Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency: The Experience of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 113. See also J.F. Hartman, *Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergency*, in «Harvard International Law Journal», 1981, 22, pp. 1 ff.

arrival of migrants. Put bluntly, even though migrants' physical entry into state is illegal, it does not change instantly anything else. There are so many minor offences and crimes occurring on a daily basis but the society does not counteract with emergency measures. Events that legitimize or attempt to legitimize the public emergency scenario for mass influx may only be a result of *ex post* actions or omissions in the receiving state. The list is not definite; we propose four main societal threats.

Firstly, the increase in processing of protection claims and maintenance of reception standards and integration requirements could reflect profoundly on the proper functioning of state authorities. For example, 500.000 refugees and other migrants transited Slovenia, a country of two millions, in less than 6 months in a very organized, protocolled and police-controlled way. Understaffed state authorities were unable to rely only on themselves and the humanitarian support of civil society and spontaneously organised volunteers proved to be the necessary addition in the emergency. Even more, Lebanon, a country of six million, hosts a million of Syrian refugees for more than two years. Such situations identify the realistic need to prepare or re-evaluate existing contingency plans designed to take account of possible future mass influxes. They also reveal that each country faces migratory challenges within the local and regional context and there is no single solution for all. For this reason, they also amplify the need for a genuine inter-state or global solidarity.

Secondly, the sole presence of migrants occasionally triggers negative or hostile reactions from local community, which could result in public disorder, e.g. attacks on the refugee shelters. The state is bound to react and prevent violations of physical integrity; it may limit the freedom of movement or deprives the liberty of migrants. Paradoxically, the gist of the problem stems from the local community, but the negative consequences reach migrants mainly.

Thirdly, real or potential rise in crime in the receiving states, committed by migrants marks the most tangible value that necessitates the preventive measures and reaction of the state. There are indications that after the mass influx of refugees and

migrants the crime rate of migrants disproportionately increased in some states of the European Union; however, it would be unwise to blame the migrant community as a whole since it is evident that mostly repeated offenders commit large proportion of crimes. Refugees from war-affected regions are less likely to offend the law. While social exclusion of migrants can partly attribute to some petty crimes, it is worrisome that serious and heinous crimes are on the rise. Consequently, such environments introduce more likely public emergency measures to legitimize fight against crime.

Finally, in what it appears to be the first mention in academic writing on mass migration and emergencies, *Schreuer* maintains that massive immigration might serve as a basis for a claim of an emergency threatening the ethnic identity of a community<sup>19</sup>.

However, theories of risk management inform us that states should not remain passive; instead, it is the positive obligation of the state to tackle effectively not only existing harms but also potential or predicted ones. State has to prevent even the events of intensive harm although they are very unlikely to realize. Public emergency measures come into play as *ultima ratio*.

In practice, legitimizing the public emergency is not at the centre of the debate due to the wide discretion of the state in assessing circumstances of the looming migratory crisis. The crucial issue has always been how to balance mutually competing interests of maintenance of public order in emergency, the rule of law (in particular, assessment of legality, foreseeability, necessity and proportionality) and human rights of migrants.

#### *4. Emergency measures in times of mass influx: rule of law and human rights concerns*

For a long time, there has been a consensus, at least in the European Union, on the effects of a carefully construed balance of public security rule of law and human rights of migrants. By addressing its cultural identifiers, such as national identity,

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 123.



individuality, efficiency and solidarity, the supranational system managed to tackle divergent interests of everyone involved: states, local communities, refugees, supranationalists, nationalists, *etc.* Mass migrations of 2015 and 2016 to the European continent are an unfortunate reminder of the weak cohesion between the European Union Member States as many of them unilaterally (i.e. prisoners' dilemma) adopted several severe measures as a response to the real or perceived threat of mass influx of refugees and other migrants<sup>20</sup>.

In general, the role of legality in times of emergency is three-fold. Firstly, legislator tries not only to define the emergency and measures available to address it but also sets the limits of competence to stakeholders. If envisaged, constitutional courts can assess the constitutionality of emergency legislation well before any urgent situation would make it impracticable. Secondly, it rationalizes in advance the discourse on emergency and allows for the adoption of by-laws, setting-up of protocols and roles for actions in time of crisis, *etc.* Thirdly, the foreseeability of emergency measures increases protection of human rights and enables effective judicial protection in cases of violations. The rationale behind the legalistic approach to mass influx emergencies does not deviate much from general observations.

Yet, while it is sad but true that states resort to extra-legal measures (i.e. Gross and Ní Aoláin's criteria of extra-legality) against arriving or residing refugees and migrants even in the course of "normal" times<sup>21</sup>, such practices flourish even more in emergency scenarios in the name of effective migration control, protection of public order or national security. To maintain

<sup>20</sup> See further D. Thym, *The "Refugee Crisis" as a Challenge of Legal Design and Institutional Legitimacy*, in «Common Market Law Review», vol. 53, 6, 2016, pp. 1545-1574.

<sup>21</sup> See, for example, recent reports on systemic pushbacks at the Polish-Belarusian border by E. Kachanovich-Shlyk and Y. Matusevich, *The pushback of asylum seekers from the North Caucasus and Central Asia at the Polish border*, 4 December 2017, <<https://fpc.org.uk/pushback-asylum-seekers-north-caucasus-central-asia-polish-border>> (last access December 2017). Or, at on the Croatian-Serbian border, taken from the Guardian Article, *They treated her like a dog: tragedy of the six-year-old killed at Croatian border*, 8 December 2017, <<https://www.theguardian.com/world/2017/dec/08/they-treated-her-like-a-dog-tragedy-of-the-six-year-old-killed-at-croatian-border>> (last access December 2017).

the façade of legality, Hungary, for example, resorted to the declaration of emergency on the ground of mass migration and limited some human rights of migrants through ordinary legislation. However, reports on executive practices clearly show that Hungarian state authorities apply law indiscriminately and arbitrarily<sup>22</sup>. Examples of Slovenia and Italy will be discussed *infra*.

Many experts warn that an increased use of humanitarian and human rights language in migration management systems should not conceal its real goals of deterring, surveillance and penalisation of migrants and protection of external borders<sup>23</sup>. It is worth to note that very restrictive migration management in the European Union propelled even before the mass influx by way of changing ordinary legislation and jurisprudence, in particular with lowering social rights of migrants, limiting right to family reunification, restricting procedural rights, giving stronger weight to public safety in judicial proceedings, *etc.* This approach constitutes a new legislative normalcy, despite being deeply rooted and reasoned with emergency considerations. In addition, in the aftermath of the last massive migratory challenge, a series of emergency legal tools have been implemented across Europe within and beyond the EU treaties framework (TEU, TFEU): fencing of the external border, hotspots, further externalisation of border control management, emergency relocation programmes as well as temporary regulations at the domestic level, such as suspensions of the Dublin regulation or the Schengen zone. These measures are destined to become “normal”, *i.e.* part of durable and ordinary regulatory framework. Having in mind Gross and Ní Aoláin criteria, we may argue that states hoped to apply measures in the “business as usual” fashion with a touch of “accommodation” whereby changes in the ordinary legislation and its implementation are

<sup>22</sup> N. Köves, *Serious human rights violations in the Hungarian asylum system*, 10 May 2017, <[https://www.boell.de/en/2017/05/10/serious-human-rights-violations-hungarian-asylum-system?dimension1=ds\\_focus\\_hungary](https://www.boell.de/en/2017/05/10/serious-human-rights-violations-hungarian-asylum-system?dimension1=ds_focus_hungary)> (last access December 2017).

<sup>23</sup> Šalamon, *Mass Migration, Crimmigration and Defiance. The Case of the Humanitarian Corridor*, cit., p. 252; K. Franko Aas, H.O.I. Gundhus, *Policing humanitarian borderlands: Frontex, Human rights and the precariousness of life*, in «British Journal of Criminology», vol. 55, 1, 2015, p. 5.

simply a matter of adaptation to the new social and migratory realities and, importantly, within the minimum standards of international human rights law. It is troubling that states do not reverse these measures once the pressing social need for their introduction evaporates.

Lastly, some states declared the state of emergency *stricto sensu* (Macedonia in August 2015; Hungary in September 2015 with prolongations twice in 2016 and in February 2017). They are the only example of Gross and Ní Aoláin's constitutional accommodation to the spike of arrival of migrants during the mass influx in 2015 and 2016. To remain within the European Convention of Human Rights standards on the derogation of rights (Article 15), emergency needs to fulfil several criteria: (1) it must be actual or imminent; (2) its effects must involve the whole nation; (3) the continuance of the organised life of the community must be threatened; (4) the crisis or danger must be exceptional, in that the normal measures or restrictions, permitted by the Convention for the maintenance of public safety, health and order, are plainly inadequate<sup>24</sup>. In particular, the Hungarian case exposes the pervasive logic of over-extending the emergency on the ground of mass migrations despite the number of arriving migrants in Europe have fallen drastically and became steady. Furthermore, Hungary did not bother to legitimize the declaration of emergency on any specific societal value, but solely on the fact of being faced with the mass influx. By doing so, it equated migrating people with the threat to the life of the nation.

### 5. Case studies: Slovenia and Italy

As the economy of this paper requires, Slovenia and Italy provide two very interesting examples of the key role of securitised and restrictive approaches to law and policies that can be read as specific public emergency-like situations of mass migrations. Some empirical evidence in both cases of Slovenia

<sup>24</sup> ECtHR, *The Greek Case*, in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1969, 1, pp. 45-71.

and Italy shows the complexities and the possible contradictory effects of emergency measures taken by the two states in different manners and for different reasons, even if within comparable background contexts of transit migration flows. Thus, these two selected case studies offer emblematic models of emergency legal tools implemented to cope with the last massive migratory challenge, within and beyond the EU treaties framework (TEU, TFEU).

### *5.1 Slovenia as part of the Balkan route: the “humanitarian corridor”*

Slovenia has set accelerated expulsion procedures and impediments to access international protection in specific emergency-like situations of mass migrations because of the events from late 2015 onwards. Proponents of both security and human rights concerns believe that Slovenian authorities were caught unprepared at the onset of the last crisis in September 2015 albeit each with a rather different reasons.

The authorities were reluctant to reach for the nuclear option of the state of emergency initially (“business as usual” approach), despite the early evidence that migration and border management in the early stages of the Balkan route were collapsing like dominos (Greece, Macedonia and Serbia). However, when the massive flow of migrants reacted to the closure of the Serbian-Hungarian border and quickly repositioned to Croatia and then Slovenia, Slovenian authorities succumbed to public pressure and introduced some containment measures. The first measure allowed the army forces to use specific police-like competences in border control activities during security situations. The most visible containment measure was the razor-wired fence along the external Schengen border with Croatia, another EU Member State but outside the Schengen area and from where almost all migrants arrived to Slovenia. By doing so, the state managed to divert migrants from crossing the green border and channelled the flow through a few designated border crossings. The numbers of arriving migrants spiked and were indeed enormous to arrange properly their registra-

tion, reception, transport and their journey further to the north of Europe. Mitigating factor was that Slovenia is a country of transit and only a fraction of migrants claimed asylum in Slovenia, as others rather continued to Austria and Germany in the “humanitarian corridor”. Being in it, the state authorities limited freedom of movement of migrants for a few days until the exit from the country. If migrants decided to discontinue the journey, they either could claim asylum or were put in the Aliens Centre, the detention facility. After the careful analysis, *Kogovšek Šalamon* claims that limitations of freedom of movement were indeed illegal in certain aspects<sup>25</sup>.

It is obvious that the whole process would not be sustainable only with the personnel of state institutions (Police, Army, Civil Protection Service, *etc.*) and without the organised help of humanitarian NGOs and volunteers at the border crossings.

Driven by the fear of repeated mass migration flows, as well as of potential border blockages by Austria and non-cooperation on readmission by Croatian authorities, and with the intent to promote securitization internally and externally by sending a signal to migrants and refugees, the Slovenian Ministry of the Interior proposed amendments to the Aliens Act in mid-October 2016<sup>26</sup>. To kill two birds with one stone, the Government and the parliament insisted on a “hybrid” legal provision that would, on the one hand, empower the Police in border control processes and limit the access of migrants to international protection and, on the other hand, lower the threshold to implement severe measures, typical of a state of emergency, by avoiding any formal declaration thereof, mostly for political reasons<sup>27</sup>. In fact, kind of a *quasi*-state of emergency, specifically designed for situations of mass influx.

<sup>25</sup> N.K. Šalamon, *Legal Implications of the “Humanitarian Corridor”*, in N.K. Šalamon, V. Bajt (eds. by), *Razor-Wired. Reflection of Migration Movements through Slovenia in 2015*, Ljubljana, Mirovni Inštitut, 2016, pp. 44-47.

<sup>26</sup> See in detail: S. Zagorc, N. K. Šalamon, *Slovenia: Amendments to the Aliens Act Enable the State to Activate Closure of the Border for Asylum Seekers*, 30 March 2017, <<http://eumigrationlawblog.eu/slovenia-amendments-to-the-aliens-act-enable-the-state-to-activate-closure-of-the-border-for-asylum-seekers>> (last access December 2017).

<sup>27</sup> *Ibid.*

The threshold foreseen in the law for the closure of the border is a “changed migration situation”, due to which “public order and internal security of the Republic of Slovenia may be or are threatened”, making the “functioning of central State institutions and provision of their vital functions more difficult”<sup>28</sup>. Despite the vagueness of the wording “changed migration situation”, preparatory legislative materials refer to mass migration situations exclusively. The positive side is that the law tries to define emergency as expected and predicted from the plethora of circumstances and documents<sup>29</sup>.

If the state authorities assess that such changed circumstances, which resemble the mass influx witnessed in 2015 and 2016, have arisen, the Government needs an official declaration that, at least procedurally, resembles the formal declaration of state of emergency *stricto sensu*, including the notification of the Secretary General of the Council of Europe. It will propose to the National Assembly to activate the extraordinary measures, effectively leading to the closure of the borders<sup>30</sup>. The measure will last for six months, but may be extended every six months for an indefinite period. This is one of the differences between the Slovenian measure and the Austrian emergency law, which limits extraordinary measures to two years. The measure may be declared for the entire State territory or only for a certain border or other region<sup>31</sup>. While the declaration is in the hands of the governing coalition, implementation of measures would

<sup>28</sup> Article 10.a (2) of the Aliens Act.

<sup>29</sup> Article 10.a (3) of the Aliens Act. The Ministry of Interior shall prepare the assessment of circumstances and must take into account a number of factors (the circumstances in the countries from which third country nationals will or intend to enter Slovenia, the migration situation in the region, the number of third country nationals residing illegally in Slovenia, the number of asylum seekers and the number of persons granted international protection *etc.*) as well as the integration and accommodation capacities of the Republic of Slovenia for all these persons. An additional factor that must be taken into account is the possibility to implement the International Protection Act, as well as any other relevant factor that could affect public order and internal security.

<sup>30</sup> A simple majority at the National Assembly will suffice to activate these measures (Article 10 (2) of the Aliens Act).

<sup>31</sup> See in detail, Zagorc, Šalamon, *Slovenia: Amendments to the Aliens Act Enable the State to Activate Closure of the Border for Asylum Seekers*, cit., fn. 22.

be co-ordinated by the National Security Council. Competent authorities then carried out measures. It is still unclear whether any formal chain of command at the border between the Police and the Army is agreed upon; the issue remained unresolved from the mass influx crisis in 2016. Due to precise legislation, the role of Civil Protection Service is well defined concerning the reception conditions (shelters, food, *etc.*). We may expect that other stakeholders (international humanitarian organizations, UNHCR, local NGOs, volunteers) would play a significant role again. There are no intentions to regulate the work thereof *ex ante*.

As already indicated, new legislation derogates from the ordinary times only in two pre-defined situations; however, with severe consequences for migrants. Firstly, people who enter or stay irregularly and do not express their intention to apply for international protection will be “brought to the State border and directed into the State where they entered from”<sup>32</sup>. Given its geographical location and taking into consideration the most common routes, this other State will, in the majority of cases, be Croatia, but it might also be Hungary or Italy. Further, using more direct terms, “bringing a person to the state border” means pushback. Secondly and more importantly, the police will reject expressions to lodge an asylum claim as ill-founded under certain conditions<sup>33</sup>.

The first thing to notice is that these two provisions in fact replace («irrespective of the law regulating international protection [...]») all legislation in force in the field of asylum in Slovenia and also in the EU. In line with International Refugee

<sup>32</sup> Article 10.b (1) of the Aliens Act.

<sup>33</sup> Article 10.b (2) of the Aliens Act defines the condition: «If in the neighbouring EU Member State from which the alien entered, there are no systemic deficiencies in relation to asylum procedure and reception conditions of asylum seekers which could cause danger of torture, inhuman and degrading treatment, and directs the alien into this State. The appeal against such decisions does not suspend the execution of the decision». This provision has exceptions and should not be used when health situation of the alien would clearly make the implementation of the measure from the previous paragraph impossible or when the alien is a family member of an alien against whom the measure is impossible due to health situation or when, based on the appearance, behaviour or other circumstances, an alien is an unaccompanied minor» (Article 10.b (3) of the Aliens Act).

Law, the Slovenian police is normally obliged to take into consideration each person who expresses his or her intention to apply for asylum and to bring that person to the competent authorities where an asylum application is filled in and officially submitted to the responsible authorities. However, if the measure is activated, this will clearly not be the case. The police has been given new broad powers: 1) to reject the expression of intention to apply for asylum; 2) to assess whether there are systemic deficiencies in the asylum system of country the person entered from; 3) to assess whether these systemic deficiencies amount to torture or inhuman or degrading treatment; 4) to assess whether deportation is possible in light of the health situation of the person; 5) to assess whether the person is a minor<sup>34</sup>.

While many states have violated tacitly or directly EU rules of Schengen Border Code and the Dublin Regulation in times of mass influx, the Slovenian legislation is unique to the extent that it, in our view, also contravenes its own constitutional requirements by over-stretching the limits of formal declaration of state of emergency<sup>35</sup>. In addition, it does not provide for mechanisms to prevent an arbitrary assessment of claims for international protection in extraordinary times. In the worst-case scenario, the legislation eradicates the access to international protection on the designated territory of Slovenia.

Ombudsman requested the constitutional review of the amendments to the Aliens Act in April 2017, the case is still pending before the Constitutional Court<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> See in detail: Zagorc, Šalamon, *Slovenia: Amendments to the Aliens Act Enable the State to Activate Closure of the Border for Asylum Seekers*, cit., fn. 22.

<sup>35</sup> We found only one defence of the quasi-emergency mechanism in Slovenian legal literature, see N. Oven, *Problematika Zakona o tujcih*, in «Pravna praksa», 45-46, 2017, pp. 9-10.

<sup>36</sup> In the pending case U-I-59/17, the Constitutional Court has dismissed already Ombudsman's motion for a suspension of the implementation of the said amendments until the final decision.



## 5.2 *Italy and the Mediterranean route: Managing emergencies in-between humanitarian v. securitarian models*

In the last few years, as well known, countries at EU's external borders have experienced circular and interconnected dynamics of migratory movements between the Mediterranean and the Balkan routes. The maritime frontier has first raised highly controversial questions about the needs to adequately reply to the humanitarian public emergency of migrants' human rights at sea and their protection under international and European legal standards<sup>37</sup>.

Far from being an unprecedented tragedy, the most recent events call for more effective and preventive interventions both at national and supranational level and in line with the core principles of human dignity's protection and of EU solidarity. Interestingly, the latter principle raises crucial questions concerned both with *transnational* solidarity (towards those most vulnerable in need of protection, even if irregular migrants) and solidarity among EU member States in time of emergency or unexpected crisis<sup>38</sup>. These core principles – the protection of human dignity and the promotion of solidarity in the European Union – clearly show the complexities and contradictions of migration governance under the lens of public emergency approaches as typically experienced by EU external borders and transit countries in their everyday management of migratory routes.

Since the very beginning of the so-called 'Mediterranean migration crisis', the Italian Government adopted a series of measures aimed at rescuing people at sea and providing them with adequate support and assistance: formal and informal

<sup>37</sup> See IOM, *Mediterranean Migrants Arrivals in 2016*, <<https://www.iom.int/news/mediterranean-migrant-arrivals-2016-204311-deaths-2443>>; <<https://missing-migrants.iom.int/mediterranean-migrant-arrivals-reach-328225-deaths-sea-3671>>. See *ex multis* M. Mancini, *Italy's New Migration Control Policy. Stemming the Flow of Migrants from Libya Without Regard for Their Human Rights*, in «Italian Yearbook of International Law», 27, 2017, pp. 259-328, also available at <<http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2018/11/M.-Mancini-IYIL-Vol.-27-pp.-259-281-1.pdf>>.

<sup>38</sup> See M. Ross, Y. Borgmann-Prebil (ed. by), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2010; F. De Witte, *Justice in the EU: the Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

regulatory interventions, as well as law enforcement and security action plans were combined with ‘humanitarian’ operations generally meant as compliant with international law and EU law obligations<sup>39</sup>.

The well-known Italian operation *Mare Nostrum* contributed to decreasing the death toll of migrants but was stopped in 2014 by the unwillingness of EU Member States to join the efforts of the Italian government. This domestic good practice was then replaced by the EU operation *Triton*, run by Frontex (the European Border and Coast Guard Agency) but financed through a lower budget than *Mare Nostrum* and with a more limited mandate (border control) and scope of intervention. In this context, a diverse bunch of search and rescue “missions” spontaneously flourished thanks to the concurrent actions launched by private actors and civil society organisations across Europe<sup>40</sup>.

If some previous Italian controversial measures (e.g. the ‘pushback operations’ at sea)<sup>41</sup> have been strongly criticised for their inconsistency with international legal standards on human rights protection, Italy has further tentatively improved its levels of compliance with international law on migration in time of emergencies, despite its geographic asymmetrical burden on managing external border controls, maritime rescues and first reception practices of people on the move.

<sup>39</sup> A. Di Pascale, *Italy and Unauthorized Migration: Between State Sovereignty and Human Right Obligations*, in R. Rubio-Marin (ed. by), *Human Rights and Immigration*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 278 ff.

<sup>40</sup> E.g., Migrant Offshore Aid Station (MOAS), Médecins Sans Frontières (MSF), Save the Children, SOS Méditerranée, Sea Watch, Life Boat Project, Sea Eye, Jugend Rettet in Germany, Boat Refugee in the Netherlands, and Proactiva Open Arms in Spain.

<sup>41</sup> *Hirsi Jamaa and Others v Italy*, App. No. 27765/09, Judgment of 23 February 2012. See, *inter alia*, V. Moreno-Lax, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?*, in «Human Rights Law Review», 12, 2012, pp. 574 ff.; E. Papastavridis, *European Convention on Human Rights and the Law of the Sea: the Strasbourg Court in Uncharted Waters?*, in M. Fitzmaurice, P. Merkouris (ed. by), *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights: Legal and Practical Implications*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2013, pp. 117 ff.; S. Trevisanut, *Is there a right to be rescued at sea? A constructive view*, in «Qil, Zoom in», 4, 2014, pp. 3-15, <[http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2014/06/02\\_LOS\\_Trevisanut\\_FINAL.pdf](http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2014/06/02_LOS_Trevisanut_FINAL.pdf)>.

The coexistence and simultaneous involvement of different authorities and non-governmental organisations (NGOs) has made, however, rescue operations and the overall situation increasingly complex, mainly for coordinating different efforts by competent authorities in each maritime zone. In the Central Mediterranean, the Italian Coast Guard have been mostly called to grants NGOs who find a sinking migrants boat permission to intervene in case. Once the migrants are rescued, they are taken to an Italian harbour, identified, registered and provisionally assigned to the hotspots (migrant centres set up by the EU Agenda on Migration).

Three examples of differentiated emergency-type interventions will be briefly mentioned here as illustrative of the weakness of solidarity and burden-sharing links among all actors involved in the multi-layered landscape of migration governance in the Central Mediterranean and the EU.

The Italian case study is illustrative of the legal conundrums of some most recent restrictive measures aimed at facing emergencies at borders, externalising migration controls and lowering, when not blatantly violating, migrants' most fundamental human rights. This new scenario raised by Italian migration control policy has determined a decrease in the number of migrant arriving from Northern Africa also though the 'pull-back' operations carried out by the Libyan Coast Guard with the assistance of Italian authorities. It should be evaluated, not only in terms of Italy's possible international responsibility for human rights violations against migrants, but also considering European public opinion narratives on legitimate responses to 'massive' migration flows, often re-drawing the notions of 'migrant' and 'asylum seeker' in time of crisis, as well as normalizing a range of emergency measures in critical ways.

It suffices to mention the controversial role of non-governmental organizations, activists' critical voices and civil society's 'scandalisation' processes in denouncing migrants' human rights violations in maritime emergencies, as well as their problematic inclusion in a restraining state-centred approach in the field<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> See further the Italian Code of Conduct for NGOs. For a legal analysis see,

Moreover, the situation of irregular migrants intercepted at sea and transferred to detention facilities in Libya, widely denounced by the UN for tortures, inhuman or degrading treatments<sup>43</sup>, calls into question the core understandings of the notion of extra-territorial jurisdiction and of the obligation of *non-refoulement* under the European Convention on Human Rights: indeed, the Memorandum of Understanding (MoU) – signed by the Italian Prime Minister with the Libyan Government of National Accord on 2 February 2017 for three years to provide “technical and technological support” to the Border and Coast Guards of Libya in countering irregular migration – even if not dealing with measures guaranteeing migrants eligible for international protection, has been openly endorsed by the EU also through financial efforts intended to reduce the massive flows along the Central Mediterranean route.

Thirdly, the Italian story still deserves attention due to recent legislative changes concerning the role of the judiciary in guaranteeing an effective right of access to asylum procedures, specifically aimed at modifying the jurisdictional model of specialized sections for migration and asylum and at expediting the overall process of judicial review in international protection cases.

The first two examples come from the latest development on border control and migration management, including rescuing migrants at sea, which prioritizes international security concerns, on the one hand, and internal security on the other.

In the European public debate, the role of NGOs in rescue operations has created some controversy. Media reported in 2016 some Frontex’s reservations about sea rescue operations policies, in fact shared with private actors and stakeholders with the risk of facilitating contacts of people on the move with

among others, I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3, 2017, pp. 1 ff.

<sup>43</sup> UN Mission Support in Libya, Office of the UNHCHR, *Detained and Dehumanised: Report on Human rights Abuses against Migrants in Libya*, 13 December 2016, <[https://www.ohchr.org/Documents/Countries/LY/DetainedAndDehumanised\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Countries/LY/DetainedAndDehumanised_en.pdf)>.

smugglers and human traffickers through the direct actions of some NGOs, in case potentially responsible for complicity in the crime of assisting illegal immigration. The first investigations of Italian authorities led to a parliamentary inquiry acknowledging in 2017 that NGOs constitute a “pull factor” and that they cannot engage in humanitarian corridor without strong cooperation with maritime police operations. Still the Italian public debate on the matter shows different perspectives between those openly denouncing the NGOs, and those defending the role and neutrality of private rescuers (see the UN High Commissioner for Refugees among others) highlighting the importance of saving lives in the Mediterranean.

Further developments of the Italian case on search and rescue operations have questioned the legitimacy of any kind of public-private burden-sharing in situation of persistent emergency across the Mediterranean maritime border.

Thus, the Italian authorities drafted in 2017 a “Code of Conduct for NGOs involved in Migrants Rescue at Sea”, aiming at limiting the sphere of action of private civil society’s vessels engaged in SAR operations through a quite atypical instrument of regulatory power. In brief, the new code proposed by Italian authorities to counter trafficking and smuggling prioritizes law enforcement, while limiting the movement and operations of NGO rescue vessels in the Central Mediterranean. Under the Code, NGO ships would be prevented from entering Libyan waters and barred from making phone calls or firing flares to signal their location to migrant boats in distress. The Code would also allow for police and security officials to board NGO vessels, potentially compromising NGO autonomy and independence.

Beyond the critiques and doubts raised by many commentators about the conformity of the Code’s contents with applicable norms of international law on jurisdiction and human rights at sea, the reluctance and open opposition of many NGOs to the constraints defined by Italian authorities in an unprecedented top-down regulatory process (while leaving aside the previous practice of horizontal self-regulation of private organisations interested in saving life and assisting people in distress

at sea)<sup>44</sup> should be emphasized briefly. Moreover, according to some international organisations and agencies sharing the same concerns expressed by some private actors (Amnesty, Human Rights Watch, *inter alia*) the proposed Code of Conduct for NGOs could put many lives at risk and perversely even hinder rescues missions carried out in the central Mediterranean Sea. The Code has been signed only by some of the NGOs with rescue vessels involved in the State-centred coordination process, some of them having openly opposed, as a matter of principle, defending their independence.

The aim of strengthening controls on NGOs involved in migrants' rescue operations at sea, enacted through a strict Code of Conduct framing their cooperation with governmental agencies, goes hand in hand with other steps taken by Italy toward a more comprehensive strategy of externalisation of border controls.

In this context, a second example of Italy's controversial approaches on migration control is the Memorandum of Understanding (MoU) between Italy and the UN-backed Syrian Government<sup>45</sup> to strengthen the cooperation with Libyan

<sup>44</sup> See the Code of Conduct for Search and Rescue Operations undertaken by Civil Society Non-Governmental Organisations in the Mediterranean Sea, Rome, 7 August 2017, <[www.interno.gov.it](http://www.interno.gov.it)>, <<https://www.humanrightsatsea.org/wp-content/uploads/2017/03/20170302-NGO-Code-of-Conduct-FINAL-SECURED.pdf>>. See, F. Ferri, *Il codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in «Diritti Umani e Diritto Internazionale», 2018, pp. 189 ff.

<sup>45</sup> Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana, Rome, February 2, 2017, signed by the Italian Prime minister Gentiloni and Fayed al-Serraj, Head of the UN-backed Libyan Government, <<http://www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf>>.

See *ex multis* Mancini, *Italy's New Migration Control Policy* cit. According to the international jurisprudence on extraterritorial jurisdiction, when engaging in externalization of migration management European States should take responsibility for their control within third States which impact upon or unduly restrict asylum seekers' ability to access Europe and international protection procedures.

M. Mancini, *Il Memorandum d'intesa tra Italia e Libia del 2017 e la sua attuazione*, in N. Ronzitti, E. Sciso (ed. by), *I conflitti in Siria e Libia. Possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 191 ff.; G. Ciliberto, *Libya's Pull-Backs of Boat Migrants: Can Italy Be Held Accountable for Violations*

authorities and to guarantee further assistance by Italian and EU funding for migration management<sup>46</sup>.

Behind the declared objectives of the MoU, namely the control of migratory flows and the support to the development of the region, the text clearly reveals the resort to exceptionalism in policy choices, focusing on immediate strategies for curbing entries to Italy of illegal migrants by securitizing Libya's borders and preventing departures. Indeed, the rationale of the agreement, substantively neglecting any relevance of international protection and human rights regimes, reveals the shift of burdens on border and migration control to a third State.

An informal EU Summit in Malta on migration immediately followed the MoU, with EU governments welcoming and supporting the Italian agreement as an attempt to reinforce the Libyan coastguard and to increase Libya's commitments to migrants' rights improving their conditions in existing migrant detention centres ('Malta Declaration' of 3 February 2017). At the same time, many commentators, scholars, lawyers and civil society activists strongly reacted against the risk of exposing returned migrants to inhuman suffering and human rights breaches in Libya, warning about the need to improve Libyan commitments to international law. The MoU refers to «international obligations and human rights agreements to which the two countries are parties», disregarding that Libya is not a party to the 1951 Convention on the status of refugees (but only to the 1969 OAU Convention governing specific aspects of Refugees Problems in Africa). Shortly after the Malta Declaration and the EU endorsement of the Italian MoU, the EU Trust Fund for Africa and other implementation measures were proposed to support Italy's and EU's efforts to reduce the flow of migrants along the maritime route and to strengthen Libyan capacities to manage them in cooperation with neighbouring States.

In addition to these initiatives, Italy recently enacted new extraordinary laws aimed at speeding the procedure for the

*of International Law?*, in «Italian Law Journal», 4, 2018, pp. 489 ff.

<sup>46</sup> J-P. Gauci, *Back to Old Tricks? Italian Responsibility for Returning People to Libya*, in «EJIL: Talk!», 6 June 2017, at <<https://www.ejiltalk.org/back-to-old-tricks-italian-responsibility-for-returning-people-to-libya>>.

recognition of international protection and the fight against illegal immigration, eventually limiting procedural rights of forced migrants. The most illustrative example is the Decree of February 17, 2017 no. 13<sup>47</sup>. The Italian Government has followed the option of enacting urgent provisions by a decree emphasizing the need for immediate actions to be implemented for accelerated asylum procedures in the interest of both the applicants and the State. The new legislation provides for faster and effective procedures to identify and define the legal situation of non-European Union citizens considering their fundamental right to an effective remedy (as laid down by Art. 13 ECHR and by A. 47 Charter of fundamental rights of the European Union) and the principle of effectiveness of asylum procedures. New judicial Units to review immigration cases have been created with judges specialized in the field of immigration appointed in several Italian cities most affected by recent immigration, such as Catania. However, the Law has been criticized for having substantially weakened some procedural guaranties of foreign applicants as for cross-examinations and their right to appeal (see the elimination of the second degree of judicial review on the merit) by introducing revised procedural provisions for immigration cases. In fact, striking a balance between the need to process asylum and immigration cases more efficiently and the foreign applicants' right of access to a court, these last provisions look far from being fair and do not offer adequate guaranties of accurate decisions, calling into question the legitimacy of any normative choice substantially driven by exceptionalism in judicial matters. These legislative trends eventually show the shortfalls of traditional European human rights regimes in time of crisis and raise fundamental questions on the overall compliance of national emergency-like regulations with international obligations of bordering countries dealing with the emergency governance of migratory routes.

<sup>47</sup> Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale, Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 13 aprile 2017, n. 46 (O.J. 18/04/2017, no. 90).



At the outset, it should be stressed that these most recent Italian initiatives of securitization of migration and asylum governance seriously challenge international and European legal standards on migrants' human rights and patently ignore the legal implications of the EU solidarity principle as well as burden-sharing models of humanitarian migration at the EU borders.

The factual analysis of the Italian controversial approaches toward the spectacular public discourse on securitisation also shows inconsistencies between the duty to protect asylum seekers and refugees on the one hand, and the use of restrictive and hypocritical policies, law and administrative practices of migration control on the other.

Inevitably, the security-centred approach, focusing on the crisis narratives and the need to neutralize related risks and public perceptions of fear, has gained momentum as it produces the normalization of emergency measures undertaken, in different manners, to represent the image of forced migrants and asylum seeker as threats to be managed within an overall logic of shared humanitarianism.

Greater inter-State solidarity in Europe would help avoiding situations like the one that led to the discontinuation of the *Mare Nostrum* operation and to the conclusion of bilateral agreements for readmission between third countries with front-line EU ones under pressure like Italy. In this context, one can see the limits of the current domestic political approaches to migration, and the lack of an overall coherent and effective EU migration policy, with its implications also on extraterritorial migration control. Indeed, central sensitive questions remain open and unresolved in the European legal order, such as the relocation scheme for individuals in need of international protection, as a possible alternative tool to the leaving of migrants to Libyan authorities, to be realised in full cooperation with EU and its member States.

## 6. *Conclusions*

The phenomenon of mass migrations still represents an international dilemma encompassing increasingly complex questions for the EU transnational community. It calls for progressive solutions and specific legal frameworks on adequate forms of assistance to the benefit of States most severely affected by massive refugees' and migrants' movements, while also paying respect for human dignity of the most vulnerable.

The laws of exceptions briefly discussed above clearly show the shortfalls of traditional European human rights regimes in cases of mass migrations as enforced at domestic levels in time of crisis (emergency derogation clauses; balancing tests for limiting rights, remedies, burden sharing, solidarity). So far, fundamental questions have remained open about the legitimacy and compliance of these national emergency-like regulations with international obligations of transit and destination countries dealing with the governance of migratory routes.

What is more, in the face of massive movements of persons, European bordering countries being faced with extensive and extraordinary burdens and increasingly appealing to public emergency narratives beckon European partners and EU institutions to trigger intergovernmental and supranational mechanisms of *solidarity*, inherently connected with exceptional situations and the necessity to tackle (economic, financial, terrorist, natural disaster, *etc*) crises<sup>48</sup>. Asking for mutual support “in a spirit of solidarity” among member states, they feel that the implementation of EU asylum and migration policy increasingly requests shared responsibility, as well as compensative and temporary measures also at the EU level (e.g. those on relocations) for coping with the wider implications of mass movements within the area of freedom security and justice. The most recent statements of the EU Court of Justice confirm this understanding of the relevance of supranational solidarity models in exceptional circumstances: in *Slovakia and Hungary v. Council* (Judgment

<sup>48</sup> The core meaning of interstate solidarity enshrined in the EU treaties includes the idea of mutual assistance and extraordinary interventions in time of crisis or exceptional events (Articles 2 and 3 TEU; Articles 80 and 122 TFEU *etc.*).

of 6 September 2017) on the refusal of the Visegrad countries to respect the emergency relocation scheme for refugees and the provisional derogation from the Dublin Regulation, the Court considers how “It is ...hard to deny that any asylum system, even one without structural weaknesses in terms of reception capacity and capacity to process applications for international protection, would have been seriously disrupted by the *unprecedented influx of migrants* that occurred in Greece and Italy in 2015” (para 214). On the facts and the scope of the relocation decision, according to the Judges, the Council was “fully entitled to take the view, in the exercise of the broad discretion which it must be allowed in this regard, that the distribution of the persons to be relocated had to be mandatory, given the particular *urgency* of the situation in which the contested decision was to be adopted.” (para 246). The Council then had been conveniently bound by Article 80 TFEU requiring to “give effect to the principle of solidarity and fair sharing of responsibility” (para 252).

In the same perspective should be read the recent resolution of the *Institut de Droit International* of September 9, 2017<sup>49</sup> which emphasizes in the preamble “the importance of solidarity among state and of international cooperation among the various actors involved in managing mass flows of migrants” and further recalls that “the management of mass migration requires solidarity of all states, taking into account their geographical situations, capacities and resources” (Art. 17, Solidarity and common and shared responsibilities) and the need for “adequate assistance from the international community” taking into account the “situations in which a mass influx of migrants is likely to constitute a *threat* to the stability of the host state through the disorganisation of its social institutions and structures” (Art. 18, Particular assistance to the host state). Besides, the text does not expressly use any other terminology associated with the idea of emergency situations as applied to situations of mass migrations, mainly focusing on the freedoms

<sup>49</sup> Institut de Droit International, final resolution, 16<sup>th</sup> Commission, *IDI Session of Hyderabad 2017 on Mass Migration* cit.

of movement and basic human rights of mass migrants, the general obligations of states, including the duty to provide assistance, *non-refoulement* and non-discrimination. The contents of the resolution remind us the classic conundrums on how to reconcile the rights of sovereign States under international law with the *ius migrandi* narratives of human rights law and the still controversial boundaries of refugees' rights. In principle, the large number of people involved do not change the terms of the questions as to whether the individual freedoms of movement (say the right of individuals to leave a country) on the one hand, and the 'right' of asylum on the other (say, the necessity of receiving states to regulate and control migrants at the border because of risks of insecurity, disorder, conflicts, absorbing capacity and other considerations) could be adequately guaranteed and harmonised, even in situation of massive flows. In a more comprehensive view, the cited resolution introduces and promote the idea of a legal framework instrument to be negotiated at universal level and governing mass migrations, including temporary migratory flows, through direct cooperation between states. In this respect, general principles of solidarity and burden-sharing and regional or readmission agreements could prove helpful, as long as they adequately respect migrants' dignity and human rights.

Only limited references to emergency issues can be envisaged in the wording of the resolution of the UN General Assembly on New York Declaration for Refugee and Migrants addressing the question of "large movements" of people in a human right perspective<sup>50</sup>. Building new strategies for a global governance of human mobility, this political document rejects the emergency narratives in the analysis of possible states' responses to massive flows. On the contrary, it launches a process of intergovernmental negotiations leading to the adoption of a global compact for safe, orderly and regular migrations, setting out a range of principles, commitments and understandings among member states regarding international migration in all its dimensions. Even before the New York Declaration, the UN and the Inter-

<sup>50</sup> UN General Assembly, *New York Declaration* cit. *supra*.

national Organization for Migration (IOM) have strongly sponsored an international normalized system to compel states to accept mass migration and to manage this growing global phenomenon as inevitable and in accordance with the purpose and principles of the UN Charter, the international human rights treaties, international refugee law and international humanitarian law.

Beyond States' obsession on security matters, we claim that the primacy and centrality of the 1951 Geneva Convention and human rights law in the relevant international protection regimes, including in situations of mass influx, should have an impact on balancing the competing interests of state, community and migrants. Eventually, the reference to the aims and scope of these latest soft law developments on mass/collective migrations – meant as “the sudden movement of large number of persons”<sup>51</sup> – highly contributes to clarify the boundaries between classic emergency governance mechanisms and the on-going crisis of the European migration agenda as perceived at the external borders.

### *Bibliography*

- Giulia Ciliberto, *Libya's Pull-Backs of Boat Migrants: Can Italy Be Held Accountable for Violations of International Law?*, in «Italian Law Journal», 4, 2018, pp. 489 ff.
- Floris De Witte, *Justice in the EU: the Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Di Pascale Alessia, *Italy and Unauthorized Migration: Between State Sovereignty and Human Right Obligations*, Ruth Rubio-Marín (ed. by), *Human Rights and Immigration*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Federico Ferri, *Il codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in «Diritti Umani e Diritto Internazionale», 2018, pp. 189 ff.

<sup>51</sup> IOM, *International Migration Law, Glossary on Migration*, Geneva, 2014.

- Franko Aas Katja, Gundhus Helene O.I., *Policing humanitarian borderlands: Frontex, Human rights and the precariousness of life*, in «British Journal of Criminology», vol. 55, 1, 2015, pp. 1-18.
- Gardašević Đorđe, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*, Zagreb, Hrvatska udruga za ustavno pravo, 2014.
- Jean-Pierre Gauci, *Back to Old Tricks? Italian Responsibility for Returning People to Libya*, in «EJIL: Talk!», 6 June 2017, at <<https://www.ejiltalk.org/back-to-old-tricks-italian-responsibility-for-returning-people-to-libya>>.
- Andrew Geddes, *Immigration and European Integration: Towards Fortress Europe?*, European Policy Research Unit Series, Manchester University Press, Manchester, 1999.
- Grange Mariette, *Smoke Screens: Is There a Correlation between Migration Euphemisms and the Language of Detention*, Global Detention Project Working Paper No. 5, 13 September 2013, <<https://www.globaldetentionproject.org>>.
- Gross Oren, Ní Aoláin Fionnuala, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Institut de Droit International, final resolution, 16<sup>th</sup> Commission, IDI Session of Hyderabad 2017 on Mass Migration. (English version) <<http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/08/16-RES-FINAL-EN.pdf>>.
- Kachanovich-Shlyk Elena, Matusevich Yan, *The pushback of asylum seekers from the North Caucasus and Central Asia at the Polish border*, 4 December 2017, <<https://fpc.org.uk/pushback-asylum-seekers-north-caucasus-central-asia-polish-border>>.
- Kogovšek Šalamon Neža, *Mass Migration, Crimmigration and Defiance. The Case of the Humanitarian Corridor*, in «Southeastern Europe», vol. 41, 3, 2017, pp. 251-275.
- , *Legal Implications of the “Humanitarian Corridor”*, Kogovšek Šalamon Neža, Bajt Veronika (eds. by), *Razor-Wired. Reflection of Migration Movements through Slovenia in 2015*, Ljubljana, Mirovni Inštitut, 2016, pp. 39-49.
- Köves Nóra, *Serious human rights violations in the Hungarian asylum system*, 10 May 2017, <[https://www.boell.de/en/2017/05/10/serious-human-rights-violations-hungarian-asylum-system?dimension1=ds\\_focus\\_hungary](https://www.boell.de/en/2017/05/10/serious-human-rights-violations-hungarian-asylum-system?dimension1=ds_focus_hungary)>.
- Loevy Karin, *Emergencies in Public Law: The Legal Politics of Containment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

- Marina Mancini, *Italy's New Migration Control Policy. Stemming the Flow of Migrants from Libya Without Regard for Their Human Rights*, in «Italian Yearbook of International Law», 27, 2017, pp. 259-28, also available at <<http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2018/11/M.-Mancini-IYIL-Vol.-27-pp.-259-281-1.pdf>>.
- , *Il Memorandum d'intesa tra Italia e Libia del 2017 e la sua attuazione*, in Natalino Ronzitti, Elena Sciso (ed. by), *I conflitti in Siria e Libia. Possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 191 ff.
- McKeown Adam, *Global Migration, 1846-1940*, in «Journal of World History», vol. 15, 2, 2004, pp. 155-189.
- Minerva Center for the Rule of Law under Extreme Conditions, Mission Statement, <<http://minervaextremelaw.haifa.ac.il/index.php/en>>.
- Violeta Moreno-Lax, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?*, in «Human Rights Law Review», 12, 2012, pp. 574 ff.
- Oven Nika, *Problematika Zakona o tujcih*, in «Pravna praksa», 45-46, 2017.
- Efthimios Papastavridis, *European Convention on Human Rights and the Law of the Sea: the Strasbourg Court in Unchartered Waters?*, in Malgosia Fitzmaurice and Panos Merkouris (ed. by), *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights: Legal and Practical Implications*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2013, p. 117 ff.
- Ramji-Nogales Jaya, *Migration Emergencies*, in «Hastings Law Journal», vol. 68, 3, 2017, pp. 609-656.
- Rystad Goran, *Immigration History and the Future of International Migration*, in «The International Migration Review», vol. 26, 4, 1992, pp. 1168-1199.
- Schreuer Christoph, *Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency: The Experience of the European Convention on Human Rights*, in «Yale Journal of International Law», vol. 9, 1, 1982, pp. 113-132.
- Stumpf Juliet P., *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, in Maria João Guia, Maartje van der Woude, Joanne van der Leun (eds. by), *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, Amsterdam, Eleven International Publishing, 2013.
- The Guardian, *They treated her like a dog': tragedy of the six-year-old killed at Croatian border*, 8 December 2017, <<https://www.theguardian.com/world/2017/dec/08/they-treated-her-like-a-dog-tragedy-of-the-six-year-old-killed-at-croatian-border>>.

Thym Daniel, *The “Refugee Crisis” as a Challenge of Legal Design and Institutional Legitimacy*, in «Common Market Law Review», vol. 53, 6, 2016, pp. 1545–1574.

Seline Trevisanut, *Is there a right to be rescued at sea? A constructive view*, in «Qil, Zoom in», 4, 2014, pp. 3–15, <[http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2014/06/02\\_LOS\\_Trevisanut\\_FINAL.pdf](http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2014/06/02_LOS_Trevisanut_FINAL.pdf)>.

Vincenti Daniela, *Andrew Geddes: Shifting attitudes to migration starts with trusted political leader*. EURACTIV.com, 18 Sep 2017, <<http://www.euractiv.com/section/global-europe/interview/shifting-attitudes-to-migration-starts-with-trusted-political-leaders>>.

UNHCR, *The scope of international protection in mass influx*, EC/1995/SCP/CRP.3, 26<sup>th</sup> Meeting, 2 June 1995, <<http://www.unhcr.org/excom/scip/3ae68cc018/scope-international-protection-mass-influx.html>>.

Zagorc Saša, Kogovšek Šalamon Neža, *Slovenia: Amendments to the Aliens Act Enable the State to Activate Closure of the Border for Asylum Seekers*, 30 March 2017, <<http://eumigrationlawblog.eu/slovenia-amendments-to-the-aliens-act-enable-the-state-to-activate-closure-of-the-border-for-asylum-seekers>>.

Završnik Aleš (ed. by), *Drones and Unmanned Aerial Systems. Legal and Social Implications for Security and Surveillance*, Berlin, Springer, 2016.



Erik Longo

L'accesso degli immigrati alle misure di assistenza sociale in Italia\*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il diritto all'assistenza sociale: inquadramento generale – 3. L'estensione del diritto all'assistenza sociale agli immigrati regolari – 4. Il quadro legislativo statale – 5. Il divieto di discriminazioni nella legislazione statale – 6. La dimensione regionale dell'immigrazione tra estensioni e restrizioni della tutela sociale – 7. Conclusioni

## 1. Premessa

L'immigrazione sta gradualmente cambiando il volto del nostro Paese. Non è più solo un problema economico o demografico. La dimensione sociale e culturale del fenomeno impegna ormai tutto il territorio nazionale, senza distinzioni tra regioni più o meno ricche.

Il tema delle disuguaglianze connesse alle condizioni e allo status dello straniero soggiornante in Italia assume una prospettiva centrale all'interno delle dinamiche dello stato sociale. Come è stato detto, esistono disuguaglianze “pervasive” e “sistematiche” sia tra gli stranieri e gli autoctoni sia tra gli stessi stranieri<sup>1</sup>: sulle condizioni lavorative ed il mercato del lavoro, sulla esposizione al rischio di povertà, sull'accesso al *welfare* nazionale e locale, sull'accesso ai servizi sanitari, sull'accesso alla casa, sull'istruzione, *etc.*

\* Il lavoro costituisce una rielaborazione della voce “assistenza” per il Dizionario dell'immigrazione, a cura di C. Panzera e A. Rauti.

<sup>1</sup> L. Guerzoni, *Presentazione*, in C. Saraceno, N. Sartor, G. Sciortino (a cura di), *Stranieri e diseguali. Le disuguaglianze nei diritti e nelle condizioni di vita degli immigrati*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 5.

La collocazione degli stranieri tra le fasce della popolazione più povera, come documentato dall'ISTAT<sup>2</sup>, pone numerose domande che riguardano non già le politiche migratorie di per sé ma le basi stesse della convivenza del nostro popolo.

L'accesso degli immigrati alle prestazioni sociali che contribuiscono ad assicurare una vita dignitosa all'individuo è uno dei profili più delicati della disciplina dell'immigrazione<sup>3</sup>, in quanto si connette con lo status di cittadino e gli elementi di base su cui si fonda la sovranità statale<sup>4</sup>.

Gli intrecci tra la disciplina dello stato sociale e il fenomeno immigratorio non sono semplici né da inquadrare né da approfondire<sup>5</sup>. All'osservatore attento, la tutela sociale degli immigrati sembra una «sineddoche che reca in sé un dedalo di situazioni giuridiche soggettive strutturalmente assai differenziate»<sup>6</sup>, frutto soprattutto di un forte disallineamento tra l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale<sup>7</sup>. Il tema inoltre è oggi sempre più al centro di numerosi dibattiti<sup>8</sup>.

I problemi giuridici che in questo lavoro verranno analizzati si muovono tra i due estremi di una tensione che possiamo definire epocale: da un lato, vi è l'esigenza di solidarietà<sup>9</sup>, il

<sup>2</sup> Istat, *La Povertà in Italia* (2017), Report del 28 giugno 2018. Disponibili in: <[www.istat.it/files/2018/06/La-povertà-in-Italia-2017.pdf](http://www.istat.it/files/2018/06/La-povertà-in-Italia-2017.pdf)>.

<sup>3</sup> V. *infra multis* F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2013, *passim*.

<sup>4</sup> V. sul punto l'interessante contributo di G. Romeo, *Il cosmopolitismo pragmatico della Corte costituzionale tra radicamento territoriale e solidarietà*, in «Rivista AIC», 2018, p. 2.

<sup>5</sup> V. *infra multis* B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, in *Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana costituzionalisti*, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Associazione italiana dei costituzionalisti, Napoli, Jovene, 2010, pp. 2 ss.; E. Codini, *Immigrazione e stato sociale*, in «Dir. pubbl.», 2, 2012, pp. 599 ss.

<sup>6</sup> Cfr. L. Principato, *Il diritto – talvolta condizionato – degli stranieri extracomunitari all'assistenza sociale*, in «Giur. cost.», 2, 2013, pp. 718 ss.

<sup>7</sup> Così G. Silvestri, *Relazione di sintesi*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, p. 461.

<sup>8</sup> C. Corsi, *Percorsi accidentati d'integrazione. Il caso italiano*, in G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, *passim*.

<sup>9</sup> V. *infra multis* A. Ruggeri, *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno*

connesso desiderio di accogliere persone che spesso scappano da situazioni umanamente gravissime e il dovere di garantire i diritti umani, la dignità e l'eguaglianza sostanziale<sup>10</sup>; dall'altro, vi è l'esigenza di assicurare la sicurezza e la prosperità per tutti, la necessità di evitare minacce alle persone sia sul piano della convivenza pacifica sia sul piano economico<sup>11</sup>.

La prospettiva dell'arrivo degli immigrati alimenta spesso paure e preoccupazioni<sup>12</sup>. Alcuni pensano che in questo modo non sarà possibile mantenere l'alto livello di protezione sociale offerto dai nostri sistemi di *welfare*<sup>13</sup>; altri postulano che l'immigrazione influirà in modo negativo sulla identità culturale dei paesi di arrivo; molti esprimono il timore che l'immigrazione, soprattutto quella irregolare, possa generare illegalità diffusa e quindi insicurezza per tutti<sup>14</sup>. Paure di questo genere – spesso al centro del dibattito politico – inducono una forte pressione verso la restrizione dell'accesso alle prestazioni che rientrano nei

*migratorio*, in «Giurcost.org», 3, 2017, pp. 1 ss.; S. Giubboni, *Solidarietà*, in «Pol. dir.», 4, 2012, pp. 525 ss.; F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, *passim*.

<sup>10</sup> Recentemente sul punto v. A. Morelli, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in «Giurcost.org», 3, 2018.

<sup>11</sup> M. Cartabia, *Gli «immigrati» nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 5-6.

<sup>12</sup> L. Zanfrini, *Introduzione alla sociologia delle migrazioni*, Roma, Laterza, 2016, pp. 5 ss.

<sup>13</sup> Il riconoscimento dei diritti sociali a favore degli immigrati acuisce i problemi legati alla ripartizione delle risorse pubbliche (scarse) impiegate per il *welfare*. Quando viene in gioco lo «straniero» – soprattutto se extracomunitario – si ergono spesso barriere rivolte a considerare l'«ospite» come non avente diritto a beneficiare di una partecipazione paritaria al *welfare* allo stesso modo dei «padroni di casa», i quali vanterebbero un diritto di precedenza come conseguenza immediata della loro partecipazione alla «comunità di destino» che forma l'ossatura di ogni stato sociale. Si v. *infra multis* L. Zanfrini, *Cittadinanze: appartenenza e diritti nella società dell'immigrazione*, Roma-Bari, Laterza, 2014; D.C. Spies, *Immigration and Welfare State Retrenchment: Why the US Experience is not Reflected in Western Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2018, *passim*.

<sup>14</sup> Si v. M. Fan, *The Law of Immigration and Crime*, in S.M. Bucierius, M. Tonry (a cura di), *Ethnicity, crime, and immigration*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 628-659 e J. Carvalho, *Impact of extreme right parties on immigration policy: Comparing Britain, France and Italy*, Cham, Routledge, 2013, *passim*.

servizi sociali, soprattutto in quelle zone dove risiede un numero maggiore di immigrati<sup>15</sup>.

Tra questi due ineludibili poli (*solidarietà c. sicurezza*) si dipana uno dei grandi dilemmi che l'intero occidente sta affrontando oggi: quella linea di demarcazione tra "esclusione" ed "inclusione" che sembra divenuta il nuovo confine tra gli stati nazionali. Un problema che si colloca sopra e accanto ad altre grandi coppie dicotomiche (povertà e ricchezza, eguaglianza e disuguaglianza, differenziazione e uniformità, universalismo e particolarismo) e che in ultima analisi invoca l'ambivalenza più forte di tutte, cioè la distinzione tra "cittadino" e "straniero"<sup>16</sup>.

In questo contesto, emerge tutta la difficoltà di un concetto, la cittadinanza, divenuto sempre più poroso e spesso superfluo per distinguere tra coloro che possiedono e coloro che non possiedono i diritti riconosciuti e garantiti dallo stato<sup>17</sup>.

La relazione tra immigrazione e regimi di cittadinanza ha, infatti, reso più eterogenea la condizione degli immigrati residenti nei Paesi europei, fino a far parlare di un nuovo status, il *denizen*: colui che si trova in uno status ibrido, sempre più simile a quello del cittadino, per via del diritto alla residenza permanente, ma non uguale ad esso, per via dei limiti che sussistono in ragione della cittadinanza<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> G. Vonk, S. Van Walsum, *Access denied: towards a new approach to social protection for formally excluded migrants*, in «European Journal of Social Security», 2, 2013, pp. 124 ss.; G.J. Borjas, *Immigration and Welfare Magnets*, in «Journal of labor economics», 4, 1999, pp. 607 ss.; T. Boeri, G. Hanson, B. McCormick, *Immigration Policy and The Welfare System: A Report for the Fondazione Rodolfo De Benedetti*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

<sup>16</sup> Così R. Dahrendorf, *Cittadini e partecipazione*, in R. Dahrendorf, G. Sartori (a cura di), *Il cittadino totale: partecipazione, eguaglianza e libertà nelle democrazie d'oggi*, Torino, Centro di ricerca e documentazione Luigi Einaudi, 1977, *passim*; Z. Bauman, *Modernity and Ambivalence*, New York, Polity Press, 1993; S. Benhabib, *Democratic iterations: The local, the national, and the global*, in S. Benhabib (a cura di), *Another cosmopolitanism*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 45-82. Per la dottrina italiana v. *infra multis* A. Morrone, *Le forme della cittadinanza nel Terzo Millennio*, in «Quad. cost.», 2, 2015, pp. 303 ss.

<sup>17</sup> *Infra multis* v. J. Hoffman, *Citizenship beyond the state*, London, Sage, 2004, *passim*; D. Zolo, *La strategia della cittadinanza*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 3 ss.; M. Cuniberti, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1997, *passim*.

<sup>18</sup> Su come la *denizenship* sovverta lo schema classico della cittadinanza di T.H.

La *denizenship*, che deriva dalla frammentazione della condizione giuridica dello straniero, sottolinea, da un lato, l'estensione della *membership* sociale ai migranti lungo-residenti derivante dal riconoscimento del loro contributo alla società e all'economia<sup>19</sup>, ma, dall'altro, rimarca la condizione diseguale degli stranieri, il cui *status* dipende dal livello di integrazione garantito dalle regole del paese ospitante<sup>20</sup>.

Come si può notare, tali argomenti rappresentano ancor più una sfida per lo studioso di diritto costituzionale, in quanto richiedono di confrontarsi con un problema assai vivo, di cui spesso si fatica ad avere una cognizione chiara<sup>21</sup>. Risulta quanto mai difficile portare l'analisi del fenomeno immigratorio fuori dalle paludi del dibattito politico e delle sue conseguenze sociali, anche se questo sarà la sfida che qui ci poniamo di realizzare.

Nelle pagine che seguono, analizzeremo sinteticamente lo stato della protezione garantito agli immigrati non cittadini UE e ai loro figli, i quali per il radicamento nel territorio richiedono interventi e garanzie come per i cittadini. Si considererà solo la condizione degli stranieri cd. extracomunitari, dato che per i cittadini di un paese UE è prevista una posizione analoga a quella degli italiani, salvo che per alcune poche eccezioni. Non si farà riferimento agli immigrati irregolari, salvo alcuni accenni,

Marshall, v. Codini, *Immigrazione e stato sociale*, cit., 605.

<sup>19</sup> In pratica, il fatto di vivere e lavorare in un certo Paese (territorialità) integra quello della appartenenza nazionale come base della titolarità dei diritti, portando alla progressiva disgiunzione tra la nazionalità e il godimento dei privilegi connessi con la cittadinanza. T. Hammar, *State, Nation, and Dual Citizenship*, in W.R. Brubaker (a cura di), *Immigration and the politics of citizenship in Europe and North America*, New York, University Press of America, 1989, pp. 81-95. Su tali aspetti v. anche M. Ambrosini, *Sociologia delle migrazioni*, Bologna, il Mulino, 2005.

<sup>20</sup> Un aspetto ben messo in luce da E. Gargiulo, *L'inclusione esclusiva. Sociologia della cittadinanza sociale*, Milano, Franco Angeli, 2008, pp. 11-15.

<sup>21</sup> È bene dare conto della portata economico/finanziaria del fenomeno in Italia. Di recente l'ISTAT ha pubblicato una stima finanziaria sui costi sostenuti dai comuni per l'assistenza degli immigrati dalla quale risulta che tra il 2012 e il 2016 la spesa sociale per la categoria "immigrati e nomadi" è passata da poco meno di 195 milioni di euro a 340 milioni di euro. Se si confronta il dato al 2003, si scopre che la cifra spesa dai comuni è più che raddoppiata, ma si comprende anche che destiniamo a favore degli immigrati una quota residuale della spesa sociale comunale complessiva (dal 2,3% della spesa nel 2003 al 4,8% nel 2016). Per i dati v. ISTAT, *La spesa dei comuni per i servizi sociali* (anno 2016), 3 gennaio 2019. Disponibile in: <<https://www.istat.it/it/files/2019/01/Report-spesa-sociale-2016.pdf>>.

per i quali esiste una protezione (sulla carta) umanitaria che concerne il diritto alle cure in situazioni di necessità<sup>22</sup>, e non si tratterà nello specifico della categoria dei richiedenti asilo o, meglio, dei «richiedenti protezione internazionale», i quali vengono a trovarsi sul piano dei bisogni, ma anche della legislazione, in una posizione peculiare.

## 2. Il diritto all'assistenza sociale: inquadramento generale

L'assistenza è un diritto sociale costituzionalmente garantito al centro del quale si rinviene la tutela del minimo esistenziale per coloro che versano in stato di bisogno<sup>23</sup>. Esso è insieme il settore più antico e più moderno tra quelli che fanno parte dei sistemi di *welfare*<sup>24</sup>, nel senso che risale agli albori della legislazione sociale tardo-ottocentesca e al medesimo tempo lascia intravedere gli sviluppi del sistema di garanzia delle persone rispetto alla condizione di povertà e di bisogno, compresa appunto l'estensione di tali diritti a favore dei non cittadini<sup>25</sup>.

Parte della dottrina ha tentato una definizione del diritto all'assistenza muovendo dalla differenza di tale materia con la più ampia nozione di «servizi sociali»<sup>26</sup> oggi prevista all'interno

<sup>22</sup> Da ultimo sul tema si è concentrato Codini, *Immigrazione e stato sociale*, cit., pp. 608 ss.

<sup>23</sup> Un diritto che, come ebbe modo di affermare la Corte costituzionale alla metà degli anni '60, ha l'obiettivo di favorire «chiunque si trovi in condizioni di bisogno, prescindendo da particolari qualità o situazioni personali o da servizi particolari resi allo Stato». Cfr. Corte cost., sent. n. 25/1965. Sul punto v. spec. U. De Siervo, *Assistenza e beneficenza pubblica*, in «Dig. disc. pubbl.», I, Torino, UTET, 1987, pp. 446 ss.

<sup>24</sup> M. Mazziotti di Celso, *Assistenza (dir. cost.)*, in «Enc. dir.», III, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 749 ss.

<sup>25</sup> Secondo la dottrina il diritto all'assistenza è una «cerniera tra i diritti previdenziali e i diritti sociali». Cfr. R. Pessi, *Lezioni di diritto del lavoro*, VII ed., Torino, Giappichelli, 2016. Per la prospettiva storica v. N. Contigiani, *Le origini storiche della legislazione sociale e dell'assistenza pubblica*, in V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 1 ss.

<sup>26</sup> E. Ferrari, *I servizi sociali*, Milano, Giuffrè, 1986, *passim*.

della legge quadro n. 328/2000<sup>27</sup>. Altra parte, invece, ha indicato il significato dell'assistenza in negativo rispetto alla «previdenza sociale»<sup>28</sup>, con ciò valorizzando la collocazione dei due profili all'interno dell'art. 38 Cost.<sup>29</sup>. I due orientamenti convergono verso una definizione sostanziale di assistenza, la quale fa perno sull'idea che sia compito anzitutto dello stato «rispondere ai bisogni di vita degli individui in quanto tali», prescindendo della loro appartenenza a determinate categorie di soggetti (come avveniva alle origini degli interventi pubblici in materia di beneficenza) o della loro inabilità al lavoro e della mancanza dei mezzi con cui vivere<sup>30</sup>.

Il diritto all'assistenza contiene dunque un numero eterogeneo e indeterminato di prestazioni oggetto oggi dei «servizi sociali»<sup>31</sup>, le quali mutano «in relazione al variare delle esigenze e dei bisogni da soddisfare»<sup>32</sup>.

La Costituzione offre indicazioni puntuali circa gli obiettivi di fondo e le coordinate fondamentali del diritto alla assistenza sociale. Volendo sintetizzare, si tratta dei fini a cui i servizi sociali devono tendere, ossia i principi di solidarietà ed eguaglianza di cui agli artt. 2 e 3 Cost.

<sup>27</sup> Come è noto, l'espressione servizi sociali è entrata in uso solo a partire dagli anni '70 in concomitanza con il trasferimento di funzioni alle regioni ed in particolare con il d.lgs. n. 616/1977. A. Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, Milano, Giuffrè, 2007.

<sup>28</sup> L. Violini, *Assistenza sociale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, Giuffrè, 2006, p. 463.

<sup>29</sup> Su tali aspetti v. M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, 6, Torino, Giappichelli, 2005, *passim*; L. Violini, *Art. 38*, in *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, UTET, 2006, p. 789; S.F. Luppi, *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>30</sup> Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, cit., pp. 3-4.

<sup>31</sup> V. *infra multis* sul tema E.A. Ferioli, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, Giappichelli, 2003, spec. pp. 103 ss.; A. Simoncini, E. Longo, *Servizi sociali*, in G. Corso, V. Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme. Parte speciale*, 2, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 207 ss.; E. Vivaldi, *I servizi sociali e le regioni*, Torino, Giappichelli, 2008, *passim*.

<sup>32</sup> Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, cit., p. 4. L'autrice richiama Ferrari, *I servizi sociali*, cit., p. 223.

Nell'architettura costituzionale alle finalità di cui agli artt. 2 e 3 Cost. viene dato corpo tramite la previsione (art. 38)<sup>33</sup> in capo alla Repubblica di specifici compiti di protezione aventi ad oggetto bisogni ritenuti fondamentali dall'ordinamento<sup>34</sup>.

Come già detto, l'interpretazione costituzionale riconosce protezione anzitutto al «nucleo essenziale» del diritto all'assistenza che il legislatore non è abilitato a modificare nell'esercizio dei propri poteri. All'attribuzione di questi compiti si correla sotto il profilo soggettivo il riconoscimento alla persona di un diritto avente ad oggetto delle prestazioni, la cui caratteristica è legata oggi alla determinazione dei livelli essenziali previsti dall'art. 117, c. 2, lett. m) Cost.<sup>35</sup>.

### 3. *L'estensione del diritto all'assistenza sociale agli immigrati regolari*

La nostra Costituzione non si occupa specificamente dei diritti degli immigrati, dedicando alla condizione dello straniero solo una disposizione all'interno dei principi fondamentali<sup>36</sup>. Senza dimenticare il ruolo delle carte internazionali sulla protezione dei diritti umani<sup>37</sup>, è stata soprattutto la Corte costitu-

<sup>33</sup> Per una argomentata lettura dell'art. 38 alla luce degli art. 2 e 3 della Cost. v. F. Pizzolato, *Il minimo vitale: profili costituzionali e processi attuativi*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>34</sup> Secondo il dettato dell'art. 38 Cost., ai «compiti» stabiliti in materia di assistenza e previdenza, «provvedono» organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato (art. 38, c. 4, Cost.) e viene riconosciuta la libertà di assistenza privata (art. 38, c. 5, Cost.). Come noto in questo caso il termine «Stato» è da intendersi come sinonimo di «Repubblica» nella sua accezione pluralistica. Su questo specifico aspetto v. Ferioli, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, cit., pp. 19 ss.

<sup>35</sup> V. da ultimo sul punto F. Biondi Dal Monte, V. Casamassima, *Le Regioni ei servizi sociali a tredici anni dalla riforma del Titolo V*, in «Le Regioni», 5-6, 2014, pp. 1065 ss.

<sup>36</sup> C. Corsi, *Straniero (diritto costituzionale)*, in «Enc. dir.», Annali VI, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 861-862.; E. Grosso, *Straniero (status costituzionale dello)*, in «Dig. disc. pubbl.», XV, Torino, UTET, 1999 pp. 156 ss.; M. Luciani, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali – L'esperienza italiana*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1-4, 1992, pp. 203 ss.

<sup>37</sup> G. Romeo, *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2011, *passim*; Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali*



zionale ad estendere in forza dei principi di solidarietà ed eguaglianza i diritti fondamentali previsti nella Costituzione anche agli stranieri<sup>38</sup>.

Da questo principio non discende tuttavia una equiparazione totale, indiscutibile e inderogabile nel godimento dei diritti da parte dei cittadini e degli stranieri. Infatti, già nella giurisprudenza dei primi anni sessanta, ma ancor più in quella successiva<sup>39</sup>, tale affermazione di principio è stata precisata, specificando, come spesso accade nelle argomentazioni che usano i principi di eguaglianza, che la differenza di fatto tra la situazione del cittadino e quella dello straniero implica una certa discrezionalità del legislatore, il quale può differenziare l'ampiezza o l'intensità dei diritti a seconda dei titolari, sempre che si tratti di differenziazioni ragionevoli e proporzionate rispetto alla loro condizione<sup>40</sup>.

Per quanto riguarda specificamente l'assistenza sociale, occorre rilevare che il primo comma dell'art. 38 Cost. contiene l'unico riferimento esplicito al "cittadino" del titolo terzo della parte prima («ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'as-

*alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, cit., pp. 30 ss.

<sup>38</sup> Corte cost., sent. n. 120/1967, sulla quale come è noto hanno avuto una notevole influenza le tesi di P. Barile, *Le libertà nella Costituzione: lezioni*, Padova, Cedam, 1966, *passim*, e L. Paladin, *il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965. In particolare sul punto v. G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali: l'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, Jovene, 2007, *passim*; G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana: asilo, condizione giuridica, estradizione*, Padova, Cedam, 1992, *passim*; A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in «Enc. dir.», Annali VIII, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 326-327. Da segnalare l'ampia e precisa ricostruzione compiuta da Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, cit., pp. 24-25.

<sup>39</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 104/1969, 62/1994, 283/1994.

<sup>40</sup> A questo proposito v. di recente Cartabia, *Gli «immigrati» nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, cit., 11-13, la quale ricorda che «i diritti fondamentali spettano egualmente ai cittadini e agli stranieri, con l'importante precisazione che l'eguaglianza implica anche distinzione. L'affermazione è di matrice aristotelica: situazioni eguali esigono trattamenti eguali, situazioni diverse esigono trattamenti diversi. Ne discende che riconoscere l'eguaglianza non esclude una differenziazione, che deve però essere sempre assoggettata al vaglio di ragionevolezza e di proporzionalità da parte della Corte costituzionale».

sistenza sociale»)<sup>41</sup>. Nell'ottica dei costituenti il termine cittadino vuole essere certamente più ampio di «lavoratore», ed era rimasto fuori dal dibattito, come già ricordato, il problema del trattamento del non cittadino<sup>42</sup>.

È merito della Corte costituzionale aver interpretato il primo comma dell'art. 38 nel senso di includere anche gli stranieri dal godimento di questo diritto<sup>43</sup>. La Consulta ha ripetutamente affermato che, quando una prestazione o in generale un servizio sono destinati a consentire il concreto soddisfacimento di bisogni primari inerenti alla sfera di tutela della persona umana, l'immigrato deve essere equiparato al cittadino.

In questa ottica, l'art. 38, primo comma, Cost. è stato ritenuto espressione della «solidarietà collettiva» interessata a che tutti, indipendentemente dalla loro condizione di lavoratori, «siano liberi da situazioni di bisogno che ne possano limitare la dignità»<sup>44</sup>. Da ciò si è fatto derivare un diritto soggettivo il cui riconoscimento prescinde da qualunque altra valutazione se non il bisogno<sup>45</sup>, da garantire attraverso la attribuzione a tutti del minimo vitale sia con provvidenze economiche sia con altre forme di intervento, senza obbligo che il beneficiario concorra alle spese, che appunto gravano per intero sulla collettività<sup>46</sup>. Tuttavia, come per il godimento di ogni diritto sociale, c'è bisogno di un collegamento con la comunità italiana, che spet-

<sup>41</sup> Diverso è il testo del secondo c. dell'art. 38 Cost. che si riferisce al «lavoratore» e che quindi in ragione di ciò si applica a chiunque a prescindere dalla cittadinanza. Su questo punto v. Grosso, *Straniero (status costituzionale dello)*, cit., p. 77.

<sup>42</sup> C. Corsi, *Servizi sociali agli immigrati*, in F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009, p. 97.

<sup>43</sup> Corte cost., sentt. n. 432/2005 e 306/2008.

<sup>44</sup> Cfr. C. Tripodina, *Art. 38*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, p. 372.

<sup>45</sup> Il diritto all'assistenza si connota come «attribuzione ai soggetti in stato di bisogno del minimo esistenziale» mentre la previdenza «garantisce anche ulteriori esigenze relative al tenore di vita dei lavoratori». Violini, *Art. 38*, cit., p. 789.

<sup>46</sup> Grazie alla previsione costituzionale in esame «mantenimento» e «assistenza sociale» cessano di essere riconducibili alla mera beneficenza, per divenire autentico diritto soggettivo il cui riconoscimento prescinde da qualunque altra valutazione se non il bisogno, convenzionalmente individuato nel mancato possesso di redditi propri superiori ai limiti previsti dalla legge. Cfr. Corte cost., sentt. nn. 27/1965, 29/1968 e 22/1969. Cfr. Violini, *Art. 38*, cit., p. 791.

terà alla legge individuare nel rispetto della ragionevolezza e proporzionalità<sup>47</sup>.

Analogo trattamento vale per la disposizione del terzo comma dell'art. 38 Cost., che ha come soggetto i disabili, senza alcun riferimento alla cittadinanza, sicché il legislatore deve regolamentare il diritto all'educazione e all'avviamento professionale anche nei confronti di stranieri che abbiano un collegamento con la Repubblica<sup>48</sup>.

#### 4. *Il quadro legislativo statale*

Al piano costituzionale si contrappone quello legislativo, che è stato oggetto di numerosi interventi a partire dalla riforma della disciplina del TU immigrazione del 1998 (d.lgs. n. 286/1998, di seguito TUI), poi con la legge quadro sui servizi sociali (l. n. 328/2000), e in seguito con una serie di interventi partecellari sui quali si è pronunciata a più riprese la Corte costituzionale<sup>49</sup>.

L'art. 2 del TUI anzitutto riconosce allo straniero «parità di trattamento» nell'«accesso ai pubblici servizi» nei «limiti e nei modi previsti dalla legge»<sup>50</sup>. Il successivo art. 41 precisa che gli «stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno» hanno gli stessi diritti dei cittadini italiani «ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale [...]»<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Corsi, *Servizi sociali agli immigrati*, cit., p. 97.

<sup>48</sup> Su questo tema v. Corte cost., sent. n. 454/1998.

<sup>49</sup> Alcuni interventi verranno indicati successivamente durante il testo. Qui ricordiamo solo che la l. n. 104/1992 in tema di assistenza delle persone in condizione di disabilità, equipara ai cittadini gli stranieri e gli apolidi residenti, domiciliati o aventi stabile dimora nel territorio nazionale.

<sup>50</sup> Un rinvio che sebbene non serva per fondare la titolarità già garantita nella Costituzione, indica comunque il compito del legislatore di individuare le situazioni che danno accesso ai servizi pubblici. Così Corsi, *Servizi sociali agli immigrati*, cit., p. 99.

<sup>51</sup> Sul punto v. anche Corte cost. n. 454/1998, dove si legge che «gli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno «sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste», fra l'altro, «per gli invalidi civili» (art. 41 del testo unico n. 286 del 1998), e, più in gene-

Alla previsione dei TUI fa eco l'art. 2, comma primo, della l. quadro sui servizi sociali, laddove si legge che «hanno diritto di usufruire delle prestazioni e dei servizi del sistema integrato di interventi e servizi sociali i cittadini italiani e, nel rispetto degli accordi internazionali, con le modalità e nei limiti definiti dalle leggi regionali, anche i cittadini di Stati appartenenti all'Unione europea ed i loro familiari, nonché gli stranieri, individuati ai sensi dell'articolo 41 del d.lgs. n. 286/98»<sup>52</sup>.

Malgrado queste norme hanno aperto le porte al riconoscimento generalizzato del diritto all'assistenza a favore dei non cittadini, dalla loro applicazione sono derivati numerosi problemi applicativi, primo fra tutti il fatto che non si teneva conto degli aspetti economico-finanziari di quell'estensione<sup>53</sup> né si accertava l'effettiva condizione economico-reddituale degli stranieri soggiornanti in Italia<sup>54</sup>.

Alla garanzia prevista da queste norme sono infatti seguite negli anni numerose leggi statali e regionali<sup>55</sup>, che non di rado hanno ristretto – soprattutto per ragioni finanziarie – l'esercizio dei diritti riconosciuti.

È stato per primo l'art. 80, comma 19, della l. n. 388/2000 (l. finanziaria per il 2001) a prevedere una norma anodina ed ambigua che restringe la titolarità dell'«assegno sociale» e

rale, gli stranieri aventi stabile dimora nel territorio nazionale sono tra i soggetti cui si applica la legge contenente i principi dell'ordinamento in materia di diritti e assistenza delle persone handicappate (art. 3, comma 4, della legge 5 febbraio 1992, n. 104)».

<sup>52</sup> F. Pizzolato, Art. 2 (*commento*), in E. Balboni (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali: commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 87.

<sup>53</sup> V. sul punto P. Bonetti, *L'assistenza e l'integrazione sociale*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, pp. 1032-1035 e quanto poi scrive E. Codini, *Gli stranieri*, in E. Codini, A. Fossati, S. Frego Luppi (a cura di), *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 281.

<sup>54</sup> Si aggiunga, inoltre, che l'art. 41 TUI poteva ragionevolmente favorire fenomeni di ricongiungimento familiare che eludevano la norma dell'art. 29 dello stesso, secondo la quale condizione del diritto al riacquisto dell'unità familiare nei confronti dei genitori e figli maggiorenni inabili al lavoro è proprio la condizione di essere a carico del soggetto attivo del diritto all'unità e non delle casse pubbliche. Così, Bonetti, *L'assistenza e l'integrazione sociale*, cit., p. 1035.

<sup>55</sup> Su queste ultime v. l'ampia e recente ricostruzione di C. Panzera, *Immigrazione e diritti nello Stato regionale. Spunti di riflessione*, in «Dir. pubbl.», 1, 2018, pp. 141 ss.

delle altre «provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali» ai soli titolari della «carta di soggiorno» (oggi «permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo» ex art. 9 TUI)<sup>56</sup>.

Questa disposizione, come vedremo più avanti, è stata oggetto di numerosi e puntuali interventi della Corte costituzionale che, in relazione a singole prestazioni sociali, è intervenuta per delimitarne l'effettiva portata e indicare i limiti entro cui è possibile trattare in maniera diversa il cittadino straniero dal cittadino italiano<sup>57</sup>.

Ne è risultato un quadro normativo nazionale molto complesso e costituito da numerose previsioni normative rivolte a dare risposta a singoli bisogni di natura sociale. Si va dalle misure di «sostegno per l'inclusione attiva» all'«assegno di maternità» fino al «bonus asilo nido», alla «carta acquisti», all'«assegno di natalità», al «reddito di inclusione» fino al recentissimo «reddito di cittadinanza»<sup>58</sup>. Tutte queste prestazioni sociali di carattere non contributivo non sono previste per i titolari di permesso unico di lavoro, i titolari di carta blu o i titolari di permesso per motivi umanitari, ma solo per coloro che dimostrano un radicamento più forte e duraturo nella comunità politica, in molti casi grazie a un permesso permanente (art. 9 TUI).

<sup>56</sup> Per le altre provvidenze resta valida la regola del permesso di almeno un anno.

<sup>57</sup> Si noti che l'effetto finale delle sentenze della Consulta è stato quello di aver elevato l'art. 41 a norma cardine del sistema assistenziale a favore degli stranieri, senza però limitare la discrezionalità del legislatore nazionale e regionale sul punto. Sottolinea questo aspetto Panzera, *Immigrazione e diritti nello Stato regionale. Spunti di riflessione*, cit., pp. 164-165.

<sup>58</sup> Per un elenco delle numerose prestazioni che rientrano nella nozione di servizi sociali v.: P. Grazioli, *Le prestazioni sociali*, in V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 249 ss.; Romeo, *Il cosmopolitismo pragmatico della Corte costituzionale tra radicamento territoriale e solidarietà*, cit., pp. 5-6.

### 5. Il divieto di discriminazioni nella legislazione statale

Come è stato ricordato poc'anzi, negli anni scorsi la Corte costituzionale è stata adita numerose volte per valutare la legittimità degli interventi statali e regionali che limitavano o restringevano i criteri in base ai quali i non-cittadini (in possesso di un titolo regolare di soggiorno) avrebbero potuto accedere alle misure assistenziali non contributive<sup>59</sup>.

La Consulta è intervenuta a limitare la discrezionalità dei legislatori inaugurando un orientamento molto solido, i cui capisaldi sono caratterizzati (i) dalla applicazione combinata del principio di eguaglianza-ragionevolezza, (ii) dalla valutazione del bisogno che la prestazione sociale in contestazione intende soddisfare e (iii) dalla «stabilità» del soggiorno nel territorio italiano.

Attraverso l'esame di questo corposo indirizzo giurisprudenziale è possibile comprendere quali sono i limiti oltre i quali il legislatore opera «discriminazioni irragionevoli»<sup>60</sup> e dunque illegittime.

Con riguardo specifico alla cittadinanza sono stati sanzionati gli interventi che riconoscevano solo ai cittadini alcune provvidenze: come il trasporto gratuito in condizioni di disabilità<sup>61</sup>, i vari *bonus bebè*<sup>62</sup> previsti in questi anni sia a livello nazionale

<sup>59</sup> Da non dimenticare il ruolo importantissimo giocato negli anni dai giudici ordinari e dai giudici europei, chiamati anche loro – sui rispettivi piani di competenza – a dirimere questioni concernenti le discriminazioni a danno dei non cittadini. Su quest'ultimo indirizzo v. A. Guariso, *Stranieri e accesso alle prestazioni sociali. Normativa nazionale ed europea, schede pratiche*, 2018, <[www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/02/Stranieri-e-accesso-alle-prestazioni-sociali.pdf](http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/02/Stranieri-e-accesso-alle-prestazioni-sociali.pdf)>.

<sup>60</sup> M. Gnes, *Il diritto degli stranieri extracomunitari alla non irragionevole discriminazione in materia di agevolazioni sociali*, in «Giur. cost.», 6, 2005.

<sup>61</sup> Corte cost., sent. n. 432/2005.

<sup>62</sup> Tribunale di Brescia, ordinanza 26 gennaio 2009, n. 335. Su tale punto v. C. Corsi, *Prestazioni assistenziali e cittadinanza*, in «Diritto, immigrazione e cittadinanza», 2, 2009. Sul seguito giurisprudenziale v. F. Biondi Dal Monte, *Lo stato sociale di fronte alle migrazioni. diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, in <[www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)>, 2012; V. Angelo, *L'assegno di natalità tra normativa interna e europea: discriminatorio non concederlo ai migranti*, in «Nuova giur. civ. comm.», 5, 2017. Mentre per quanto riguarda le più recenti misure legate alla natalità (cd. premio alla nascita), v. Corsi, *Percorsi accidentati d'integrazione. Il caso italiano*, cit., p. 659.

che a livello locale, la cd. *social card* di cui alla finanziaria per il 2009 (prima limitata ai soli cittadini ed in seguito estesa anche ai non cittadini)<sup>63</sup> e gli assegni per i nuclei familiari con almeno tre figli minori<sup>64</sup>.

Più numerosi sono i casi di discriminazioni nell'accesso alle prestazioni sociali che sono avvenuti in base alla «stabilità» sul territorio nazionale dei cittadini extracomunitari. Tale giurisprudenza ha preso in esame quella legislazione che discrimina inserendo elementi che escludono irragionevolmente gli extracomunitari in situazioni di bisogno dal beneficio, inserendo un criterio per accertare la “stabilità” che è risultato troppo alto in relazione alla provvidenza stessa<sup>65</sup>.

Sono due le modalità con le quali tali discriminazioni si sono realizzate: in alcuni casi si è dato rilievo al possesso del permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo (art. 9 TUI); in altri casi, invece, è stato dato rilievo alla durata della previa residenza nel territorio nazionale o in una parte di questo (corrispondente all'autorità che eroga la prestazione).

Quanto alla prima delle due opzioni, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di molte delle «provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione in materia di servizi sociali»<sup>66</sup> per le quali l'art. 80, c. 19, della l. finanziaria per il 2001 (l. n. 388/2000) richiedeva la condizione soggettiva di “lungosoggiornante”<sup>67</sup>.

Dal 2008 la Consulta è intervenuta sul punto ben sette volte per estendere i benefici a tutti gli immigrati regolari (in possesso di permesso di soggiorno per motivi di lavoro o per motivi familiari), svuotando di fatto di efficacia la norma della legge

<sup>63</sup> Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, cit., p. 129.

<sup>64</sup> Su questo punto v. la sent. Corte giust. UE, 21 giugno 2017, in causa C-449/16, *Martinez Silva c. INPS e Comune di Genova*. Su tale vicenda v. Corsi, *Percorsi accidentati d'integrazione. Il caso italiano*, cit., p. 659.

<sup>65</sup> Cfr. Codini, *Immigrazione e stato sociale*, cit., pp. 628 ss.

<sup>66</sup> Per una rassegna delle misure che rientrano sotto l'ombrello di tale previsione v. Romeo, *Il cosmopolitismo pragmatico della Corte costituzionale tra radicamento territoriale e solidarietà*, cit., pp. 5-6.

<sup>67</sup> Tale requisito si trova talora nei provvedimenti amministrativi di alcuni comuni ed è stato previsto per l'assegno sociale erogato dall'INPS (cfr. da ultimo Corte app. Firenze, sentenza del 11 maggio 2017).

finanziaria per il 2001<sup>68</sup>. Il *leading case* su questo punto è la nota Corte cost., sent. n. 306/2008, in cui si legge che al riconoscimento del «diritto a soggiornare» alle condizioni stabilite dalla legge, non si possono operare discriminazioni nei confronti degli stranieri, «stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini»<sup>69</sup>.

Questa sentenza segue, dopo pochi anni, ad un'altra importantissima pronuncia del 2005 (n. 432) in cui la Corte costituzionale aveva precisato che ogni distinzione legislativa nel godimento di prestazioni di natura sociale – anche eccedenti l'essenziale – dovesse essere fondata su una fattuale diversità e non essere precostituita dalla legge, come nel caso in cui si usi la cittadinanza<sup>70</sup>.

Dalla sentenza del 2008 e dalle pronunce successive deriva che non è possibile restringere la fruizione di misure tese a soddisfare bisogni primari inerenti la tutela della persona umana ai titolari di un permesso che presuppone la permanenza sul territorio italiano da almeno cinque anni, perché si tratterebbe di

<sup>68</sup> Si è trattato di: indennità di accompagnamento per invalidi civili (sent. n. 306/2008); pensione di inabilità (sent. n. 11/2009); assegno mensile di invalidità per invalidi civili con riduzione della capacità lavorativa in misura elevata (sent. n. 187/2010); l'indennità di frequenza per i minori disabili, che è stata estesa a tutti, in quanto volta a tutelare l'infanzia e la salute, il contesto familiare, il futuro ingresso nel mondo del lavoro e la partecipazione attiva alla vita sociale (sent. n. 329/2011); l'indennità di accompagnamento per soggetti portatori di menomazioni fortemente invalidanti (sent. n. 40/2013); la pensione di invalidità per persone non vedenti (sent. n. 22/2015); la pensione di invalidità per i sordi e l'indennità di comunicazione (sent. n. 230/2015).

<sup>69</sup> Su questa sentenza v. i commenti di A.M. Battisti, *Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari*, in «Giur. cost.», 4, 2008, pp. 3338 ss.; D. Carrarelli, *La manifesta irragionevolezza dei presupposti economici per l'accesso all'assistenza sociale dei cittadini extracomunitari*, in «Giur. it.», 6, 2009, pp. 1353 ss.

<sup>70</sup> In questa sentenza la Corte costituzionale ebbe modo di precisare anche che le scelte relative ai beneficiari possono derivare dalla limitatezza delle risorse finanziarie, ma devono essere sempre in ossequio al principio di ragionevolezza. Cfr. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, cit., p. 141. Sul tema v. il commento di M. Cuniberti, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in «Le Regioni», 2-3, 2006, pp. 510 ss.



una diversificazione irragionevole nel trattamento tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti<sup>71</sup>.

Come noto, l'applicazione del principio di eguaglianza in queste sentenze si allinea ai principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha risolto vicende simili in alcuni casi relativi al godimento di prestazioni sociali e previdenziali da parte dello straniero in forza degli artt. 14 e 1 Prot. n. 1 CEDU<sup>72</sup>. La Corte costituzionale ha sviluppato tale argomentazione a partire dalla sent. n. 187/2010<sup>73</sup>, con la quale ha riconosciuto che lo scrutinio di legittimità costituzionale sul punto delle misure assistenziali a favore degli immigrati provenienti da paesi terzi deve essere «condotto alla luce dei segnalati approdi ermeneutici, cui la Corte di Strasburgo è pervenuta nel ricostruire la portata del principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione [...] unitamente all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale»<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> Una discriminazione particolarmente grave anche perché «destinata a riverberarsi automaticamente nei confronti degli stessi nuclei familiari in cui i potenziali beneficiari delle provvidenze – non di rado anche minori – si trovano inseriti». Cfr. Corte cost., sent. n. 40/2013, (punto 5 *cons. dir.*). Sul punto v. Corsi, *Percorsi accidentati d'integrazione. Il caso italiano*, cit., p. 658. Da notare che la giurisprudenza citata riprende uno schema di giudizio risalente in punto di discriminazione tra cittadino e straniero, rivolto a confrontare la «causa normativa» della disciplina che introduce la prestazione sociale e il criterio distintivo prescelto per circoscrivere i beneficiari della prestazione. Come rileva A.O. Cozzi, *Un piccolo "puzzle": stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali*, in «Quad. cost.», 3, 2010, p. 556 queste pronunce «confermano una tendenza già osservata [...] in materia di eguaglianza tra cittadini e stranieri, ovvero la prevalenza assegnata, nel giudizio di rilevanza sui caratteri comuni delle fattispecie poste a confronto, al criterio legato alla condizione soggettiva di svantaggio (inabilità, invalidità) rispetto al possesso dello status di cittadino».

<sup>72</sup> Sulla tutela dei diritti sociali in ambito CEDU v. G. Romeo, *La garanzia dei diritti sociali tra "autosufficienza nazionale" e tutela sovranazionale*, in «Percorsi costituzionali», 2-3, 2013; A. Guazzarotti, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1, 2013; A. Guazzarotti, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 379 ss.; A. Caligiuri, *L'effettività dei diritti sociali nell'ordinamento dell'UE*, in «Rass. dir. pubbl. eur.», 1, 2017.

<sup>73</sup> Confermata poi da Corte cost., sent. n. 329/2011.

<sup>74</sup> Cfr. punto 2 *cons. dir.* Come è noto, a partire dal noto caso *Gaygusuz* del 1996, la Corte EDU ha applicato la nozione di «bene» di cui all'art. 1, Prot. n. 1 ai sussidi di disoccupazione facendo leva sul carattere «patrimoniale» di queste prestazioni. Cfr.

Sebbene, come testimonia la lunga lista di pronunce che seguono alla prima del 2008, la Corte abbia seguito in maniera costante tale indirizzo pure sotto la pressione delle misure di austerità legate alla crisi finanziaria<sup>75</sup>, non sono poche le leggi ancora oggi in vigore – e quelle anche più recentemente approvate come il noto d.l. in materia di «reddito di cittadinanza»<sup>76</sup> o il cd. «decreto sicurezza»<sup>77</sup> – che limitano l'accesso alle prestazioni assistenziali ai soli lungosoggiornanti<sup>78</sup>, come pure molteplici sono i casi di amministrazioni comunali che si fondano ancora sulla norma della finanziaria per il 2001 – o, peggio, su sue interpretazioni – nella definizione della platea di beneficiari di singole misure assistenziali<sup>79</sup>.

Non stupisce, dunque, che sul tema complesso dell'assegno sociale e del requisito del permesso di lungo soggiorno, la Corte

Corte eur., 16 settembre 1996, ric. n. 17371/90, *Gaygusuz*; 30 settembre 2003, ric. n. 40892/98, *Koua Poirrez*; sentenza 25 ottobre 2005, ric. n. 58453/00, *Niedzwiecki*; sentenza 25 ottobre 2005, ric. n. 59140/00 *Okpiz*; sentenza 28 ottobre 2010, n. 40080/07, *Fawzi*; sentenza 8 aprile 2014, ric. n. 17120/09 *Dhabbi*. Sui riflessi dell'indirizzo europeo sui nostri giudici v. spec. Cozzi, *Un piccolo "puzzle": stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali*, cit., pp. 556 ss. la quale sottolinea che le conclusioni a cui arrivano i giudici europei sono il riflesso della portata universale dei diritti convenzionali.

<sup>75</sup> Evidenzia questo dato Cartabia, *Gli «immigrati» nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, cit., p. 25.

<sup>76</sup> D.l. n. 4/2019.

<sup>77</sup> D.l. n. 113/2018.

<sup>78</sup> È interessante in questo senso leggere cosa scrive la stessa Corte cost. al termine del c.i.d della sent. n. 230/2015: «Deve [...] formularsi l'auspicio che il legislatore, tenendo conto dell'elevato numero di pronunce caducatorie adottate da questa Corte a proposito della disposizione ora nuovamente censurata, provveda ad una organica ricognizione e revisione della disciplina, ad evitare, tra l'altro, che il ripetersi di interventi necessariamente frammentari, e condizionati dalla natura stessa del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, possa avere riverberi negativi sul piano della tutela dell'eguaglianza sostanziale».

<sup>79</sup> Si veda a questo proposito la già ricordata sentenza della Corte di giustizia del 21 giugno 2017, su cui Corsi, *Percorsi accidentati d'integrazione. Il caso italiano*, cit., pp. 659-660; l'autrice, in modo contro intuitivo, assume che questo atteggiamento del legislatore e delle amministrazioni sia in realtà dovuto ad una sorta di «calcolo» economico sul vantaggio che genererebbe comunque la violazione dei diritti degli immigrati, i quali avrebbero meno mezzi economici e culturali per ricorrere contro provvedimenti palesemente discriminatori. In tal senso v. anche A. Ciervo, *I diritti sociali degli stranieri: un difficile equilibrio tra principio di non discriminazione e pari dignità sociale*, in F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillaci (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Napoli, Jovene, 2011, pp. 386 ss.

costituzionale da ultimo con la sent. n. 50/2019 abbia deciso la infondatezza delle questioni sollevate dai tribunali di Torino e di Brescia, nell'assunto che il legislatore può «esigere in capo al cittadino extracomunitario ulteriori requisiti [...] che ne comprovino un inserimento stabile e attivo»<sup>80</sup> nella comunità nazionale.

Quest'ultima pronuncia esprime una sorta di marcia indietro di una giurisprudenza che fino a questo momento era sembrata stabile nel riconoscere il criterio dell'eguaglianza, anche a prescindere dalla condizione di "lungosoggiornante".

#### *6. La dimensione regionale dell'immigrazione tra estensioni e restrizioni della tutela sociale*

Le regioni e gli enti locali nell'esercizio delle loro competenze stabilite in base alla Costituzione hanno aggiunto al nucleo di prestazioni stabilite dallo Stato un corposo numero di servizi rivolti alla tutela del diritto all'assistenza delle popolazioni in essi residenti. L'intreccio tra immigrazione ed enti locali non è un fatto recente. Già dalla fine degli anni '80 molti enti regionali avviarono politiche pubbliche a favore degli stranieri usando creativamente le proprie competenze, per certi versi andando a colmare i silenzi e i ritardi dello stato sulla tutela degli immigrati<sup>81</sup>. In seguito il TUI del 1998 attribuì alle regioni e agli enti locali molti compiti in materia di servizi agli stranieri.

Dopo la riforma costituzionale del Titolo V del 2001 la materia relativa alla condizione giuridica dei cittadini degli stati non UE e l'immigrazione sono state affidate alla legislazione esclusiva dello Stato (art. 117, c. 2, lett. *a* e *b*); diversamente alle regioni è stato attribuito il potere legislativo residuale in materia

<sup>80</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 50/2019, punto 7 del c.i.d.

<sup>81</sup> Per una ricognizione di queste leggi v. T. Caponio, *Governo locale e immigrazione in Italia: Tra servizi di "welfare" e politiche di sviluppo*, in «Ist. fed.», 5, 2004; C. Corsi, *Immigrazione e ruolo degli enti territoriali*, in «Dir. imm. citt.», 1, 2005; F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, cit., p. 55; A. Patroni Griffi, *I diritti dello straniero*, in L. Chieffi (a cura di), *I diritti sociali tra regioni e prospettive federali*, Padova, Cedam, 1999, p. 350.

di assistenza e servizi sociali (art. 117, c. quarto). Sebbene da questo impianto non si possa desumere una chiara identificazione dei rapporti di competenza tra stato e regioni in materia di immigrazione e soprattutto di «politiche *per* l'immigrazione»<sup>82</sup>, sia la dottrina e poi anche la giurisprudenza hanno ritenuto pacifico l'intervento regionale a favore dei diritti sociali degli immigrati, mostrando anche il ruolo essenziale di questi ultimi enti per l'effettivo godimento dei diritti<sup>83</sup>.

I diritti degli immigrati sono comparsi anche all'interno della seconda stagione statutaria. Nella fase di riscrittura delle disposizioni statutarie contenenti i diritti riconosciuti a livello regionale, molti consigli hanno ribadito la garanzia di alcuni diritti sociali in capo ai migranti. Un gruppo di regioni sono addirittura spingente più in là riconoscendo diritti anche ai profughi e ai rifugiati<sup>84</sup>.

Un ruolo forse ancora più rilevante è stato svolto dalle leggi regionali e dai provvedimenti comunali in materia di servizi sociali. Anche qui, tuttavia, accanto a normative miranti a rafforzare le misure di integrazione nei confronti degli immigrati, sono stati adottati interventi legislativi tesi a limitare l'accesso alle prestazioni sociali a chi non è cittadino italiano<sup>85</sup>.

Le leggi e gli atti del primo tipo hanno trasformato gli interventi regionali sul *welfare* in una sorta di «cittadinanza sociale»<sup>86</sup>

<sup>82</sup> La distinzione tra politiche *per* e *di* immigrazione è stata rivalutata da Caponio, *Governo locale e immigrazione in Italia: Tra servizi di "welfare" e politiche di sviluppo*, cit., p. 805.

<sup>83</sup> P. Carrozza, *Diritti degli stranieri e politiche regionali e locali*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, pp. 86 ss.

<sup>84</sup> Su questi aspetti v. A. Gentilini, *Tendenze della legislazione regionale, statutaria e ordinaria, in tema di migranti*, in L. Ronchetti (a cura di), *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 55 ss. Sul punto sia consentito anche un richiamo alle considerazioni svolte in E. Longo, *Regioni e diritti. La tutela dei diritti nelle leggi e negli statuti regionali*, Macerata, Eum, 2007.

<sup>85</sup> Per un bilancio ampio di questa legislazione si v. M. Vrenna, *Le regioni di fronte all'immigrazione: linee di tendenza degli ultimi anni*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 397 ss.

<sup>86</sup> Usa questa espressione L. Ronchetti, *I diritti di cittadinanza degli immigrati. Il ruolo delle Regioni*, in L. Ronchetti (a cura di), *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 29 ss.

aperta anche a favore degli immigrati regolarmente soggiornanti<sup>87</sup>, sebbene non siano mancate leggi che hanno esteso l'assistenza a favore di tutti i cittadini stranieri «comunque dimoranti sul territorio regionale»<sup>88</sup> e perciò anche degli irregolari<sup>89</sup>.

Molte delle leggi statali e regionali approvate sono state oggetto di ricorso dello stato di fronte alla Corte costituzionale per la delimitazione della potestà legislativa tra stato e regioni. Il primo intervento della Consulta sul tema ha riguardato la tutela assistenziale dei minori non accompagnati: un caso che coinvolgeva la l. reg. Friuli Venezia-Giulia n. 5/2005<sup>90</sup>. Ad esso sono seguiti numerosi altri arresti giurisprudenziali<sup>91</sup>. Nell'ambito di questo filone giurisprudenziale, particolarmente significativa è la sent. n. 61/2011, in cui la Corte ha riconosciuto che allorché le regioni adottano misure per la tutela dei diritti sociali degli immigrati – anche estensive rispetto alle corrispondenti misure nazionali – non sussiste l'invasione della competenza

<sup>87</sup> Per una ricognizione, oltre che un commento, di questi atti e provvedimenti v. *infra multis* i contributi di Corsi, *Percorsi accidentati d'integrazione. Il caso italiano*, cit., p. 654, nota 19; Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, cit., nota 98; G. Saputelli, *Differenziazioni regionali in merito all'accesso dei migranti ai servizi sociali*, in L. Ronchetti (a cura di), *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 227 ss. Per un commento di alcune tra le più significative leggi adottate fino al 2012 si v. i contributi nel volume E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (a cura di), *La governance dell'immigrazione: diritti, politiche e competenze*, Bologna, il Mulino, 2013.

<sup>88</sup> Sono le parole della l. reg. Toscana, n. 29/2009, art. 2, c. 2.

<sup>89</sup> Gli interventi su questo punto delle regioni Toscana, Puglia, Campania, Marche e Lazio sono discussi da Carrozza, *Diritti degli stranieri e politiche regionali e locali*, cit., p. 101. È interessante notare che per gli interventi delle prime tre regioni menzionate, il Governo ha proposto ricorso alla Corte costituzionale, la quale ha tutte le volte respinto le censure riprendendo nella sostanza il cuore della propria giurisprudenza che riconosce il nucleo dei diritti sociali a tutte le persone, a prescindere dall'esistenza o meno di un titolo di soggiorno (cfr. Corte cost., sentt. 269 e 299/2010 su cui si v. la nota di F. Biondi Dal Monte, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in «Le Regioni», 5, 2011). Sul punto v. anche D. Loprieno, *Regionalismo e immigrazione. Le risposte degli ordinamenti regionali italiani al fenomeno migratorio*, in «Consulta on-line», 1, 2018.

<sup>90</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 156/2006, su cui v. il commento di D. Strazzari, *Riparto di competenza tra Stato e Regioni in materia di immigrazione: alla ricerca del confine perduto?*, in «Le Regioni», 5, 2006, pp. 1036 ss.

<sup>91</sup> Su cui v. C. Corsi, *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio tra Stato, Regioni e Corte costituzionale*, in «Dir. imm. citt.», 2, 2012, pp. 44 ss.

statale esclusiva in materia di immigrazione o condizione dello straniero<sup>92</sup>.

Le leggi e gli atti amministrativi (regionali e locali) del secondo tipo hanno offerto l'occasione per una serie di ricorsi anche davanti ai giudici ordinari e ai tribunali amministrativi, i quali non hanno perso l'occasione, in alcuni casi, per nutrire la già ampia giurisprudenza costituzionale ed europea sulle discriminazioni a danno dei cittadini di paesi terzi, di cui si è già parlato in precedenza in merito alla legislazione statale.

Sul punto giova riprendere la già citata sent. 432/2005, avente ad oggetto un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale di una legge della Regione Lombardia. In quella sede la Corte costituzionale ha dato due criteri relativi al divieto di discriminazioni a danno dei cittadini extracomunitari che sono diventati base per gli interventi successivi<sup>93</sup>.

La dottrina della Corte sul punto è stata ribadita in un

<sup>92</sup> È interessante notare che per la Consulta non è incostituzionale la legge regionale che dispone l'accoglienza temporanea di tutte le persone straniere presenti sul territorio e sprovviste di un'autonoma sistemazione alloggiativa, poiché oltre a rientrare in ambito di competenza regionale tale legge realizza un diritto inviolabile dell'uomo. Sicché è la natura fondamentale del diritto a giustificare l'estensione anche a coloro che non sono in regola rispetto a quanto disposto dalla legge statale in materia di permesso di soggiorno. Sottolinea l'importanza di questa sentenza nella logica estensiva della Corte cost. Carrozza, *Diritti degli stranieri e politiche regionali e locali*, cit., pp. 102-103. Per un'analisi approfondita della giurisprudenza costituzionale riguardante la ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni si v. Biondi Dal Monte, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, cit., pp. 1086 ss. e C. Salazar, *Leggi regionali sui diritti degli immigrati*, *Corte costituzionale e «vertigine della lista»: considerazioni su alcune recenti questioni di costituzionalità proposte dal governo in via principale*, in S. Gambino, G. D'Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 392 ss.

<sup>93</sup> Per il primo – chiamato «ragionevole correlabilità» – distinguere, ai fini della applicabilità di una misura assistenziale, cittadini italiani e cittadini di paesi stranieri «introduce nel tessuto normativo elementi di distinzione del tutto arbitrari», non essendovi alcun nesso (ragionevole correlabilità) tra la cittadinanza italiana e gli altri requisiti (come l'invalidità al 100% o la residenza) che condizionano il riconoscimento e definiscono la *ratio* e la funzione della prestazione sociale. Per il secondo anche laddove la normativa regionale ecceda i limiti di ciò che si ritiene «essenziale», perché appartenente al nucleo irriducibile dei diritti, non si esclude che «le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari debbano essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza». Cfr. Corte cost., sent. n. 432/2005 (punto 5.2 *cons. dir.*). Su tali aspetti v. i commenti alla sentenza di M. Gnes e di F. Rimoli, in *Giur. cost.*, 6, 2005, pp. 4675 ss. Si v. anche M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in «Quad. cost.», 1, 2017, pp. 41 ss.

numero ampio di sentenze successive<sup>94</sup>. Particolarmente significative sono la sent. n. 222/2013 e la più recente sent. 107/2018.

Da ultimo occorre ricordare, come è stato già detto, che le regioni non sono sole nella costruzione dei sistemi di *welfare*. Gran parte delle decisioni su questo punto, infatti, sono tradotte in atti pratici dagli enti locali, ed in particolare dai comuni. Anche su questo fronte non sono mancate negli anni numerose impugnazioni di fronte ai tribunali rivolte a dichiarare l'esistenza di discriminazioni illegittime nei confronti di cittadini extracomunitari legittimamente residenti in Italia<sup>95</sup>. Si tratta certamente di casi limite che non descrivono la situazione delle politiche di inclusione complessive, come è stato indicato dalla dottrina, ma sui quali occorre sempre prestare attenzione nell'ottica della comprensione del diritto all'assistenza goduto dai cittadini stranieri<sup>96</sup>.

## 7. Conclusioni

Il percorso tracciato in questo lavoro ci ha portato ad indagare quale fosse la protezione del diritto all'assistenza degli stranieri soggiornanti regolarmente in Italia. Siamo partiti dalla protezione costituzionale di questo diritto per poi analizzarne l'attuazione legislativa prima a livello nazionale poi a livello regionale.

Durante l'analisi ci siamo soffermati in particolare su quelle situazioni e quelle categorie di persone alle quali il diritto all'assistenza è negato.

<sup>94</sup> Oltre a quelle che citeremo nel prosieguo, si v. Corte cost., sentt. nn. 12 e 40/2011, 4, 133 e 172/2013, 168/2014.

<sup>95</sup> In alcuni casi i comuni hanno addirittura introdotto aggravamenti per l'iscrizione anagrafica dei cittadini stranieri, facendo così discendere l'esclusione nell'accesso ai servizi sociali.

<sup>96</sup> Così Corsi, *Percorsi accidentati d'integrazione. Il caso italiano*, cit., pp. 667-669. Per un'indagine sul punto v. Carrozza, *Diritti degli stranieri e politiche regionali e locali*, cit., pp. 112 ss.; L. Panzeri, *Fenomeno migratorio e ruolo degli enti locali: prime note*, in «Osservatorio AIC», 1, 2018.

Attraverso questa indagine siamo pervenuti ad esaminare la giurisprudenza soprattutto costituzionale più recente che ha sanzionato le discriminazioni a danno degli stranieri.

Ne è emerso un quadro che permette di arrivare ad osservare le trasformazioni sia della cittadinanza sia dei diritti e doveri degli immigrati in Italia.

In particolare, l'evoluzione del diritto alla assistenza rivela che è da ritenersi superata una nozione di diritti sociali legati alla cittadinanza politica di stampo liberale e che sta emergendo un nuovo modo di intendere tale concetto, capace di aprire l'appartenenza alla comunità nazionale agli stranieri che soggiornano da tempo sul territorio dello stato<sup>97</sup>.

Tuttavia, a fronte di un avvicinamento tra il cittadino e il non-cittadino, cresce l'area di esclusione (legittima e illegittima) di alcune categorie, con esiti a volte paradossali. Come si è visto, nel momento in cui le trasformazioni del *welfare state* danno rilievo alla costruzione di un nuovo modello di «cittadinanza sociale»<sup>98</sup> che include un maggior numero di soggetti conferendo loro medesimi diritti<sup>99</sup>, osserviamo parimenti il generarsi di nuove e potenti forme di esclusione, aggravate dalla creazione di nuove condizioni di disuguaglianza e quindi di vulnerabilità<sup>100</sup>.

Vista dalla prospettiva dei diritti sociali, questa situazione lascia intendere che oggi sono ancora i differenti *status* a deter-

<sup>97</sup> Su questi problemi v. *funditus* Corsi, *Straniero (diritto costituzionale)*, cit., pp. 881 ss. Risuona l'eco in queste nuove concettualizzazioni della cittadinanza come insieme di diritti e di doveri sancita dalla Corte. cost., sent. n. 172/1999 e poi ribadita più recentemente nella sent. n. 119/2015. Interessante in questa ottica G. Bascherini, *Verso una cittadinanza sociale?*, in «Giur. cost.», 1, 1999, p. 396.

<sup>98</sup> Pur coscienti della notevole ambiguità di questo concetto di derivazione sociologica, riteniamo che esso valga almeno descrittivamente per indicare *a contrariis* le trasformazioni della cittadinanza politica. Su questo tema v. T. Casadei, *Diritti sociali e «processo decostituente»*, in «Ragion pratica», 2, 2016, pp. 541 ss.

<sup>99</sup> Su questo punto rimane un caposaldo il volume di J. Carens, *The Ethics Of Immigration*, Oxford, Oxford University Press, 2013. In Europa il fenomeno è ascritto soprattutto agli effetti integrazione europea, come sottolineato alcuni anni fa da M. Ferrera, *Verso una cittadinanza sociale aperta. I nuovi confini del welfare nell'Unione Europea*, in «Riv. it. sc. pol.», 1, 2004, pp. 95 ss.

<sup>100</sup> M. Massa, *Disuguaglianza e condizioni personali. Una polemica sull'egualianza*, in M. Della Morte (a cura di), *La dis-egualianza nello Stato costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 150 ss.



minare il godimento dei diritti e non il contrario. Non si tratta della pura e semplice negazione del paradigma universalistico, ma solo della constatazione che – come emerge dalla recente sentenza n. 50/2019 della Corte costituzionale – è ancora la cittadinanza politica il più potente meccanismo di controllo e di gestione del conflitto politico-sociale e che, quindi, distinguere chi è cittadino da chi è straniero rimane uno degli strumenti più forti attraverso cui ancora opera la sovranità stessa.



Francesco Manganaro

## L'organizzazione dell'accoglienza delle persone migranti\*

SOMMARIO: 1. Il fenomeno migratorio – 2. I principi costituzionali – 3. L'evoluzione della disciplina normativa: la fase della prima regolazione – 4. La prima disciplina organica della legge Turco-Napolitano – 5. L'inversione di tendenza nella legge Bossi-Fini – 6. Il consolidamento della criminalizzazione nel c. d. pacchetto sicurezza e le misure del decreto Minniti-Orlando – 7. Il Testo unico alla luce delle nuove disposizioni del decreto Salvini – 8. Il riconoscimento dei diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale – 9. L'organizzazione dell'accoglienza per l'effettiva tutela dei diritti

### 1. *Il fenomeno migratorio*

La legislazione in materia di immigrazione si è sviluppata in maniera caotica e disordinata, sempre più condizionata da schemi ideologici e da spinte emotive che da effettive esigenze di corretta gestione dell'accoglienza secondo i principi dell'ordinamento costituzionale e sovranazionale<sup>1</sup>.

Prima di esaminare le ultime rilevanti novità normative introdotte dal d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132, è necessario ricostruire il sostrato sociale sul quale si è dispiegata l'evoluzione normativa.

Lo spostamento di intere popolazioni o di un gran numero di persone da un territorio ad un altro è un fatto assai frequente nella storia dei popoli, non certo legato solo alle attuali vicende

\* Un ringraziamento a Marco Calabrò per le osservazioni sulla prima stesura del lavoro.

<sup>1</sup> La relazione tenuta al Convegno *Dinamiche del diritto migrazioni e uguaglianza relazionale*, svolto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata il 19 ottobre 2017, è stata integralmente modificata alla luce della nuova disciplina introdotta dal d.l. 113 del 2018.

contingenti. È appena il caso di accennare – perché dato assai noto – che le maggiori migrazioni avvengono oggi tra e nei Paesi in ritardo di sviluppo, soprattutto africani, a motivo di guerre e dannosi eventi climatici, mentre il fenomeno della migrazione verso l'Europa è quantitativamente limitato, benché amplificato per motivi politici e per una mancata gestione comune da parte dell'Unione europea<sup>2</sup>.

Il più recente dato del Ministero degli Interni rileva che dall'agosto del 2017 a fine luglio del 2018 sono sbarcati sulle coste italiane 42.700 migranti, il 76,6% in meno dei dodici mesi precedenti<sup>3</sup>. Nel 2016 i permessi per motivi di lavoro sono stati 12.873, mentre erano stati 358.870 nel 2010 cosicché, secondo l'ultimo rapporto Censis del 2018, “per un migrante entrare in Italia per lavoro è diventato praticamente impossibile: alla crisi economica ha corrisposto una riduzione degli ingressi previsti dal Decreto flussi e la fine delle sanatorie”.

In questi ultimi anni, nonostante le disposizioni normative europee, le politiche sull'immigrazione sono state lasciate alle iniziative degli Stati nazionali<sup>4</sup>, che hanno assunto atteggiamenti molto differenziati<sup>5</sup>. A questo proposito, vengono individuati alcuni modelli, secondo il diverso livello di integrazione: multi-culturale, che consente l'accesso alla cittadinanza, mantenendo le specificità culturali; neo-assimilazionista, che garantisce la cittadinanza ma senza mantenere l'autonomia culturale; funzionalista, che attraverso la politica della determinazione dei flussi

<sup>2</sup> Per un'analisi di tipo demografico: M. Livi Bacci, *L'Europa ha bisogno di un'immigrazione di massa?*, in «Il Mulino», 2016, 6, pp. 921 ss.

<sup>3</sup> I numeri sono spesso oscillanti e contraddittori, per la difficoltà di conteggiare i migranti irregolari che escono dalle strutture, ma rimangono sul territorio nazionale. Sul punto, di recente: G. Buccini, *Quanti migranti irregolari in Italia? Salvini dice 90.000, il demografo e capo dell'Istat: «Sono 600 mila»*, in «Corriere della sera», 3 maggio 2019.

<sup>4</sup> S. Mirate, *Gestione dei flussi migratori e responsabilità statali: riflessioni problematiche tra normative interne, prassi amministrative e giurisprudenza CEDU*, in «Resp. civ. prev.», 2, 2017, pp. 43 ss., richiama la teoria del “doppio binario”, intendendo per tale la concorrente disciplina nazionale ed europea. Per una riflessione generale sulle politiche europee, anche in materia di immigrazione: B. Marchetti, *Sviluppi recenti nell'amministrazione dell'Unione europea: integrazione, disintegrazione o rigenerazione?*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2, 2018, pp. 509 ss.

<sup>5</sup> M. Pacini, *Il trattenimento dei richiedenti asilo tra Carta UE dei diritti fondamentali e Cedu*. Nota a Corte di Giustizia UE, Grande sezione, 15 febbraio 2016, causa C-601/15, in «Giorn. dir. amm.», 2016, 5, pp. 658 ss.

prevede l'inclusione, ma limitatamente all'ambito lavorativo; infine, il modello c.d. mediterraneo – adottato nei Paesi più a Sud dell'Europa, tra cui l'Italia – caratterizzato dalla mancanza di una politica di lungo periodo sull'accoglienza dovuta alla convinzione che l'immigrazione nei propri territori sia solo di transito e non stanziale<sup>6</sup>.

Perciò, anche nel nostro Paese, all'impegno per i salvataggi non ha fatto seguito una politica di accoglienza ed integrazione, con la conseguenza che i centri di prima accoglienza diventassero – come meglio si vedrà in seguito – sovraffollati luoghi di lunga permanenza.

## 2. I principi costituzionali

È necessaria, perciò, una sintetica esposizione della normativa previgente, per meglio comprendere le modificazioni intervenute più di recente, sempre dal punto di vista dell'organizzazione dell'accoglienza per la tutela di diritti, che il presente lavoro intende specificamente esaminare.

Innanzitutto, viene ricordato in poche occasioni che la mobilità delle persone è un diritto riconosciuto dalla Costituzione, che all'art. 35 prevede “la libertà di emigrazione” configurata come un diritto attribuito a chiunque voglia migliorare la propria condizione economica, come conferma la collocazione dell'art. 35 Cost., inserito nel titolo II sui rapporti economici.

È la stessa Costituzione, perciò, a prevedere e garantire il diritto alla *migrazione economica*, fattispecie specifica ben diversa rispetto a quella prevista dall'art. 10 Cost. che garantisce l'asilo in Italia agli stranieri a cui è impedito, nel loro Paese, l'esercizio delle libertà democratiche. Se ne deve dedurre che la criminalizzazione avvenuta in questi anni dei migranti economici contraddice la Costituzione che la prevede come un diritto<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> S. Gozzo, *Quale integrazione? Politiche per l'accoglienza e percezione dell'immigrato in Europa*, in «Aut. loc. serv. soc.», 2017, 1.

<sup>7</sup> Il profilo economico come causa di legittimazione ad ottenere la protezione internazionale è oggetto di un'interessante recente sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, 19 marzo 2019 in causa C-163/17, secondo cui il pericolo che una persona, senza sua responsabilità, possa trovarsi in “una situazione di *estrema depri-*

Più in particolare, la materia “immigrazione” appare esplicitamente per la prima volta<sup>8</sup> nel testo costituzionale con la riforma del titolo V del 2001, come materia di competenza esclusiva statale<sup>9</sup>, ma l'interpretazione della Corte è stata sempre ferma nel ritenere che tale competenza esclusiva riguardasse le politiche sull'immigrazione relative ai flussi di ingresso ed ai criteri per l'attribuzione della cittadinanza, ferma restando, invece, la competenza concorrente tra Stato e Regioni per quanto attiene alle politiche di accoglienza ed integrazione, comprese l'assistenza socio-sanitaria e l'istruzione. Afferma la Corte che, in materia di immigrazione, “l'intervento pubblico non si limita al doveroso controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, ma riguarda necessariamente altri ambiti, dall'assistenza all'istruzione, dalla salute all'abitazione, materie che intersecano *ex* Costituzione, competenze dello Stato con altre regionali, in forma esclusiva o concorrente”<sup>10</sup>. Da questa prima sentenza prende avvio una lunga serie di decisioni che confermano la necessità – come in tutte le materie di legislazione concorrente – di una collaborazione tra Stato e Regioni.

È per questo che si può distinguere fra politiche *dell'*immigrazione e politiche *per* gli immigrati, le prime relative alle modalità di ingresso ed ai suoi flussi, le seconde relative ai diritti sociali di essi<sup>11</sup>. Seguendo tale distinzione si può poi affermare che la

*vazione materiale* che non le consenta di far fronte ai suoi bisogni più elementari quali, segnatamente, nutrirsi, lavarsi e disporre di un alloggio, e che pregiudichi la sua salute fisica o psichica o che la ponga in uno stato di degrado incompatibile con la dignità umana” deve essere assimilata ad un trattamento inumano e degradante. E perciò, secondo la Corte, l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali non impedisce che il giudice nazionale, investito del ricorso avverso la decisione di trasferimento di un richiedente protezione internazionale verso lo Stato di regola competente per l'esame della sua domanda, possa “sulla base di elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati”, impedire tale trasferimento quando ciò comporterebbe una situazione di estrema deprivazione materiale (corsivo nostro).

<sup>8</sup> Art. 117, c. 2, lett. b).

<sup>9</sup> L'art. 117, c. 2, lett. a) Cost. attribuisce alla legislazione esclusiva statale la disciplina del diritto di asilo e della condizione giuridica dello straniero, previsti dall'art. 10 Cost.

<sup>10</sup> Corte cost., sent. 300/2005.

<sup>11</sup> A. Patroni Griffi, *I diritti dello straniero tra Costituzione e politiche regionali*, in L. Chieffi (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, Cedam, 1999, pp. 327 ss.; A. Ruggeri, C. Salazar, “*Ombre e nebbia*” nel riparto

cittadinanza è il titolo per l'esercizio dei diritti politici, mentre la residenza<sup>12</sup> – con i limiti che si vedranno in seguito – è il presupposto sufficiente per rivendicare la solidarietà economica e sociale, garantita dall'art. 2 Cost. a tutte le situazioni giuridiche connesse alla sfera della persona umana<sup>13</sup>.

Tuttavia, la più recente normativa, modificando i criteri per l'accesso ai luoghi di prima accoglienza, riporta sempre più alla regolazione statale la disciplina *della* immigrazione al conclamato fine di rendere sempre più limitante la politica *per* l'immigrazione.

### 3. *L'evoluzione della disciplina normativa: la fase della prima regolazione*

Il diritto interno dell'immigrazione è di formazione relativamente recente, anche perché il fenomeno migratorio è stato, sulla scorta del “modello mediterraneo”, a lungo sottovalutato dalle forze politiche e considerato dalla dottrina più sotto il profilo del riconoscimento dei diritti che per gli aspetti organizzativi necessari per realizzarli<sup>14</sup>. Si è così trascurata la rilevanza del fenomeno, per affrontare il quale non basta solo l'enunciazione di astratti principi o, al contrario, la predisposizione di

*di competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del Titolo V*, in M. Revenga Sánchez (a cura di), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, Milano-Valencia, Giuffrè, 2005, p. 337; C. Panzera, *Immigrazione e diritti nello Stato regionale. Spunti di riflessione*, in «Dir. pubbl.», 1, 2018, pp. 141 ss.

<sup>12</sup> Sulla residenza come fondamento della cittadinanza amministrativa: F. Manganaro, *Vecchi problemi e nuove prospettive della cittadinanza*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura di), *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 221 ss.

<sup>13</sup> In tal senso, di recente: A. Morelli, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in «Consulta online», 2018, pp. 533 ss.

<sup>14</sup> Per una prima generale riflessione sul fenomeno dal punto di vista dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni: F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009. Più di recente, P. Morozzo della Rocca, *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017; M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, Napoli, Jovene, 2016; M. Interlandi, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, Giappichelli, 2018.

misure repressive, quanto piuttosto una capacità organizzativa a fini inclusivi.

Innanzitutto, si osserva che la disciplina dell'immigrazione non solo – come già rilevato – si sviluppa su un livello comunitario ed uno nazionale, ma che la materia dell'accoglienza viene spesso regolata attraverso circolari ministeriali, che non sempre trovano fondamento in esplicite disposizioni di legge, creando non pochi dubbi sulla loro legittimità soprattutto quando incidono su libertà personali (vedi *infra*).

Dalla prima legge sull'immigrazione di cittadini extracomunitari n. 943 del 1986 emerge l'immagine di un Paese in grado di garantire diritti fondamentali ai lavoratori extracomunitari, quali parità di trattamento con i lavoratori italiani, accesso ai servizi sociali e sanitari, ricongiungimento familiare, sanzioni per i datori di lavoro che non denunciano l'assunzione di lavoratori extracomunitari.

La legge c.d. Martelli n. 39 del 1990 tenta di risolvere alcuni problemi che la legge precedente aveva sollevato, con soluzioni più o meno adeguate. L'aspetto positivo – secondo una linea coerente con la disciplina europea – è l'attribuzione di diritti agli stranieri non solo in quanto lavoratori. Viene anche abolita la riserva geografica, che fino ad allora limitava l'asilo politico ai cittadini provenienti dai Paesi nell'orbita dell'Unione sovietica ed a questo scopo vengono creati i primi centri di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR). Si prevedono per la prima volta – secondo un modello “funzionalista” – i flussi di ingresso a misura delle effettive esigenze dell'economia, anche se manca un'adeguata organizzazione di un fenomeno di cui non si comprende ancora l'effettiva portata, che non è limitata ad un fattore occasionale o di breve durata.

Le prime immigrazioni di massa di persone che fuggono dalle guerre allora in atto in Albania o nella ex Jugoslavia creano, nei primi Anni Novanta del secolo scorso, una vera e propria emergenza, che trova impreparata l'organizzazione dell'accoglienza.

La risposta a tale emergenza si concentra più sul versante criminogeno che non su quello dell'integrazione interculturale. Con la l. 388/93 viene ratificato l'accordo di Schengen che, aprendo le frontiere interne, introduce contemporaneamente misure per la



prevenzione della criminalità e prevede una più intensa cooperazione giudiziaria tra le forze di polizia per la repressione dell'immigrazione clandestina all'interno di un'Europa senza più barriere per la libertà di circolazione dei propri cittadini.

#### *4. La prima disciplina organica della legge Turco-Napolitano*

Il primo tentativo di disciplinare organicamente la materia dell'immigrazione si rinviene nella legge n. 40 del 1998 (legge Turco-Napolitano), che regola in maniera più ampia la materia dell'immigrazione, nel rispetto dei diritti costituzionali da riconoscere agli stranieri.

Si vuole superare la fase emergenziale della disciplina sull'immigrazione, puntando all'integrazione sociale ed alla previsione di diritti e doveri degli stranieri, in forma e misura identica a quella dei cittadini italiani. La carta di soggiorno consente una nuova possibilità di integrazione; l'espulsione viene limitata, quanto all'oggetto, ai gravi motivi di ordine pubblico e, per quanto attiene ai soggetti, agli stranieri clandestini solo quando non sia possibile verificarne l'identità o la nazionalità; viene garantito il ricongiungimento familiare; si introduce un'azione civile contro qualsiasi atto di discriminazione per motivi razziali, etnici o religiosi.

La legge n. 40/98 prevede una delega per l'emanazione di un testo unico sull'immigrazione, che troverà attuazione nel d. lgs. n. 286/1998, Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina della immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. Il decreto legislativo, riprendendo in maniera organica la disciplina già vigente, riconosce allo straniero sul territorio nazionale tutti i diritti fondamentali della persona e la parità di trattamento con il cittadino in relazione alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai servizi pubblici.

Il contingentamento dell'immigrazione si attua attraverso la definizione dei flussi in entrata sia attraverso i ricongiungimenti familiari che per l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro, tramite una chiamata diretta del lavoratore straniero da parte di uno sponsor che garantisca lavoro ed alloggio.

Se un limite si può cogliere è ancora una volta la sottovalutazione del fenomeno dal punto di vista organizzativo delle strutture di accoglienza e di integrazione, in quanto si rivela insufficiente la previsione di diritti che non trovano effettiva attuazione in un'organizzazione che permetta di realizzarli in concreto. E così – come avviene per tutti i diritti di prestazione quali la sanità o l'istruzione – anche il fenomeno migratorio finisce per diventare un problema da risolvere, con l'aggravante di un pregiudizio nei confronti dello straniero che ne accresce la gravità. Né l'istituzione dei Centri di permanenza temporanea (CPT) risolve il problema delle espulsioni, divenendo luoghi di isolamento di lunga durata.

### *5. L'inversione di tendenza nella legge Bossi-Fini*

Radicali innovazioni vengono introdotte dalla legge n. 189/2002 (legge Bossi-Fini) e dal successivo regolamento D.P.R. n. 334/2004, che modificano il Testo unico in maniera decisamente restrittiva.

Attraverso la modulazione del permesso di soggiorno, si opera una distinzione tra immigrato regolare, irregolare e clandestino. Possono entrare in Italia e godere dei diritti dei cittadini gli stranieri che hanno un contratto di lavoro, che gli consenta di ottenere un permesso di soggiorno revocabile nel caso di cessazione del rapporto di lavoro. Gli stranieri senza permesso di soggiorno, ma con documento di identità, vengono espulsi tramite provvedimento prefettizio, con accompagnamento alla frontiera. Se lo straniero è senza documenti e quindi clandestino, viene accompagnato nei centri di permanenza temporanea al fine della sua identificazione ed eventuale espulsione sempre con provvedimento immediatamente eseguibile. Infine, si ammette il respingimento dei migranti in acque extraterritoriali, senza tener conto se essi siano nelle condizioni di chiedere la protezione umanitaria che gli consentirebbe di ottenere l'asilo politico.

L'inefficacia della legge al fine di una corretta gestione dei flussi si configura nel fatto che possono essere regolari solo i migranti con contratto di lavoro, la cui sottoscrizione è invece

assai difficile poiché poco realistica appare l'ipotesi di una chiamata diretta di uno straniero da parte del datore di lavoro. Peraltro, ove tale chiamata diretta fosse possibile, gli obblighi imposti dalla legge al datore di lavoro, quanto al tipo di contratto ed agli obblighi conseguenti, ne scoraggiano l'effettiva attuazione. Perciò, la legge riducendo la possibilità di ingresso regolare, finisce per rendere meno solida la condizione del migrante che sempre più spesso viene spinto a diventare un irregolare da espellere dal territorio nazionale, alimentando l'idea che l'immigrazione sia sinonimo di criminalità.

Vengono perciò accelerate e semplificate le procedure per l'espulsione dei clandestini con modalità di esecuzione sempre più rigide, riducendo anche la concreta praticabilità del diritto di asilo da parte dei soggetti aventi diritto alla protezione internazionale. I noti casi di respingimento in mare, sanzionati dalle Corti europee<sup>15</sup>, impediscono qualsiasi accertamento sui requisiti che legittimerebbero lo straniero al diritto di asilo. L'inasprimento delle misure di contrasto all'immigrazione clandestina e la riduzione delle garanzie giurisdizionali per gli stranieri irregolari contro i provvedimenti di espulsione intendono scoraggiare l'immigrazione di lungo periodo.

#### *6. Il consolidamento della criminalizzazione nel c. d. pacchetto sicurezza e le misure del decreto Minniti-Orlando*

La situazione si modifica ulteriormente con la legge n. 94/2009, c.d. Pacchetto sicurezza, che contiene una serie di misure che hanno come fine la lotta alla criminalità ed all'immigrazione clandestina, in nome della tutela dell'ordine pubblico.

La legge si fonda sul presupposto di una connessione tra immigrazione ed aumento della criminalità, presupposto smentito da qualsiasi indagine statistica.

<sup>15</sup> Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*. Per un'analisi complessiva: M. Calabrò, *Italian regular immigration public policy: between exclusion, assimilation and integration*, in «UNIO – EU Law Journal», vol. 3, 2, luglio 2017, pp. 34 ss.

In sintesi, la legge contiene una serie di limitazioni che ostacolano qualsiasi forma di integrazione. Viene estesa la permanenza nei centri di identificazione ed espulsione (CIE); si consente il matrimonio per acquisire la cittadinanza italiana solo a chi risiede da almeno due anni in Italia; si limitano i casi di ricongiungimento familiare; si prevedono norme restrittive sull'occupazione di suolo pubblico e sull'accattonaggio con minori.

La misura più significativa è l'introduzione del reato di clandestinità (art. 10-*bis* T.U.), disposizione discussa e controversa, che prevede un'ammenda da 5.000 a 10.000 euro per lo straniero che fa ingresso o si trattiene sul territorio dello Stato illegalmente, finanche escludendo la possibilità di oblazione *ex art.* 162 c.p.

Se è lodevole l'intento di punire i trafficanti che promuovono, dirigono ed organizzano il trasporto di stranieri, eccessivo appare prevedere la stessa pena per "chiunque...compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso" (art. 12 T.U. come modificato dall'articolo 1, c. 26, lettera a), della l. 94/2009).

In questo contesto si introduce peraltro la controversa disciplina normativa sulle c.d. ronde, cittadini non armati che possono segnalare alle forze di polizia "eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale". La norma non attiene specificamente alla disciplina dell'immigrazione, ma la riguarda ugualmente in quanto lo straniero viene considerato come pericoloso per la sicurezza. La norma è stata oggetto di propaganda, ma di scarsa utilizzazione, con pochi gruppi di cittadini iscritti negli appositi albi. Comunque significativa è la sentenza delle Corte costituzionale n. 226/2010, che dichiara l'incostituzionalità dell'art. 3, c. 40 della l. 94/2009 nella parte in cui la norma fa riferimento alle situazioni di disagio sociale, poiché si configurano "ipotesi di emarginazione o di difficoltà di inserimento dell'individuo nel tessuto sociale, derivanti dalle più varie cause (condizioni economiche, di salute, età, rapporti familiari e altre)", cioè situazioni attinenti alla materia dei servizi sociali di competenza delle Regioni.

L'evoluzione normativa continua con la l. n. 46/2017, conosciuta come decreto Minniti- Orlando, recante disposizioni

urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale. Rimane ferma ed anzi si rafforza l'esigenza dell'espulsione dei migranti irregolari<sup>16</sup>, ma si cerca di accelerare le procedure per l'esame dei ricorsi sulle domande d'asilo, anche al fine di ridurre il grave sovraffollamento dei centri di accoglienza. Sono previsti procedimenti più rapidi per i rimpatri attraverso un sistema di cooperazione con i Paesi di provenienza con cui si stipulano accordi bilaterali.

Inoltre, allo scopo di accelerare l'*iter* per l'asilo, viene abolito il secondo grado di giudizio con la possibilità di ricorrere in Cassazione. A questo scopo si prevede anche – con una norma che però non troverà attuazione – che i quattro Centri di Identificazione ed espulsione, ora denominati Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR), diventino venti, uno per ogni Regione e vengano monitorati quotidianamente da varie realtà del volontariato e da istituzioni umanitarie.

Sono istituite presso le Corti di Appello ventisei sezioni specializzate per le controversie in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari; per l'impugnazione del provvedimento di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari per motivi imperativi di pubblica sicurezza; per il mancato riconoscimento della protezione internazionale o della protezione umanitaria; per il diniego del ricongiungimento familiare; per l'impugnazione dei provvedimenti adottati dall'autorità preposta alla determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale; per l'accertamento dello stato di cittadinanza italiana (art. 1, l. 46/2017).

Anche gli *hotspot*, in cui la permanenza dei migranti dovrebbe essere di 48 ore per le prime cure e l'identificazione (art. 10

<sup>16</sup> Sulle differenti forme di tutela avverso il provvedimento di espulsione, di recente: D. Zecca, *Tutela avverso il provvedimento di espulsione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in M. Miedico, G. Romeo (a cura di), *Italia, Europa: i diritti fondamentali e la rotta dei migranti*, in «Federalismi», numero speciale 2, 2019, pp. 44 ss.

ter T.U.), si tramutano in luoghi di più lungo soggiorno, diventando luoghi di detenzione amministrativa, già oggetto di plurimi giudizi negativi delle Corti nazionali ed europee.

In ordine al sistema della seconda accoglienza, il decreto Minniti-Orlando non interviene con misure a carattere sostanziale idonee a rafforzare un modello diffuso ed integrato con gli enti locali come gli SPRAR, che consentono, per la loro ampia collocazione sul territorio ed il numero limitato di persone, effettive condizioni per l'accompagnamento nel percorso di integrazione, anche attraverso il coinvolgimento in attività socialmente utili organizzate d'intesa con i Comuni e con le organizzazioni *no profit*.

Continua a prevalere di gran lunga, pertanto, il modello (teoricamente residuale) dei Centri di accoglienza straordinaria (CAS), ove l'enunciazione dei diritti si infrange su pratiche amministrative complesse o volutamente escludenti e soprattutto sulla mancanza di adeguate strutture che consentano un'integrazione progressiva ed accompagnata degli stranieri in un nuovo contesto sociale ed economico.

### *7. Il Testo unico alla luce delle nuove disposizioni del decreto Salvini*

È in questo quadro che viene approvato il recente d.l. 113/2018 convertito in l. 132/2018, che modifica radicalmente il Testo unico sull'immigrazione.

Un esame pure sommario del complesso articolato normativo fa rendere conto di come venga stravolta la politica per e sull'immigrazione nei punti salienti<sup>17</sup>.

Si modifica la disciplina del permesso di soggiorno, che non può essere più dato per "motivi umanitari" come previsto nella precedente disciplina dell'art. 5 T.U. Rimangono, invero, alcune ipotesi tipizzate, ma è chiaro l'intento di eliminare una clausola

<sup>17</sup> Per un esame dal punto di vista penalistico del concetto di sicurezza pubblica declinato sotto varie forme nel decreto-sicurezza: L. Riscato, *Il confine e il confino: uno sguardo d'insieme alle disposizioni penali del "decreto sicurezza"*, in «Dir. pen. e proc.», 2019, 1, pp. 15 ss.

generale quale quella dei motivi umanitari di più ampia discrezionalità<sup>18</sup>.

Il termine per il trattenimento nei Centri per il rimpatrio viene elevato a 180 giorni, riproponendo seri problemi sulla natura stessa del trattenimento, ritenuto dalla dottrina penalistica una vera e propria forma di detenzione in una fattispecie ove non è normativamente definito il presupposto della privazione della libertà<sup>19</sup>. Ed è ancora più grave che la legge (art. 10-ter T.U.) configuri il trattenimento nei punti di crisi per la prima identificazione (*hotspot*) come un limite alla circolazione, invece di considerarlo una forma di detenzione degli stranieri “senza che una legge predetermini i casi e i modi della restrizione della loro libertà, e in assenza di un controllo giurisdizionale o della possibilità di consultarsi con un difensore”<sup>20</sup>.

L'ampliamento della detenzione amministrativa è stato oggetto di critiche della giurisprudenza CEDU come nel noto caso *Khlaifia*<sup>21</sup>, nonché della stessa Corte costituzionale che già nella sentenza 105/2001 aveva sostenuto che il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza è “misura incidente sulla libertà personale”, perché configura una situazione di “assoggettamento fisico all'altrui potere”.

La situazione si aggrava ora per la significativa limitazione dei controlli giurisdizionali in materia di trattenimento, tanto più ove, al di fuori di ogni regola, si proceda a fermare gli stranieri sulle navi nelle acque territoriali interne senza la possibilità di essere ospitati a terra, come nel caso della nave *Diciotti*<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> A. Algostino, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto-legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*, in «Costituzionalismo.it», 2, 2018, pp. 165 ss.

<sup>19</sup> M. Daniele, *Il volto sbiadito dell'habeas corpus nella privazione della libertà personale*, in «Cass. pen.», 1, 2019, pp. 422 ss., osserva che proprio nel caso di trattenimento in vista dell'espulsione non vi è nessuna chiara individuazione della norma che consentirebbe una così grave violazione della libertà personale, configurandosi così una illecita detenzione amministrativa.

<sup>20</sup> Ivi, p. 430.

<sup>21</sup> Per i trattamenti dei migranti non aventi una base legale: Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*.

<sup>22</sup> L. Montanari, *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri*, in Miedico, Romeo (a cura di), *Italia, Europa: i diritti fondamentali e la rotta*

Il decreto contiene ulteriori profonde modifiche anche in materia di protezione internazionale. Gli SPRAR, ora SIPROIMI – Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati – non possono ospitare più i “richiedenti asilo” come prima previsto, ma solo coloro che hanno già ottenuto tale riconoscimento, rendendo ancora più precaria la situazione dei richiedenti asilo, ora ospitati nei centri di prima accoglienza. Così facendo si colpisce la migliore soluzione fino ad ora adottata per una effettiva integrazione, visto che gli ex SPRAR – creati d’intesa con le amministrazioni locali con un numero limitato di persone ospitate – hanno realmente favorito l’integrazione sociale sia come inserimento personale del migrante nel nuovo contesto di residenza sia in termini di coesione sociale tra i soggetti istituzionali coinvolti<sup>23</sup>.

L’art. 13 del d.l. 113/2018 prevede altresì la modifica dell’art. 4 del d.lgs. n. 142/2015, inserendo il comma 1-*bis*, secondo cui il permesso di soggiorno ottenuto dai richiedenti asilo “non costituisce titolo per l’iscrizione anagrafica ai sensi del d.p.r. n. 223/1989 e dell’art. 6, c. 7, d.lgs n. 286/1998”.

Tale disposizione conferma la volontà del legislatore di rendere sempre più precaria la posizione dei richiedenti protezione, espulsi dagli ex SPRAR e senza iscrizione all’anagrafe con tutti i limiti all’esercizio di diritti che la mancata iscrizione comporta<sup>24</sup>. È vero che, non potendo negare diritti fonamen-

*dei migranti*, cit., pp. 63 ss.; P. Oddi, *La tutela giurisdizionale dei migranti e il ruolo dell’avvocato ‘immigrazionista’*, ivi, pp. 116 ss.

<sup>23</sup> Secondo D. Ferretti, *Il welfare locale alla prova delle migrazioni. Un’analisi dei progetti Sprar nelle città medie italiane*, in «Aut. loc. serv. soc.», 2017, 1, p. 105, “si è in presenza di processi che determinano sia l’incontro tra la cittadinanza e l’Altro – in modo da «mostrarci la comunanza, da cui nasce la differenza» (Donati, *Oltre il multiculturalismo*, 2008, XII) – sia percorsi di *welfare* locale incentrati sulla attivazione della comunità locale e dei soggetti destinatari degli interventi, sulla promozione della solidarietà e della fiducia reciproca, in un generale quadro teso al rafforzamento dei legami sociali sul territorio, all’aumento della vivibilità del contesto locale, al rafforzamento del senso di sicurezza della popolazione residente e alla mitigazione di atteggiamenti antagonistici”.

<sup>24</sup> F. Guella, *Sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e disposizioni in materia di iscrizione anagrafica nel c.d. Decreto Sicurezza*, in «AIC, Osservatorio costituzionale», 1-2, 2019, pp. 48 ss.; M. Collevocchio, *Comuni ed immigrazione: prime riflessioni e criticità applicative del “Decreto sicurezza” per gli enti locali*, in «Federalismi», 6 febbraio 2019.



tali a qualsiasi straniero presente sul territorio nazionale al di là del suo *status* – come affermato da plurime sentenze della Corte costituzionale (vedi *infra*) – si prevede che il prefetto fissi un luogo di domicilio per i richiedenti asilo. Tuttavia, tale artificiosa soluzione non risolve un problema creato dallo stesso legislatore con la modifica dei diritti dei richiedenti asilo. Infatti, se il domicilio è sufficiente per alcuni diritti fondamentali quali salute ed istruzione, la residenza anagrafica consente di accedere a tutti gli altri servizi soprattutto di livello locale, quale, ad esempio, il trasporto pubblico.

Infine, viene introdotta la possibilità di revocare la cittadinanza attribuita agli stranieri nel caso di compimento di alcuni reati: si tratta di un'aberrazione normativa che differenzia coloro che nascono cittadini dagli stranieri che hanno ottenuto la cittadinanza; una misura discriminatoria ed incostituzionale per violazione del principio di eguaglianza<sup>25</sup>, nonché per contrasto con l'art. 22 Cost., secondo cui non si può essere privati della cittadinanza per motivi politici<sup>26</sup>.

#### 8. *Il riconoscimento dei diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*

Le pronunce della Corte costituzionale e delle Corti di merito indicano chiaramente quali siano i diritti dei migranti<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto-legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza*, cit., p. 198; A. Mitrotti, *Il rovesciamento di prospettiva sulla misura di revoca della cittadinanza nel 'dibattuto' Decreto sicurezza 'Salvini'*, in «AIC, Oss. cost.», 2019, 1-2, pp. 65 ss.

<sup>26</sup> Morelli, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, cit., p. 543.

<sup>27</sup> Interlandi, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, cit., p. 180, non esita ad affermare che «il diritto degli immigrati sembra collocarsi al di fuori del perimetro di legalità costituzionale» che la giurisprudenza costituzionale e comunitaria «hanno provato a "recuperare" attraverso una rilettura in chiave sistematica delle norme di protezione dei diritti fondamentali». Tutto questo è avvenuto «individuando nell'obbligo di ponderazione e di bilanciamento degli interessi in gioco il criterio di riferimento per l'applicazione da parte dell'autorità competente delle prescrizioni restrittive della libertà degli stranieri».

Sono numerose le decisioni della Corte che stabiliscono la tutela dei diritti fondamentali dei migranti qualunque sia il loro *status*, fissando il principio secondo cui non si possono discriminare gli stranieri introducendo per loro limitazioni dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti ai cittadini<sup>28</sup>.

È consolidata, ad esempio, la tutela della salute, in quanto sussiste nel nostro ordinamento «un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana», indipendentemente dalla posizione degli stranieri «rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato», seppure è possibile, con un criterio di proporzionalità, esercitare tale diritto con modalità differenti<sup>29</sup>. Nel caso in cui una ragazza indiana, affetta da epilessia, non era in grado di firmare il giuramento di fedeltà alla Costituzione per ottenere il decreto di concessione della cittadinanza, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 della l. 91/1992, «nella parte in cui non esonera dal giuramento il disabile incapace»<sup>30</sup>. E la Cassazione impedisce l'espulsione di un disabile, sostenendo che la tutela della salute e della disabilità rientra tra le cause impeditive dell'espulsione, anche se non espressamente previste nell'art. 19 del Testo unico sull'immigrazione, poiché i diritti fondamentali prevalgono sulla lettera della legge<sup>31</sup>.

Più articolata è invece la giurisprudenza costituzionale quando si tratta di valutare se la residenza abbia sostituito la cittadinanza formale come titolo di legittimazione per esigere diritti ed essere obbligato ai doveri civici.

Attribuiscono gli stessi diritti di partecipazione politica quelle sentenze in cui la Corte costituzionale estende anche ai non citta-

<sup>28</sup> Così esplicitamente, Corte cost., sent. n. 306/2008; in tal senso, tra le tante: sentt. nn. 156/2006; 50/2008; 134/2010; 299/2010; 61/2011; 2/2013.

<sup>29</sup> Corte cost., sent. n. 252/2001.

<sup>30</sup> A. Randazzo, *Disabilità e acquisto della cittadinanza. Prime notazioni a margine della sent. n. 258 del 2017 della Corte costituzionale*, in «AIC, Oss. cost.», 1-2, 2019, pp. 114 ss.

<sup>31</sup> M. Di Lello Finuoli, *Espulsione dello straniero: la Cassazione difende il "nucleo irriducibile" del diritto alla salute del disabile*, Nota a Cass pen., sez. I, 26 maggio 2017, n. 38041, in «Riv. it. med. leg.», 4, 2017, pp. 1557 ss. Una esplicita disposizione in tal senso è stata ora introdotta dal d.l. 113/2018, secondo cui non è consentita l'espulsione dello straniero che versi in condizioni di salute di particolare gravità (art. 19, c. 2, lett. d-bis).

dini la possibilità di effettuare il servizio militare come normativamente previsto per gli apolidi<sup>32</sup> o di svolgere il servizio civile nazionale<sup>33</sup>, sul presupposto di un'interessante interpretazione dell'art. 2 Cost. secondo cui la solidarietà sociale, comprensiva di diritti e doveri, non distingue tra cittadini e stranieri.

Il criterio della residenza, per un verso sostiene le ragioni dei non cittadini, per altro viene utilizzato invece come strumento per limitare diritti degli stranieri, quando l'acquisizione di benefici venga legato a lunghi periodi di residenza nel territorio nazionale o regionale<sup>34</sup>.

In questi casi, la Corte costituzionale, in un'esegesi molto più complessa, utilizza il criterio di proporzionalità per valutare la legittimità delle leggi statali o regionali, considerando – ferma la tutela dei diritti fondamentali – se alcune prestazioni ulteriori fornite dalle pubbliche amministrazioni possano essere attribuite solo ai cittadini in senso formale.

Viene, ad esempio, dichiarato incostituzionale per mancanza di ragionevolezza il d.l. 112/2008 che prevede – come requisito per beneficiare dei contributi integrativi nella ripartizione del Fondo nazionale per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione – di avere un certificato storico di residenza da almeno dieci anni nel territorio nazionale o da almeno cinque anni nella medesima regione<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Per la Corte costituzionale, sent. n. 172/1999, anche i non cittadini sono «parti di una comunità di diritti la partecipazione alla quale ben può giustificare la sottoposizione a doveri funzionali alla sua difesa. Tale comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza».

<sup>33</sup> Corte cost., sent. 119/2015 secondo cui impedire agli stranieri di concorrere a realizzare progetti di utilità sociale a favore del bene comune sarebbe «un'ingiustificata limitazione al pieno sviluppo della persona e all'integrazione nella comunità di accoglienza».

<sup>34</sup> Non è qui il luogo per ricordare che il criterio della residenza è anche stato utilizzato come strumento di discriminazione tra gli stessi cittadini italiani.

<sup>35</sup> Sent. 166/2018. Sul punto: F. Bilancia, *La reciproca interferenza tra diritto di residenza e fruizione delle prestazioni sociali in relazione alla libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini stranieri*, nota a Corte costituzionale, 20 luglio 2018, n.166,

In due contemporanee sentenze la Corte pronuncia l'illegittimità costituzionale di due leggi regionali, ma con diverse ed articolate motivazioni<sup>36</sup>.

La sentenza n. 106 del 2018 giudica incostituzionale la legge regionale ligure per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica perché è ritenuto irragionevole prevedere una residenza di dieci anni sull'intero territorio nazionale come requisito di partecipazione.

La legge regionale veneta che prevede come fattore preferenziale per l'iscrizione agli asili nido la residenza nella Regione o lo svolgimento di attività lavorativa per almeno quindici anni viene ritenuta incostituzionale nella sentenza della Corte costituzionale n. 107/2018, sul presupposto che i diritti fondamentali della persona vanno tutelati indipendentemente dal tempo di residenza in una Regione. Non si esclude, in via di principio, che le Regioni possano differenziare la platea dei beneficiari ove assegnino contributi o benefici aggiuntivi, migliorativi dei livelli essenziali di prestazioni, ma, nel caso specifico degli asili nido, "il titolo di precedenza previsto dalla norma impugnata è contrario sia alla funzione sociale degli asili nido sia alla "vocazione universalistica" dei servizi sociali". Anche perché la funzione educativa degli asili nido prescinde dalla presenza pluriennale sul medesimo territorio, essendo eguale il bisogno educativo dei minori<sup>37</sup>.

Sulle prestazioni sociali per le prestazioni primarie, la Corte mantiene ferma la sua giurisprudenza sull'eguaglianza sostan-

in «Giur. cost.», 4, 2018, pp. 1742 ss.

<sup>36</sup> Sul punto: M. Gorlani, *La Corte non cede a suggestioni "sovraniste" delle Regioni e conferma la vocazione universalistica dei servizi sociali*, nota a Corte costituzionale, 25 maggio 2018, n. 107, in «Giur. cost.», 3, 2018, pp. 1207 ss.

<sup>37</sup> Afferma significativamente la Corte costituzionale che "la configurazione della residenza (o dell'occupazione) protratta come titolo di precedenza per l'accesso agli asili nido, anche per le famiglie economicamente deboli, si pone in frontale contrasto con la vocazione sociale di tali asili. Il relativo servizio risponde direttamente alla finalità di uguaglianza sostanziale fissata dall'art. 3, secondo comma, Cost., in quanto consente ai genitori (in particolare alle madri) privi di adeguati mezzi economici di svolgere un'attività lavorativa; il servizio, pertanto, elimina un ostacolo che limita l'uguaglianza sostanziale e la libertà dei genitori e impedisce il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione dei genitori stessi alla vita economica e sociale del Paese".

ziale che prevede azioni positive per chi è in condizioni di disagio, senza differenze tra straniero e cittadino. Cosicché il criterio della residenza potrebbe essere utilizzato in maniera proporzionata per misure di sostegno eccedenti i livelli essenziali di prestazione, ma sempre escluso ove siano in gioco diritti fondamentali o prestazioni essenziali<sup>38</sup>.

### 9. *L'organizzazione dell'accoglienza per l'effettiva tutela dei diritti*

Dal quadro normativo e di fatto rappresentato si coglie una netta discrasia tra diritti enunciati e la loro effettiva realizzazione, con una sostanziale confusione tra prima e seconda accoglienza, in strutture organizzative finanche prive di regolazione giuridica come gli *hotspot* o regolati in maniera incongruente come i centri per il rimpatrio.

Il quadro dei luoghi di accoglienza è ancora oggi stratificato e confuso, sempre oggetto di modificazioni. Ai Centri per il rimpatrio (CPR) devono aggiungersi i Centri di prima accoglienza per i minori (CPA), i Centri di primo soccorso e di accoglienza (CPSA), i Centri di accoglienza per i richiedenti asilo (CARA).

L'originaria idea di fondo dell'organizzazione dell'accoglienza si realizzava su due livelli: prima accoglienza immediata negli attuali *hotspot* e nei centri di prima accoglienza; un secondo livello negli SPRAR per i richiedenti asilo e nei Centri di accoglienza straordinaria, istituiti come prima accoglienza ma di fatto diventati centri di lunga permanenza.

<sup>38</sup> Secondo Panzera, *Immigrazione e diritti nello Stato regionale. Spunti di riflessione*, cit., p. 177, è necessario “distinguere, in ogni analisi del tema, anzitutto fra diritti fondamentali e altri diritti e, in subordine, fra prestazioni essenziali e prestazioni ulteriori relative agli stessi”. Osserva Gorlani, *La Corte non cede a suggestioni “sovrane” delle Regioni e conferma la vocazione universalistica dei servizi sociali*, cit., p. 1214, che l'attuale situazione manifesta “pulsioni antitetiche” tra processi di globalizzazione che superino i criteri tradizionali della cittadinanza e la paura di perdere l'identità propria di ogni singola collettività, che spinge lo Stato e gli enti territoriali a politiche di favore per i propri cittadini, che possono trasformarsi in pratiche discriminatorie tra stranieri e cittadini ma finanche tra cittadini appartenenti a Regioni diverse.

Secondo i dati attuali, imprecisi e sempre mutevoli, i centri regionali per il rimpatrio (CPR ex CIE) sono in numero di cinque (Torino, Roma, Bari, Brindisi, Potenza), a cui vanno aggiunti i cinque centri *hotspot* (Lampedusa, Taranto, Pozzallo, Messina, Trapani attivo fino a settembre 2018), i quindici centri di accoglienza per i richiedenti asilo e gli 875 SPRAR<sup>39</sup>.

È evidente che si tratti di una situazione senza effettivi controlli, oggetto di pratiche che non trovano riscontri nelle norme. Basti pensare al c.d. respingimento differito ai sensi dell'art. 10, c. 2 T.U. Secondo il Garante nazionale delle persone detenute e private della libertà personale, tale forma di respingimento viene di fatto applicata per i naufraghi che, non avendo chiesto la protezione internazionale e non trovandosi nelle condizioni protette dal divieto di espulsione, vengono foto-segnalati negli *hotspot* e considerati automaticamente immigrati irregolari da espellere<sup>40</sup>.

Ancora più grave per uno Stato di diritto era la mancanza di una verifica giudiziale dei rimpatri forzati su disposizione delle autorità di pubblica sicurezza. La questione era stata oggetto della sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale, secondo cui non si ha limitazione della libertà personale quando il respingimento avviene solo con un ordine del questore, mentre si ha tale limitazione se vi sia un accompagnamento forzato: in questo secondo caso si pone una questione di conformità all'art. 13 Cost.<sup>41</sup>. Per questo la Corte invitava il legislatore ad intervenire “sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera”. Ed in effetti, su questo punto, la legge

<sup>39</sup> I dati, oggetto di continue modifiche, sono tratti dalla *Relazione* 2019 al Parlamento del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, in <<http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it>>. Secondo l'elaborazione dei dati del Ministero dell'Interno fatta dal Garante, il numero dei migranti negli *hotspot* è stato di 65.295 nel 2016, 40.534 nel 2017, 13.777 nel 2018; i tempi medi di permanenza nei centri per il rimpatrio vanno dai 7 ai 56 giorni; i rimpatri sono stati 5.817 nel 2016, 6.514 nel 2017, 6398 nel 2018.

<sup>40</sup> Nella citata relazione (p. 40), il Garante rileva che con il d.l. 113/2018 “è risultata ampliata la mappa dei luoghi di possibile privazione della libertà personale per le persone migranti irregolari”.

<sup>41</sup> Come già nelle sentenze n. 105 del 2001 e n. 222 del 2004, richiamate in sentenza.

di conversione del d.l. 113/2018 ha previsto che sempre vi sia un controllo giurisdizionale.

Le politiche sull'immigrazione – come tutte quelle che richiedono interventi volti all'eguaglianza sostanziale – necessitano di strutture e risorse per l'effettiva realizzazione dei diritti enunciati<sup>42</sup>. Invero nessuno può scegliere in quale Paese nascere, in quale città, in quale famiglia, in quale stato di salute<sup>43</sup>, perciò le politiche attive sull'immigrazione realizzano il principio costituzionale dell'eguaglianza nelle diversità<sup>44</sup>, a garanzia dei diritti fondamentali della persona.

### *Appendice*

Nelle more della pubblicazione del presente lavoro, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 194/2019, ha ritenuto inammissibili i ricorsi proposti dalle Regioni Umbria, Emilia Romagna, Marche, Toscana e Calabria avverso il d.l. 113/2018, poiché, essendo la materia dell'immigrazione di competenza legislativa esclusiva dello Stato, i ricorsi delle Regioni – per essere ammissibili -avrebbero dovuto evidenziare violazioni di attribuzioni regionali costituzionalmente garantite. Tuttavia, la Corte ha rilevato che le norme impugnate potrebbero essere oggetto di ulteriori valutazioni di legittimità costituzionale a

<sup>42</sup> Nota Gorlani, *La Corte non cede a suggestioni "sovraniste" delle Regioni e conferma la vocazione universalistica dei servizi sociali*, cit., p. 1215, che il tentativo di gestire processi globali con misure restrittive non solo è contrario alla Costituzione, ma si rivela inefficiente, poiché soggetti bisognosi come i migranti, che affrontano viaggi verso l'Europa in condizioni disumane non possono certo essere fermati con misure che riducano i loro diritti sociali, inducendoli solo a cercare altre collocazioni territoriali, come dimostra la costante sparizione di molti stranieri dai luoghi di prima accoglienza.

<sup>43</sup> Significativa la definizione di G. Zincone, *Immigrazione e cittadinanza: questioni di uguaglianza*, in <fondazionegorrieri.it>, secondo cui «l'emigrazione si può, in ultima analisi, considerare come un coraggioso tentativo di raddrizzare quel tiro mancino, una ribellione contro la scelta arbitraria della cicogna».

<sup>44</sup> Al principio costituzionale ben si adatta la riflessione di un noto "migrante" come M. Buber, *Il cammino dell'uomo*, Magnano (BI), Ed. Qiqajon, 1990, p. 28, secondo cui «è la diversità degli uomini, la differenziazione delle loro qualità e delle loro tendenze che costituisce la grande risorsa del genere umano».

seguito di ricorso in via incidentale, sotto il profilo del rispetto degli obblighi costituzionali ed internazionali.

È stato altresì approvato il d.l. 14 giugno 2019, n. 53 (c. d. decreto sicurezza *bis*) convertito con modificazioni dalla l. 8 agosto 2019, n. 77, che, per quanto interessa in questa sede, attribuisce al Ministro dell'Interno, di concerto con i Ministri della Difesa e delle Infrastrutture, il potere di limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale per motivi di ordine pubblico. Per l'inosservanza del divieto viene introdotta una sanzione da centocinquantamila ad un milione di euro per il comandante della nave, con responsabilità solidale dell'armatore; la nave viene sottoposta a sequestro cautelare per la confisca. Nel promulgare questa legge, il Presidente della Repubblica ha inviato una lettera al Presidente del Consiglio ed ai Presidenti di Camera e Senato, segnalando, ai sensi della giurisprudenza costituzionale, l'irragionevole misura delle sanzioni previste e ribadendo la necessità di rispettare le norme del diritto internazionale relative alla salvaguardia prioritaria delle persone in stato di emergenza.



Chiara Feliziani

Giustizia amministrativa e immigrazione.  
A proposito di alcuni nodi irrisolti\*

SOMMARIO: 1. Il fenomeno migratorio come «emergenza» del nostro tempo e come oggetto di indagine da parte del diritto amministrativo – 2. Giustizia amministrativa ed immigrazione: il nodo del riparto di giurisdizione – 3. Il nodo dell'accesso alla giustizia – 4. Il nodo dei “confini” del sindacato del giudice amministrativo – 5. Quale tutela giurisdizionale per il migrante in Italia?

1. *Il fenomeno migratorio come «emergenza» del nostro tempo e come oggetto di indagine da parte del diritto amministrativo*

Tra le grandi «emergenze»<sup>1</sup> del nostro tempo figura certamente, oltre a quella ambientale<sup>2</sup>, quella migratoria<sup>3</sup>. Ciò è

\* Il presente contributo è stato pubblicato anche sulla *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019, 2, pp. 267 ss.

<sup>1</sup> In tema di “emergenza” e diritto amministrativo, si v. innanzitutto R. Cavallo Perin, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori estranei all'amministrazione pubblica*, in «Dir. amm.», 2005, 4, pp. 777 ss.

<sup>2</sup> Tra coloro che di recente hanno sottolineato il preoccupante stato in cui versa l'ambiente e l'urgenza di azioni tese alla sua salvaguardia Papa Francesco, *Lettera Enciclica Laudato si' del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune*, Città del Vaticano, Libreria editrice vaticana, 2015. Per un commento dell'enciclica, tra gli altri, G. Pellegrino, “*Laudato Si'*”: la rilevanza politica e le tensioni teoriche di un'enciclica, in «Il mulino», 2015, pp. 936 ss.

Più in generale, sul tema della tutela ambientale nella prospettiva del diritto amministrativo si v. innanzitutto R. Ferrara, M. A. Sandulli (a cura di), *Trattato di Diritto dell'ambiente*, 3 vol., Milano, Giuffrè, 2014, nonché più di recente A. Crosetti e a., *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, Laterza, 2018; F. de Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in «Dir. amm.», 2017, 1, pp. 163 ss.; F. Fracchia, *Environmental Law. Principles, Definitions and Protection Models*, II ed., Napoli, Ed. scientifica, 2018.

<sup>3</sup> Ha parlato espressamente di “emergenza” C. Favilli, *L'Unione europea e la difficile attuazione del principio di solidarietà nella gestione dell'“emergenza” immi-*

tanto vero che – *mutatis mutandis* – entrambe sono state annoverate da un autorevole studioso nel catalogo delle “paure” dell’odierna società<sup>4</sup>.

Il fenomeno dell’immigrazione, in particolare, da alcuni anni a questa parte ha (ri)assunto<sup>5</sup> proporzioni tanto considerevoli da meritare di essere posto al centro delle agende politiche non solo dei singoli Stati, ed in specie di quelli c.d. di prima accoglienza<sup>6</sup>,

grazione, in «Quad. cost.», 2015, 3, pp. 785 ss. Ancor più di recente ha parlato di “crisi” M. Savino, *L'Italia, l'Unione europea e la crisi migratoria*, in «Il mulino», 2, 2017, pp. 273 ss.

<sup>4</sup> Il riferimento è a Z. Bauman, *Paura liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

<sup>5</sup> Con tale espressione si vuol significare che – come la storia ci insegna – il fenomeno delle migrazioni non è certo una novità dei nostri giorni. *Amplius* sul punto M. Colucci, M. Sanfilippo, *Le migrazioni. Un'introduzione storica*, Roma, Carocci, 2009 e M. Livi Bacci, *In cammino. Breve storia delle migrazioni*, Bologna, il Mulino, 2010, nonché G.F. Ferrari, *Relazione conclusiva*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, Jovene, 2009, pp. 461 ss.

<sup>6</sup> Per Stato di prima accoglienza si intende il Paese di primo ingresso del migrante. Su questo tema, peraltro, si v. la recente deliberazione della Corte dei conti, *La “prima accoglienza” degli immigrati: gestione del fondo nazionale per le politiche e i servizi dell’asilo ed interventi connessi al periodo 2013-2016*, del 7 marzo 2018, consultabile al seguente indirizzo: <[http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/\\_documenti/controllo/sez\\_centrale\\_controllo\\_amm\\_stato/2018/delibera\\_3\\_2018\\_g.pdf](http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/sez_centrale_controllo_amm_stato/2018/delibera_3_2018_g.pdf)>.

ma anche delle istituzioni europee<sup>7</sup> e, non ultimo, delle organizzazioni internazionali<sup>8</sup>.

Al contempo, lo stesso – in ragione tanto del rilievo acquisito, quanto delle sue caratteristiche intrinseche – rappresenta oggetto di indagine da plurime angolazioni e da parte di molteplici scienze<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Al riguardo, si ricorda come perno della politica europea in materia di immigrazione sia rappresentato dagli artt. 79 e 80 del TFUE. Sulla base di tali articoli le istituzioni europee negli ultimi anni hanno adottato un fiorente numero di provvedimenti. Tra questi, meritano senz'altro di essere ricordate la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011, 2011/98/UE, relativa alla *procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di Paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di Paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro*; Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, 2014/36/UE, *sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali*; Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016, 2016/801/UE, *relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi e collocamento alla pari*. E, ancora, si v. la Comunicazione della Commissione del 16 dicembre 2014, recante *Un'Europa aperta e sicura: come realizzarla* – COM (2014) 154 nonché l'*Agenda europea sulla immigrazione* varata dalla Commissione il 13 maggio 2015 e la *Relazione* del 16 maggio 2018 sullo stato di attuazione di detta Agenda. In dottrina, con riguardo al tema della libera circolazione delle persone e della politica in materia migratoria si v., in particolare, R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, II ed., Torino, Giappichelli, 2017, pp. 529 ss.; A. Adinolfi, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in G. Strozzi (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, V ed., Torino, Giappichelli, 2017, pp. 64 ss.; Id., *La politica dell'immigrazione dopo il Trattato di Lisbona*, in «Rass. dir. pubbl. eur.», 2011, 1, pp. 13 ss.; S. Caggiano, *Scritti di diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2014; R. Schutze, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, II ed., 2018, pp. 589 ss.

<sup>8</sup> Il riferimento è innanzitutto alle Nazioni Unite. In proposito si v. ad es. il *Rapporto ONU sulle migrazioni internazionali* del 2017, a mente del quale 258 milioni di persone hanno lasciato i loro Paesi di nascita per vivere in altri Paesi (+49% rispetto al 2000). E si v. altresì il *Global Compact per l'immigrazione* firmato a Marrakech il 10 dicembre 2018 da 164 Stati (tra i quali non figura l'Italia). Si tratta di un documento di valore programmatico recante delle linee guida generali per un approccio condiviso alle politiche migratorie al fine di favorire un «approccio cooperativo per ottimizzare i benefici complessivi della migrazione, affrontare i rischi e le sfide per gli individui e le comunità nei Paesi di origine, transito e destinazione». In dottrina, v. – tra gli altri – V. Chetail, *International Law and Migration*, 2 vol., Portland, Hart Publishing, 2016.

<sup>9</sup> Ciò vale per la filosofia (v. V. Sorrentino, *Aiutarli a casa nostra. Per un'Europa della compassione*, Roma, Castelvecchi, 2018), così come per la storia (v. nota 4, retro, nonché P. Corti, *Storia delle migrazioni internazionali*, Roma-Bari, Laterza,

A queste non fa certo eccezione il diritto<sup>10</sup>, compreso ovviamente il diritto amministrativo<sup>11</sup>. Qui, in effetti, si discute da tempo e con ampiezza di argomentazioni di questioni quali – in particolare – la cittadinanza<sup>12</sup>, l'ordine pubblico<sup>13</sup> e la pubblica

2015), l'economia (v. già E. Reyneri, *Immigrazione ed economia sommersa*, in «Stato e mercato», 2, 1998, pp. 287 ss.) e finanche per la medicina (v. *amplius* i documenti informativi pubblicati dalla SIMM – Società italiana di medicina delle migrazioni, <www.simmweb.it>).

<sup>10</sup> Tanto, come prevedibile, il diritto costituzionale (v. F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillaci (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Napoli, Jovene, 2011), europeo (v., ad es., F. Cherubini (a cura di), *Le migrazioni in Europa: UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Bordeaux, 2015 e C. Favilli, *La politica dell'Unione in materia di immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, in «Quad. cost.», 2, 2018, pp. 361 ss.) ed internazionale (v. il recentissimo volume di B. Terminski, *Economic migrants in International Law and Policy. Selected Issues and Challenges*, Berlino, Logos, 2018), quanto anche il diritto del lavoro (v. W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli, 2013) e il diritto penale (v. M. Gambardella, *Disapplicazione o abolitio criminis per i reati in materia penale che contrastano con la direttiva "rimpatri"?*, in «Cass. pen.», 2012, 4, 1230b).

<sup>11</sup> Salvo i riferimenti riportati *infra*, sia qui sufficiente ricordare i contributi di F. Francario, *Pubblica amministrazione e multiculturalismo*, in «Corr. merito», 7, 2012, p. 643; S. Mirate, *Gestione dei flussi migratori e responsabilità statali: riflessioni problematiche tra normativa interna, prassi amministrativa e giurisprudenza Cedu*, in «Resp. civ. prev.», 2, 2017, p. 431, nonché i lavori monografici di M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilianti, apolidi*, Napoli, Jovene, 2016 e di M. Savino, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012.

<sup>12</sup> M. Mazzamuto, *Il civis temporarius e il diritto amministrativo nell'ordinamento multilivello*, in S. D'Acuto, A. De Siano, V. Nuzzo (a cura di), *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. Non specificatamente riferiti al tema dell'immigrazione, bensì al connesso e parimenti complesso tema delle trasformazioni che hanno investito il concetto di cittadinanza il volume di F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura di), *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, Milano, Giuffrè, 2005 e prima ancora, per tutti, M. Luciani, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2, 1992, p. 219. Infine, per un approccio di tipo storico al tema della cittadinanza, v. P. Costa, *Cittadinanza*, Roma-Bari, Laterza, 2005, mentre per uno di taglio filosofico L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 159.

<sup>13</sup> Sul tema specialmente C. Barbati, *La disciplina dei flussi migratori: debolezze di sistema e debolezze di contesto*, in «Dir. amm.», 4, 2008, p. 913 e M. Savino, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, cit., nonché più di recente A. De Siano, *Della condizione giuridica dello straniero: riflessioni sulla ragionevolezza del c.d. automatismo espulsivo*, in D'Acuto, De Siano, Nuzzo (a cura di), *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, cit.

sicurezza<sup>14</sup> o, ancora, l'accesso a determinati servizi da parte degli immigrati<sup>15</sup> e la tutela dei loro diritti fondamentali<sup>16</sup>.

Quantitativamente minori, invece, i contributi che si sono occupati dei profili squisitamente processuali<sup>17</sup>, vale a dire degli aspetti connessi alla tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive dei migranti – siano essi volontari (o economici)

Più in generale sul concetto di ordine pubblico si v. G. Corso, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in «Dig. disc. pubbl.», X, Torino, 1995, pp. 437 ss. e M. Mazzamuto, *Poteri di polizia e ordine pubblico*, in «Dir. amm.», 3-4, 1998, pp. 441 ss.

<sup>14</sup> In argomento, si v. innanzitutto G. Tropea, *I nuovi poteri di sindaco, questore e prefetto in materia di sicurezza urbana (dopo la legge Minniti)*, in «Federalismi.it», 1, 2017; Id., *Periferie e sicurezza urbana*, in «Nuove autonomie», 1, 2017, nonché G. Savorani (a cura di), *Pacchetto sicurezza e immigrazione clandestina. I riflessi sull'attività della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2011.

Inoltre, con riferimento ai più recenti atti normativi in materia si v. A. Conz, L. Levita (a cura di), *Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza: commento organico al D.L. 4 ottobre 2018 n. 113, conv. in L. 1 dicembre 2018 n. 132*, Roma, Dike, 2019 e A. Di Muro, L. Di Muro, *Il diritto all'immigrazione: guida aggiornata alla legge n. 132/2018: Decreto "Salvini"*, Torino, Giappichelli, 2019.

<sup>15</sup> M. Immordino, *La salute degli immigrati tra "certezza" del diritto e "incertezza della sua effettività"*, in M. Immordino, A. Celone (a cura di), *Diritto degli immigrati e diritto dell'immigrazione*, in «Nuove autonomie», 2, 2013 (numero monografico), ss. Sul tema, seppure in una prospettiva differente, si v. anche S. Sciarra, *Migrants, Citizens and "Persons" Access to Social Security Benefits According to the Italian Constitutional Court and the Court of Justice of the European Union*, in *Percorsi costituzionali*, 2, 2017, p. 531 e G. Vosa, *"Cure essenziali". Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'auto-determinazione della persona al policentrismo decisionale*, in «Dir. pubbl.», 1, 2016, pp. 721 ss.

<sup>16</sup> F. Cortese, *I diritti inviolabili dell'uomo*, in D. Florenzano, D. Borgonovo Re, F. Cortese, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza. Un'introduzione*, II ed., Torino, Giappichelli, 2015, pp. 1 ss.; M. Immordino, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in «Federalismi.it», 19, 2014, pp. 1 ss.; A. Simonati, *Politiche di genere e fenomeno migratorio: nuove sfide per il diritto amministrativo*, in «Dir. soc.», 2014, 3, p. 623 e più di recente M. Consito, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in «Dir. amm.», 2, 2017, p. 393. In generale, sul concetto di "diritto fondamentale" e sul ruolo dei pubblici poteri a fronte di tali diritti v. R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1994, spec. pp. 463 ss.

<sup>17</sup> Fanno eccezione gli ampi e interessanti lavori di A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in «Dir. proc. amm.», 3, 2017, pp. 816 ss.; Id., *La dimensione personalistica del sindacato delle decisioni amministrative in materia migratoria*, in F. Cortese, G. Pelacani (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, Ed. scientifica, 2017, pp. 491 ss. e G. Tropea, *Homo sacer? Osservazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in «Dir. amm.», 4, 2008, pp. 839 ss.

o involontari<sup>18</sup> – nei confronti di atti e provvedimenti della pubblica amministrazione<sup>19</sup>.

È proprio a questi aspetti, pertanto, che è dedicato il presente contributo, il cui obiettivo precipuo è quello di indagare il rapporto tra giustizia amministrativa ed immigrazione al fine di metterne in luce specialmente i nodi irrisolti. O, meglio, quei nodi che più di altri rischiano di tradursi in un *minus* di tutela giurisdizionale per lo straniero nel nostro Paese<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> È, questo, un distinguo pacifico in dottrina, parte della quale parla al riguardo di migranti “forzati” e di migranti “economici” o “non forzati” (L. Tria, *Stranieri, extracomunitari e apolidi. La tutela dei diritti civili e politici*, Milano, Giuffrè, 2013, spec. pp. 402 ss.). Sul punto, è bene peraltro sottolineare che alla differente terminologia si accompagna anche un diverso statuto giuridico, laddove al migrante volontario si applica essenzialmente la disciplina contenuta nel T.U. dell’immigrazione, mentre è al migrante involontario che sono riferite le disposizioni in materia di rifugiati e richiedenti asilo.

<sup>19</sup> In proposito, vale tuttavia la pena di ricordare come «le possibilità di tutela [...] [dipendano], in larga parte, dal modo con il quale quel diritto si può portare all’attenzione di un organo giurisdizionale, per ottenere una protezione rispetto ad aggressioni altrui o per conseguire un effettivo rispetto da parte di chi vi sia tenuto» (Cortese, *I diritti inviolabili dell’uomo*, cit., pp. 39 ss.). E ciò appare particolarmente vero nel tempo presente allorché «in molteplici settori della vita sociale – in materia di ambiente [...] di diritti dei migranti – di fronte alla mancanza o alla debolezza delle risposte politiche, legislative o di governo, la giurisdizione è diventata il luogo legittimamente prescelto dai cittadini per far sentire la loro voce, rendere visibili e percepibili i loro diritti e soprattutto farli valere» (L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 238 ss.).

Più in generale sul ruolo e sull’importanza della giurisdizione e del processo nell’odierna società si v. le suggestive pagine di S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1992, pp. 169 ss. e di M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto tra giurisdizione e democrazia)*, in «Pol. dir.», 3, 1998, pp. 365 ss., il quale richiama – tra gli altri – L. Mortara, *La giustizia nello Stato democratico*, in Id., *Lo Stato moderno e la giustizia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 175 ss. e S. Satta, *Il mistero del processo*, Milano, Adelphi, III ed., 1994.

<sup>20</sup> In argomento si v., ad es., A. Pugiotto, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV convegno annuale*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 333 ss. e spec. pp. 338-339, il quale, dopo essersi chiesto «in quale misura l’ordinamento garantisce un’effettiva tutela giurisdizionale all’extracomunitario, irregolare o clandestino [...]?», osserva come, nonostante «quanto alla tutela giurisdizionale non esist[a] un problema di titolarità formale per lo straniero», «il problema è, semmai, l’effettivo godimento del diritto alla tutela giurisdizionale di cui lo straniero è formalmente titolare. [...] infatti, il suo pieno esercizio talvolta è negato *de facto*, in ragione delle modalità esecutive delle misure di allontanamento, altre volte *de jure*, a causa di una disciplina legislativa omissiva o carente».

Come si avrà modo di sottolineare anche nel prosieguo del lavoro, sono molteplici infatti le questioni che imporrebbero una attenta riflessione da parte dell'interprete. Volendo esemplificare, si pensi al problema della assistenza linguistica<sup>21</sup> e, dunque, della capacità di instaurare un vero e proprio contraddittorio in sede processuale<sup>22</sup> o a quello relativo ai costi del processo e al c.d. gratuito patrocinio<sup>23</sup>.

Ciò non di meno, altri e non meno cruciali sono i profili sui quali ci si soffermerà nelle pagine che seguiranno. Vale a dire, innanzitutto quello dell'individuazione del giudice competente a conoscere della materia migratoria e, dunque, il problema del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo<sup>24</sup>. In secondo luogo si tratterà il tema, parimenti centrale, dell'accesso alla giustizia da parte del migrante, ossia della reale possibilità per quest'ultimo di portare la propria doglianza davanti ad un'autorità giurisdizionale<sup>25</sup>. Da ultimo, il lavoro

<sup>21</sup> Sul punto, seppur nella prospettiva del processo penale, v. E. Longo, *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale: profili di diritto costituzionale europeo*, in «Osservatorio sulle fonti», 2, 2015, pp. 3 ss., nonché I. Izzo, *Esigenza di "effettività" del diritto all'interprete ed alla traduzione degli atti nel procedimento penale*, in A. Di Stasi, L. Kalb (a cura di), *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico, sicurezza interna ed integrazione europea*, Napoli, Ed. scientifica, 2013.

<sup>22</sup> Sul tema contraddittorio nel processo amministrativo v. per tutti Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pp. 235 ss., nonché Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 854 ss., dove si legge espressamente che il principio del contraddittorio «esprime la posizione di eguaglianza delle parti in ordine alla possibilità di elaborazione del contenuto della sentenza».

<sup>23</sup> Busatta, *L'effettività del diritto d'accesso alla giustizia per gli stranieri*, cit., spec. pp. 453 ss.

<sup>24</sup> Su questo aspetto sia sufficiente per il momento ricordare il recente contributo di S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio italiano*, in «Dir. proc. amm.», 2, 2017, pp. 534 ss.

<sup>25</sup> In argomento, si v. ad es. L. Busatta, *L'effettività del diritto d'accesso alla giustizia per gli stranieri*, in Cortese, Pelacani (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, cit., pp. 447 ss., nonché ancora prima A. Pugiottio, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV convegno annuale*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 333 ss. e spec. p. 349, dove l'A. scrive: «sono tutti esempi di una *doxa* oramai dominante: la tutela giurisdizionale dello straniero come incombenza da eludere perché d'intralcio alle espulsioni e ai respingimenti dal territorio nazionale, autentico *arché* dell'ordinamento di polizia dell'immigrazione irregolare e clandestina. Ecco perché – prosegue l'A. – anche quando costretto ad intervenire sui meccanismi di garanzia, il legislatore ordinario si limita alla crosta della tutela giurisdizionale».

andrà ad affrontare la questione, quanto mai attuale, del tipo di sindacato esercitabile dal giudice amministrativo nei riguardi dei provvedimenti indicenti nella materia *de qua*<sup>26</sup>.

## 2. Giustizia amministrativa e immigrazione: il nodo del riparto di giurisdizione

Prendendo le mosse dalla prima delle su indicate questioni, vale a dire quella relativa al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, preme innanzitutto sottolineare come – secondo il ben noto «giuoco di specchi»<sup>27</sup> – a fronte di un'amministrazione che a vari livelli si interessa del fenomeno migratorio vi sia (o vi dovrebbe essere, *infra*) necessariamente un giudice amministrativo chiamato a conoscere dell'esercizio del potere da parte di tale amministrazione<sup>28</sup>. Dal che la considerazione – solo in parte ovvia – per cui *a fronte del* o, meglio, *parallelamente al* divampare del fenomeno migratorio e, dunque, al crescente intervento delle amministrazioni in tale ambito del vivere sociale, si è assistito anche all'incremento del contenzioso instaurato davanti al giudice amministrativo<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Per tutti, e salvo quanto si dirà più diffusamente *infra*, Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., pp. 816 ss.

<sup>27</sup> M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Napoli, Jovene, 1981, p. 24.

<sup>28</sup> In generale, sul giudice amministrativo quale giudice dell'esercizio del potere si v. A. Romano, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?*, in «Foro it.», I, 1999, p. 2487 e Id., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in «Dir. proc. amm.», 3, 2001, p. 602. Più di recente, inoltre, si v. M. Mazzamuto, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 3 ss. e A. Romano, R. Villata, *Introduzione alla terza edizione*, in Id. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2009.

<sup>29</sup> A mero titolo esemplificativo, si fa presente che nel discorso inaugurale dell'anno giudiziario 2018 il presidente del TAR Brescia sottolineava come nel 2017, delle 1205 controversie instaurate presso detto tribunale, ben 455 – vale a dire il 38% – avessero avuto ad oggetto la materia dell'immigrazione. *Ex multis*, si v. i dati riportati da Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratorio*, cit., p. 820.



E ciò nonostante si tratti di materia, quella dell'immigrazione, rispetto alla quale l'*actio finium regundorum* tra giudice ordinario e giudice amministrativo si caratterizza a tutt'oggi per una sostanziale «polverizzazione» delle sedi in cui chiedere tutela<sup>30</sup>.

Mentre infatti il giudice amministrativo ha la giurisdizione nei riguardi dei provvedimenti di diniego, mancato rinnovo e revoca del visto d'ingresso o del permesso di soggiorno<sup>31</sup> e dei provvedimenti di espulsione per motivi di ordine pubblico, sicurezza dello Stato o terrorismo<sup>32</sup>; il giudice ordinario è com-

<sup>30</sup> Così M. Ramajoli nel suo intervento nel corso del *panel Dentro i confini della giurisdizione: esiste una giustizia per gli stranieri in Italia*, convegno Icon-s Italia Unità e frammentazione dentro e oltre lo Stato, Roma, 23-24 novembre 2018. In senso conforme S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio italiano*, in «Dir. proc. amm.», 2, 2017, pp. 534 ss. e M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in «Federalismi.it», 5, 2018, pp. 1 ss. e spec. p. 4 che descrive quello vigente nel nostro Paese come un «complesso sistema della tutela giurisdizionale per i migranti».

<sup>31</sup> Il che – in teoria – dovrebbe giustificarsi sulla base di una pretesa discrezionalità della P.A. nel disporre in ordine a tali provvedimenti. Una discrezionalità che con riguardo al permesso di soggiorno emerge *ex art.* 6, c. 10, T.U.I. mentre con riguardo al visto d'ingresso si fa derivare dal riferimento al concetto di «ordine pubblico» contenuto nell'art. 4, c.3, T.U.I. In realtà, tuttavia, attenta dottrina (Savino, *La libertà degli altri*, cit., pp. 241 ss.) osserva come in tali casi detta discrezionalità assuma (o dovrebbe assumere) per lo più i contorni di una discrezionalità tecnica quand'anche non si tratti addirittura di un esempio di vera e propria attività vincolata della pubblica amministrazione.

Sul concetto di discrezionalità ed in specie sul distinguo tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, oltre ai contributi richiamati *infra*, sia qui sufficiente ricordare i fondamentali lavori di F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., spec. p. 134 ed E. Presutti, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in «Giur. it.», IV, 1910, p. 10; nonché R. Alessi, *Sul concetto di attività discrezionale della pubblica amministrazione*, in «Foro amm.», 1, 1935, p. 72; V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967; F. Bassi, *La norma interna*, Milano, Giuffrè, 1963 e M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939.

<sup>32</sup> A tali due gruppi di ipotesi, occorre poi aggiungerne un altro ancorché – come evidenziato da parte della dottrina (D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio italiano*, cit., p. 534) – lo stesso sia alquanto controverso. Il riferimento è ai respingimenti *ex art.* 10 T.U.I. Sul punto, in assenza di indicazioni legislative puntuali, si era creato un contrasto giurisprudenziale a fronte del quale il Ministero dell'Interno ha ritenuto di chiedere un parere al Consiglio di Stato. Quest'ultimo si è espresso a favore della giurisdizione amministrativa (cfr. Cons. St., I sez., 4 febbraio 2011 n. 571), salvo tuttavia essere contraddetto dalla Corte di Cassazione che con due ordinanze a Sezio-

petente a conoscere del diniego, mancato rinnovo o revoca del visto d'ingresso e del permesso di soggiorno qualora vengano in gioco esigenze di protezione umanitaria o di tutela dell'unità familiare<sup>33</sup>; di respingimenti<sup>34</sup>, espulsioni prefettizie<sup>35</sup>, convalida ed esecuzione di misure di allontanamento<sup>36</sup> e, infine, di atti o comportamenti di carattere discriminatorio<sup>37</sup>.

ni Unite del 2013 ha ritenuto sussistere la giurisdizione del giudice ordinario (cfr. C. Cass., SS. UU., 10 giugno 2013 n. 14502 e C. Cass., SS. UU., 17 giugno 2013 n. 15115). E ciò sulla base dell'assunto per cui in tali circostanze l'attività amministrativa si risolverebbe in un mero accertamento di presupposti di fatto indicati dalla legge che non implica ponderazione di interessi.

<sup>33</sup> Sul punto si v. ad es. C. Cass., SS. UU., 12 gennaio 2005 n. 383, nella quale i giudici hanno ritenuto che in un caso di tal fatta il provvedimento amministrativo costituisce atto dovuto, a fronte del quale pertanto vi sarebbe un diritto soggettivo e non un interesse legittimo.

<sup>34</sup> Al riguardo si v. il già citato parere del Cons. St., I sez., 4 febbraio 2011 n. 571 che, sulla base della natura eccezionale dell'art. 13, c. 8, T.U.I., aveva ritenuto sussistere la giurisdizione del g.a. E si vedano altresì le ordinanze delle Sezioni Unite che hanno offerto opposta soluzione (C. Cass., SS. UU., 10 giugno 2013 n. 14502 e C. Cass., SS. UU., 17 giugno 2013 n. 15115). In dottrina, per una critica, alla soluzione offerta dalla Corte di Cassazione si v., ad es., Chieppa, *Quale giudice per gli immigrati? Questioni di giurisdizione e di competenza*, cit.

In precedenza, con riguardo al ruolo del giudice ordinario nei riguardi di coloro che chiedono la protezione internazionale e, in specie, lo *status* di rifugiato, si v. M. Giachetti Fantini, *Tutela giurisdizionale e protezione internazionale degli stranieri*, in Angelini, Benvenuti, Schillaci (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, cit., pp. 115 ss.

<sup>35</sup> Ciò ai sensi dell'art. 13, c. 8., T.U.I. e secondo il rito di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 150 del 2011. Peraltro vale la pensa di sottolineare che, fino all'entrata in vigore del T.U.I., questa fattispecie veniva ricondotta alla giurisdizione del giudice amministrativo. Il cambio di passo è stato allora giustificato dalla considerazione della natura vincolata del provvedimento di espulsione (C. Cass., SS.UU., 16 ottobre 2006 n. 22217) e dalla qualificazione come diritto soggettivo della posizione giuridica dello straniero espulso (C. Cass., I sez., ord., 7 febbraio 2008 n. 2973). Nonostante si tratti di una soluzione, questa in argomento, che lascia aperti alcuni interrogativi – *in primis* quello relativo alla cognizione del g.o. su provvedimenti squisitamente amministrativi – la stessa ha ricevuto espressamente l'avallo della Consulta (C. Cost. n. 414 del 2001). In argomento, *amplius* R. Croce, *L'espulsione amministrativa dello straniero*, in Angelini, Benvenuti, Schillaci (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, cit., pp. 213 ss.

<sup>36</sup> Anche in questo caso, a fondamento della scelta di assegnare la questione alla giurisdizione del giudice ordinario vi è la natura della situazione giuridica soggettiva su cui detti provvedimenti incidono, vale a dire un diritto soggettivo qual è il diritto alla libertà personale. Sul punto, più diffusamente D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio italiano*, cit., pp. 534 ss.

<sup>37</sup> Art. 44 T.U.I., recante *Azione civile contro la discriminazione*. Ciò in quanto

Tale assetto, già a prima vista tutt'altro che lineare, fa senza alcun dubbio del migrante un (incerto) «viandante» tra le due giurisdizioni<sup>38</sup>, quella ordinaria<sup>39</sup> e quella amministrativa. Né la prassi, dal proprio canto, manca di confermare come il viaggio di andata e ritorno tra giudice amministrativo e giudice ordinario sia spesso tanto convulso ed accidentato da spiegare perché, secondo una parte della dottrina, quello della giurisdizione può essere ragionevolmente indicato come uno, se non addirittura il primo, grande nodo o – se si preferisce – problema ai fini della tutela dello straniero nel nostro Paese<sup>40</sup>.

Non è per nulla infrequente, infatti, imbattersi in vicende concrete in cui «a determinati provvedimenti amministrativi, la cui cognizione è attribuita a una giurisdizione, [facciano seguito] altri provvedimenti, che vanno invece contestati davanti a una diversa giurisdizione. Tipico è il caso del diniego di rilascio o di rinnovo (o della revoca) del permesso di soggiorno per motivi di lavoro, cui segue il provvedimento di espulsione»<sup>41</sup>.

si ritiene che in tale circostanza oggetto della controversia sia un diritto fondamentale e nello specifico quello a non essere discriminati. Peraltro parte della dottrina (Cortese, *I diritti inviolabili dell'uomo*, cit., p. 42) osserva come «questo peculiare strumento – che si ritrova, potenziato nel [...] art. 4, d.lgs. 9 luglio 2003 n. 215 – [sia] stato utilizzato anche per promuovere, dal punto di vista della tutela giurisdizionale, interessi legittimi al rango di diritti soggettivi». Significativa sul punto la vicenda relativa al c.d. *bonus bebè* previsto nel 2008 dal Comune di Brescia a beneficio dei nuovi nati, «ma a condizione che i genitori non superassero determinate soglie reddituali e che almeno uno di essi avesse la cittadinanza italiana». In proposito, più diffusamente, ancora Cortese, *I diritti inviolabili dell'uomo*, cit., pp. 42 ss., il quale ricorda come su tale vicenda e sul relativo riparto di giurisdizione si siano pronunciate anche le Sezioni Unite della Cassazione mostrando di propendere per la giurisdizione del giudice ordinario (C. Cass., SS. UU., 15 febbraio 2011 n. 3670).

<sup>38</sup> L'espressione è presa in prestito da G.D. Comporti, *Il cittadino viandante tra insidie e trabocchetti: viaggio alla ricerca di una tutela risarcitoria praticabile*, in «Dir. amm.», 3, 2009, p. 663.

<sup>39</sup> Al riguardo occorre peraltro sottolineare che il d.l. n. 13 del 2017, conv. in L. 13 aprile 2017 n. 46, c.d. *Decreto Minniti*, ha previsto la istituzione presso i Tribunali ordinari di sezioni specializzate in materia di immigrazione. In proposito, *amplius* A. De Santis, *Le novità in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti. Un'analisi critica*, in «Riv. dir. proc. civ.», 4-5, 2017, p. 1218.

<sup>40</sup> Tropea, *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, cit., pp. 881 ss.

<sup>41</sup> Al ricorrere di simile eventualità, infatti, il soggetto deve dapprima chiedere l'annullamento del provvedimento di diniego al g.a. e successivamente deve contestare davanti al g.o. il provvedimento di espulsione. Ma – si badi – «in questi casi il

Il ricorrere di simili circostanze si pone tuttavia in patente contrasto con quelle stesse esigenze di concentrazione della tutela che, proprio in un recente passato, sono state invocate a supporto di alcune tra le più significative «trasformazioni»<sup>42</sup> che hanno segnato la giustizia amministrativa nel nostro Paese<sup>43</sup>.

Anche per questo motivo, pertanto, la descritta «polverizzazione» delle sedi in cui poter (*rectius*, dover) chiedere tutela è tale da instillare nell'interprete il ragionevole dubbio che, in quel moto di incontrollata dilatazione che – specie a far data dal 1998<sup>44</sup> – ha interessato la giurisdizione esclusiva del giudice

giudice ordinario non può sindacare il provvedimento presupposto per cui il cittadino straniero, se non riesce ad ottenere tempestivamente dal giudice amministrativo una pronuncia a lui favorevole, anche cautelare, sarà costretto a lasciare il territorio italiano non potendo sperare nell'accoglimento del ricorso avverso l'espulsione [...], salva possibilità di rientro in caso di successivo esito positivo del giudizio amministrativo» (A. Chietini, *Effettività della tutela giurisdizionale del migrante dal punto di vista del giudice amministrativo*, in Cortese, Pelacani (a cura di), *Il Diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, cit., pp. 469 ss. e spec. p. 476). In giurisprudenza, ribadiscono tale limite proprio della giurisdizione del giudice ordinario, ad es. C. Cass., SS. UU., 16 ottobre 2006 n. 22217 e C. Cass., SS.UU., 5 agosto 2002 n. 11725 e, più di recente, C. Cass., VI, 13 luglio 2015 n. 14610; C. Cass., VI, 4 settembre 2013 n. 20331).

<sup>42</sup> Così già G. Berti, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 4, 1972, p. 1861 e A. Romano, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Atti del convegno celebrativo dei cento anni di giurisdizione amministrativa* – Torino 10/12 novembre 1989, Napoli, Jovene, 1996. Di recente inoltre hanno sottolineato i molti cambiamenti che hanno interessato la giustizia amministrativa S. Cassese, *Nuovi paradigmi per la giustizia amministrativa*, in P.L. Portaluri (a cura di), *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il peso delle riforme. Atti del convegno di Lecce del 16 – 17 ottobre 2015*, Napoli, ESI, 2016, pp. 3 ss. e F. Patroni Griffi, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2, 2016, pp. 115 ss.

<sup>43</sup> Il riferimento è, qui, in particolare alla questione della c.d. pregiudiziale amministrativa, rispetto alla quale si v. per tutti P. Chirulli, (voce) *Pregiudizialità amministrativa*, in «Dig. disc. pubbl.», aggiornamento, Torino, 2010, pp. 420 ss. Inoltre, per una disamina della scelta operata dal legislatore con il Codice del processo amministrativo si v. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pp. 206 ss.

<sup>44</sup> Il riferimento è chiaramente al d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80 e, in specie, ai suoi artt. 33, 34 e 35 con cui il legislatore ha disposto la devoluzione in capo al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici, edilizia ed urbanistica. In dottrina, per un commento, a tale novità legislativa si v. specialmente B. Sassani, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (artt. 33, 34 e 35 del D. lgs. n. 80 del 1998)*, in «Riv. dir. proc.», 1999, p. 1013; A. Travi, *Commento agli artt. 33, 34 e 35 del d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80*, in «Nuove leggi civ. comm.», 5-6, 1999, p. 1510; R. Villata, *Prime considerazioni sull'art. 33 del D. lgs. n. 80, in*

amministrativo<sup>45</sup>, avrebbe forse potuto trovare a buon diritto posto anche l'ipotesi dell'immigrazione o, per meglio dire, della tutela giurisdizionale del migrante<sup>46</sup>.

«Dir. proc. amm.», 2, 1999, p. 281. Successivamente, sulla stessa linea di tendenza anche la L. 21 luglio 2000 n. 205, recante *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*, con cui sono state attribuite alla giurisdizione esclusiva del g.a. anche le controversie concernenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture poste in essere da qualsiasi soggetto tenuto al rispetto della normativa europea. In argomento, v. in particolare, A. Romano, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la Legge n. 2015 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in «Dir. proc. amm.», 3, 2001, p. 602 e B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2001.

Assolutamente rilevanti sul punto sono poi le due note pronunce della Corte costituzionale intervenute nel 2004 e nel 2006, vale a dire C. cost. 6 luglio 2004 n. 204 e C. cost. 11 maggio 2006 n. 191. In dottrina, con riguardo alla prima delle citate pronunce, si v. M. A. Sandulli, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è un giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in «Riv. giur. ed.», 4, 2004, p. 1230; A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80 dopo la sentenza della Corte costituzionale 4 luglio 2004 n. 204*, in «Foro it.», I, 2004, p. 2598; R. Villata, *Leggendo la sentenza 204 della Corte costituzionale*, in «Dir. proc. amm.», 3, 2004, p. 832. Mentre, con riferimento alla sentenza del 2006 v. M.A. Sandulli, *Riparto di giurisdizione atto secondo: la Corte costituzionale fa chiarezza sugli effetti della sentenza 204 in tema di comportamenti acquisitivi*, in «Federalismi.it», 2006.

<sup>45</sup> Al riguardo, oltre ai riferimenti bibliografici indicati nella nota che precede si v. innanzitutto A. Romano, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2006, nonché G. De Giorgi Cezzi, *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, in «Dir. proc. amm.», 3, 2000, p. 696 e A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici ed evoluzione della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, Cedam, 2000. Infine, più di recente, v. A. Police, *Le forme della giurisdizione*, in F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VII ed., Torino, Giappichelli, 2017, pp. 103 ss. e A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, X ed., Torino, Giappichelli, 2012, pp. 167 ss.

<sup>46</sup> In tal modo, probabilmente, si garantirebbe davvero quanto statuito a mente dell'art. 5, c. 5, T.U.I., in base al quale «[...] allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la Pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge».

Sul punto si ricorda, peraltro, come la Consulta abbia avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 6, c. 10 e 13, c. 8, del d. lgs. n. 286 del 1998 nella parte in cui non assegnano unicamente al g.a. la cognizione circa le controversie relative al soggiorno degli stranieri in Italia. In tale occasione, tuttavia, la Corte ha ritenuto la questione manifestamente infondata, ribadendo – tra le altre cose – che «rientra nella discrezionalità del legislatore, ripartire, a seconda della tipologia e del contenuto dell'atto, la giurisdizione tra il giudice amministrativo e il giudice ordinario» (cfr. C. cost. 22 giugno 2006 n. 240 e, prima ancora, C. cost., ordinanza, 18 dicembre 2001 n. 41).

E tanto – s'intende – in ragione di principi quali quello della garanzia del diritto di difesa, nonché di quelli di effettività e del c.d. giusto processo, così come evincibili, non solo dalla Carta costituzionale<sup>47</sup> e – da ultimo – dal Codice del processo amministrativo<sup>48</sup>, ma anche dalla Carta di Nizza<sup>49</sup> e, ancora prima, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>50</sup>, oltre che

<sup>47</sup> Imprescindibile, al riguardo, il richiamo all'art. 24 Cost. così come agli artt. 111 e 113 Cost., per un commento ai quali v. S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, Cedam, 2008.

<sup>48</sup> In proposito v. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 852 ss.; F.G. Scoca, *I principi del giusto processo*, in Id. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 163 ss.; Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pp. 85 ss.

<sup>49</sup> Tramontato il "sogno" di una Costituzione europea, è infatti alla Carta di Nizza (o Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) che spetta oggi il ruolo di *bill of rights* nel contesto dell'Unione (in senso conforme, per tutti, G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2012, pp. 13 ss.). Una carta dei diritti che, peraltro, a norma del rinnovato art. 6 TUE ha oggi valore giuridico vincolante, al pari dei Trattati istitutivi dell'UE, e che pertanto si pone come fonte di diritto primario dell'Unione. Qui in punto di tutela giurisdizionale rileva specialmente l'art. 47 recante *Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*, il cui tenore letterale presenta notevoli assonanze con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo al punto tale che parte della dottrina ha osservato come, per effetto dell'art. 47 in parola, i precetti contenuti in una norma della Cedu riescano di fatto a transitare dentro gli ordinamenti nazionali secondo modi propri del diritto dell'Unione (v. M. Allena, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Ed. scientifica, 2012, p. 34, dove si legge: «sicché, in definitiva, tramite l'art. 47, c. 2, della Carta dei diritti dell'Unione europea, si può ritenere che l'art. 6 Cedu e l'interpretazione che di esso dà la Corte di Strasburgo siano già direttamente applicabili negli ordinamenti interni»). In dottrina, per un commento all'art. 47 della Carta di Nizza si v. M. D'Amico, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2001, pp. 319 ss. e D.P. Domenicucci e a., in R. Mastroianni e a. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 862 ss. Infine, sulla rilevanza della Carta di Nizza in materia di immigrazione v. C. Salzar, *"Tutto scorre": riflessioni su cittadinanza, identità e diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito*, in «Pol. dir.», 3, 2001, p. 373 e spec. pp. 387 ss.

<sup>50</sup> Qui rilevano specialmente gli artt. 6 e 13, rubricati rispettivamente *Diritto ad un processo equo* e *Diritto a un ricorso effettivo*. In proposito, e specialmente con riguardo all'influenza che tali disposizioni e l'interpretazione delle stesse offerta dalla Corte di Strasburgo hanno avuto sul sistema italiano di giustizia amministrativa, si v. M. Allena, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, cit.; F. Mangano, *Equo processo e diritto a un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in «Jus Publicum», 2011; S. Mirate, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L' "altro" diritto europeo in Italia Francia e Inghilterra*, Napoli, Jovene, 2007 e più di recente – se si vuole – C. Feliziani, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale,*

ovviamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte Edu<sup>51</sup>.

### 3. Il nodo dell'accesso alla giustizia

Orbene, se è vero che quello del riparto di giurisdizione costituisce senza alcun dubbio un problema di fondamentale importanza ai fini della tutela giurisdizionale apprestata dal nostro ordinamento giuridico nei confronti dello straniero, v'è altresì da ribadire come esso non sia certamente il solo nodo irrisolto.

Si deve infatti nuovamente sottolineare come, anche una volta individuato nel giudice amministrativo l'autorità competente a conoscere delle vicende del migrante, altre e parimenti rilevanti questioni si impongano all'attenzione dell'interprete<sup>52</sup>.

Come anticipato nelle pagine che precedono, si pensi sia alla questione avente ad oggetto la reale possibilità di accedere alla giustizia<sup>53</sup> sia a quella, del pari particolarmente dibattuta, relativa all'ampiezza del sindacato spettante al giudice amministrativo sui provvedimenti della pubblica amministrazione incidenti nella materia in discorso<sup>54</sup>.

*diritto dell'Unione europea e Cedu*, Napoli, Ed. scientifica, 2018, spec. pp. 159 ss. Più in generale, per un commento alla Cedu, si v. S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001 e S. Peers, T. Harvey, J. Kenner, A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Portland, Hart publishing, 2014.

<sup>51</sup> Sulla rilevanza della giurisprudenza di tali Corti in materia di immigrazione e sull'importanza del dialogo tra giudici sovranazionali e giudici nazionali, oltre ai riferimenti di cui *infra*, si v. A. Pajno, *Rapporti tra le Corti: diritti fondamentali ed immigrazione*, in «Federalismi.it», 21, 2017, pp. 1 ss.

<sup>52</sup> Si v., ad es., la questione dell'assistenza linguistica analizzata da Longo, *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale: profili di diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 3 ss.

<sup>53</sup> In argomento, si v. ad es. L. Busatta, *L'effettività del diritto d'accesso alla giustizia per gli stranieri*, in Cortese, Pelacani (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, cit., pp. 447 ss., nonché ancora prima A. Pugiotto, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, pp. 333 ss. e spec. p. 349.

<sup>54</sup> Per tutti, e salvo quanto si dirà più diffusamente *infra*, Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., pp. 816 ss.



Anche in riferimento a tali due aspetti da ultimo indicati, concernenti sostanzialmente l'*an* e il *quomodo* di un sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi in tema di immigrazione, deve innanzitutto osservarsi come indicazioni di fondamentale importanza possano trarsi – oltre che dalla giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>55</sup> – dalle pronunce dei giudici sovranazionali e segnatamente della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>56</sup>.

In particolare, per quel che riguarda il profilo dell'*an* del sindacato giurisdizionale, molto significativa sembra essere proprio la giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>57</sup> in tema di respingimenti<sup>58</sup> e specialmente di respingimenti in mare.

<sup>55</sup> La quale, per vero, nella materia *de qua* costituisce da sempre un importante punto di riferimento per il giudice amministrativo. Si v. ad esempio la questione del c. d. automatismo espulsivo, ossia del nesso tra condanna penale ed espulsione, laddove la Consulta, pur non negando in radice ampi margini di discrezionalità in capo al legislatore (cfr. C. Cost. 12 dicembre 2014 n. 277 o C. Cost. 15 maggio 2008 n. 148), ha talora stigmatizzato l'irragionevolezza di detto automatismo e ha suggerito ai giudici a *quibus* di seguire la strada della interpretazione costituzionalmente orientata (cfr. C. Cost. 6 luglio 2012 n. 172). In dottrina, per tutti, v. il recente contributo di M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in «Quad. cost.», 1, 2018, pp. 41 ss.

<sup>56</sup> Oltre ad Pajno, *Rapporti tra le Corti: diritti fondamentali ed immigrazione*, cit., pp. 1 ss., lo ricorda ad es. Francario, *Pubblica amministrazione e multiculturalismo*, cit., p. 644, laddove l'A. mette in evidenza il carattere transnazionale dei diritti e delle libertà fondamentali degli individui.

Più in generale, sulla rilevanza e sul valore da riconoscere alla giurisprudenza di tali Corti anche ai fini della elaborazione di principi generali del diritto si v. in particolare D. De Pretis, *I principi del diritto amministrativo europeo*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 41 ss. e spec. p. 45; D. U. Galetta, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, II ed., Milano, Giuffrè, 2018, pp. 91 ss. e spec. pp. 107 ss.; G. Tesaurò, *Manuale di diritto dell'unione europea*, a cura di P. De Pasquale, F. Ferraro, Napoli, Ed. scientifica, 2018, pp. 144 ss.

<sup>57</sup> In dottrina – oltre ai riferimenti bibliografici di cui alla nota n. 50, *retro* – con riferimento all'influenza della Cedu e della sua Corte sul sistema amministrativo italiano si v. specialmente C.E. Gallo, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani*, in «Dir. amm.», 3, 1996, pp. 499 ss. e G. Greco, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in «Riv. it. dir. pubbl. com.», 2000, 1, p. 39.

<sup>58</sup> Sul punto, vale innanzitutto la pena notare che, in assenza di una norma che preveda espressamente il divieto di respingimento (o, altrimenti detto, obbligo di *non-refoulement*), la Corte Edu ha ricavato tale divieto interpretando in chiave evolutiva l'art. 3 della Convenzione (*i.e.* divieto di tortura). Pietra miliare di tale filone



Questi ultimi, infatti, sono stati sovente ritenuti dalla Corte Edu come una attività materiale della pubblica amministrazione di fatto sottratta a qualsivoglia forma di tutela giurisdizionale<sup>59</sup>. Con ciò configurando, dunque, una violazione dell'art. 13 della Convenzione europea<sup>60</sup> laddove, invece, tale disposizione sancisce il diritto (sostanziale) ad un ricorso effettivo<sup>61</sup>. Vale a dire – come è stato in più occasioni chiarito dagli stessi giudici di Strasburgo – il diritto ad un ricorso, *rectius* ad una procedura in

giurisprudenziale è senza dubbio la pronuncia C. Edu, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ric. 14038/88 in cui i giudici di Strasburgo hanno sostenuto che la decisione del Regno Unito di autorizzare l'extradizione negli USA di un cittadino tedesco accusato di duplice omicidio violava l'art. 3 Cedu «dal momento che il giudizio in America [...] si sarebbe verosimilmente concluso con l'irrogazione della pena capitale, il che avrebbe presupposto la permanenza prolungata dell'imputato nel c.d. "corridoio della morte", da considerarsi alla stregua di un trattamento inumano e degradante». Tale divieto nel tempo ha finito via via per essere considerato assoluto da parte della Corte, come tale esente da possibili contemperamenti. Al riguardo v. specialmente C. Edu, 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, ric. 22414/93.

Per quel che riguarda lo Stato italiano, una pronuncia molto rilevante è C. Edu, 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, ric. 37201/06, per un commento alla quale v. Giannelli, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Riv. dir. int.», 2, 2011, pp. 449 ss. Parimenti, grande attenzione ha poi suscitato la sentenza C. Edu 19 gennaio 2010, *Hussun et a. c. Italia*, ric. nn. 10171/05, 10601/05, 11593/05, 17165/05, in ordine alla quale v. C. Favilli, *Prime riflessioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti umani sui respingimenti da Lampedusa del 2005*, in «asgi.it», 2010.

In argomento, si v. più diffusamente A. Lanciotti, D. Vitiello, *L'art. 3 della Cedu come strumento di tutela degli stranieri contro il rischio di refoulement*, in L. Cassetti (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 223 ss.

<sup>59</sup> Salvo quanto si dirà *infra*, basti qui sottolineare come tale aspetto sia ricordato – tra gli altri – da Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., pp. 816 ss. e spec. p. 817, il quale rimanda a C. Morselli, *Il «potere militare» di respingimento in mare e il «diritto mobile» sugli immigrati*, in «Dir. pen e proc.», pp. 356 ss.

<sup>60</sup> A mente del quale «ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali». In dottrina, per un commento v. Bartole, De Sena, Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 474 ss., ma che D.J. Haris *et al.* (eds.), *Law of the European Convention on Human Rights*, II ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 557 ss.

<sup>61</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a Feliziani, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale, diritto dell'Unione europea e Cedu*, cit., pp. 174 ss.

senso lato, accessibile «in pratica e in diritto»<sup>62</sup> ed «adeguata» al caso di specie<sup>63</sup>.

Sul punto, particolarmente interessante risulta essere la pronuncia resa nel 2012 dalla Grande Camera in relazione al caso *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*<sup>64</sup>.

Brevemente la vicenda all'origine della sentenza. Nel maggio del 2009 alcuni migranti, tra cui nella fattispecie undici cittadini somali e tredici cittadini eritrei, erano stati intercettati dalle autorità italiane nelle acque a largo di Lampedusa. Trasferiti dapprima sulle imbarcazioni della Guardia di Finanza e della Guardia Costiera italiana, gli stessi sono stati poi ricondotti nel porto di Tripoli<sup>65</sup>.

Nel ricorso presentato alla Corte di Strasburgo, i migranti in questione affermavano innanzitutto di essere stati riportati in territorio libico completamente ignari della loro destinazione e, dunque, di non essere stati resi edotti circa la procedura da se-

<sup>62</sup> Si v., ad es., C. edu, 24 gennaio 2003, *Yoyler c. Turchia*, ric. 26973/95 e C. Edu, 18 giugno 2002, *Orhan c. Turchia*, ric. 25656/94.

<sup>63</sup> A tal fine, la giurisprudenza di Strasburgo ha riconosciuto adeguate procedure in cui – ad esempio – sono previste misure cautelari, come nei casi C. Edu, 5 febbraio 2002, *Conka c. Belgio*, ric. 51564/99 e C. Edu, 11 luglio 2000, *Jabari c. Turchia*, ric. 40035/98.

<sup>64</sup> C. Edu, Grande camera, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, ric. n. 27765/09. La vicenda, notissima, è stata ampiamente commentata in dottrina. *Inter alia*, si v. P. Bonetti, *La decisione Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, in «Quad. cost.», 2, 2012, pp. 447 ss.; A. Giannelli, *Respingimenti di stranieri indesiderati verso la Libia e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Giur. cost.», 3, 2012, p. 2358 e A. Liguori, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in «Riv. dir. int.», 2, 2012, p. 415.

<sup>65</sup> Sul punto, occorre ricordare come si sia posto innanzitutto un problema di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della Cedu. Il Governo italiano, infatti, nelle proprie memorie difensive ha qualificato l'operazione come salvataggio in mare e ha affermato che le proprie autorità nazionali avevano un limitato livello di controllo sui ricorrenti al tempo in cui sono avvenuti i fatti. Tale argomento è stato tuttavia puntualmente rigettato dalla Corte Edu, atteso che i fatti in questione si sono svolti a bordo di imbarcazioni italiane e, dunque, in un contesto in cui i ricorrenti erano sotto il «controllo continuo ed esclusivo» delle autorità del nostro Paese (v. par. 81 della sentenza in parola). In dottrina, più diffusamente sulla questione, R. Palladino, *La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale*, in A. Di Stasi (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, Cedam, 2016, pp. 167 ss. e spec. p. 178, anche per le indicazioni bibliografiche ivi riportate.

guire per evitare il rientro in Libia. In particolare, essi sostenevano che «l'operazione di respingimento, condotta dall'Italia, fosse avvenuta in violazione dell'art. 3 Cedu [...]»<sup>66</sup>. Inoltre – dato ai nostri fini ancor più rilevante – gli stessi lamentavano che era stata «loro impedita *de facto* la presentazione della domanda di asilo in Italia, in quanto le autorità italiane non avevano proceduto né alla loro identificazione, né alla consegna di un formale provvedimento individuale di espulsione. Per tale ragione, [dunque] essi sostenevano che vi fosse stata anche una violazione dell'art. 13 Cedu e dell'art. 4, Prot. n. 4, [...]»<sup>67</sup>.

Pronunciandosi sulla questione, i giudici di Strasburgo hanno concluso nel senso che nel caso di specie lo Stato italiano ha effettivamente violato l'art. 13 Cedu. Nella motivazione della sentenza si legge, infatti, che – a giudizio della Corte – i ricorrenti sono «stati privati di ogni via di ricorso che avrebbe consentito loro di sottoporre ad una autorità competente le doglianze [...] e di ottenere un controllo attento e rigoroso delle loro richieste prima di dare esecuzione alla misura di allontanamento»<sup>68</sup>.

Più di recente, ad una soluzione non dissimile la Corte Edu è pervenuta anche nelle pronunce rese in relazione ai casi *Sharifi*<sup>69</sup> e *Khlaifia*<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> Ne riferiscono Lanciotti, Vitiello, *L'art. 3 della Cedu come strumento di tutela degli stranieri contro il rischio di refoulement*, cit., p. 240, le quali ricordano altresì come tale doglianza fosse motivata dal fatto che l'operazione di respingimento a detta dei ricorrenti «li aveva esposti al rischio di subire torture e maltrattamenti in Libia» ed inoltre dal fatto che «non vi erano garanzie che la Libia non avrebbe proceduto a respingerli a sua volta verso i Paesi di origine – Eritrea e Somalia – dove il rischio di subire torture e maltrattamenti sarebbe stato ancora più reale».

<sup>67</sup> In questi termini, Lanciotti, Vitiello, *L'art. 3 della Cedu come strumento di tutela degli stranieri contro il rischio di refoulement*, cit., p. 240.

<sup>68</sup> Par. 205 della sentenza in argomento. Nei par. che precedono, peraltro, la Corte ha avuto cura di sottolineare che «i ricorrenti non hanno avuto accesso ad alcuna procedura volta alla loro identificazione e alla verifica delle loro situazioni personali prima del loro allontanamento verso la Libia» (par. 202). Mentre, si ribadisce «l'importanza di garantire alle persone interessate da una procedura di allontanamento [...] il diritto di ottenere informazioni sufficienti per permettere loro di avere un accesso effettivo alle procedure e di sostenere i loro ricorsi» (par. 204).

<sup>69</sup> C. Edu 21 ottobre 2014, *Sharifi e a. c. Italia e Grecia*, ric. 16643/09. In dottrina, per un commento v. ad es. P. Bonetti, *Sharifi c. Italia e Grecia e Thakhel c. Svizzera: sui diritti del richiedente asilo alla protezione e a un'assistenza dignitosa*, in «Quad. cost.», 1, 2015, pp. 219 ss.

<sup>70</sup> C. Edu 1 settembre 2015, *Khlaifia e a. c. Italia*, ric. 1483/12.

Con la prima delle ricordate sentenze, i giudici di Strasburgo si sono trovati a decidere un ricorso presentato da trentadue cittadini afgiani, due cittadini sudanesi ed un cittadino eritreo, i quali sostenevano di essere arrivati clandestinamente in Italia, passando dalla Grecia, tra il mese di gennaio 2008 e il mese di febbraio 2009. A detta degli stessi, una volta giunti in territorio italiano, essi sarebbero stati respinti dalle autorità nazionali verso il Paese di transito e, per l'effetto, sarebbero stati posti nella condizione di correre concretamente il rischio di essere in un secondo momento riportati nei luoghi di rispettiva provenienza. Poiché i ricorrenti affermavano che, in caso di rientro nei Paesi di origine, sarebbero andati incontro a morte e/o tortura, gli stessi lamentavano la violazione da parte della Grecia e dell'Italia degli artt. 2 e 3 della Cedu<sup>71</sup>, nonché dell'art. 13 della Convenzione medesima dal momento che – sempre a detta dei ricorrenti – essi non avevano avuto accesso alle autorità giudiziarie nazionali per far valere le proprie ragioni<sup>72</sup>.

Dopo attenta disamina della questione, la Corte ha osservato che effettivamente «le doglianze dei ricorrenti [...] avrebbero meritato un esame sul merito dinanzi a un giudice nazionale nell'ambito di un procedimento conforme alle esigenze derivanti dall'art. 13 [Cedu]»<sup>73</sup>. Il che tuttavia non è avvenuto. Pertanto, i

<sup>71</sup> Al par. 9 della sentenza in argomento si legge: «i ricorrenti avrebbero subito violenze da parte dei poliziotti italiani, poi da parte degli equipaggi delle navi ed infine dalla polizia greca e affermano che né l'Italia né la Grecia avrebbero permesso loro di chiedere asilo». Sul punto, la dottrina ricorda come – a partire dalla sentenza resa nel caso *M.S.S. c. Belgio* – la Corte abbia preso a ribadire che «è lo Stato che procede al respingimento a dover assicurare che il paese di destinazione (nel caso di specie la Grecia) offra delle garanzie sufficienti che permettano di evitare che la persona interessata venga espulsa verso il suo paese di origine (nel caso di specie l'Afghanistan) senza un'adeguata valutazione dei rischi che essa corre. E ciò anche se si tratta di Paesi rientranti nel “sistema Dublino” dell'Unione europea, ossia anche superando la presunzione di “Paese sicuro” che è alla base del sistema stesso» (Palladino, *La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale*, cit., p. 181).

<sup>72</sup> Al par. 10 è fatto presente che «i ricorrenti non avrebbero avuto la possibilità di entrare in contatto con avvocati e interpreti. Non avrebbero ricevuto alcuna informazione sui loro diritti, come pure non avrebbero ricevuto alcun provvedimento ufficiale, scritto e tradotto, relativo al loro respingimento. Sostengono che la polizia di frontiera li ha immediatamente ricondotti sulle navi da cui erano appena sbarcati e che sono stati rinchiusi nella cabina o addirittura nelle toilette per il viaggio di ritorno verso la Grecia».

<sup>73</sup> Par. 173 della sentenza in argomento. In senso analogo vedi il successivo par. 240.

giudici di Strasburgo hanno concluso nel senso che tanto la Grecia quanto l'Italia hanno violato l'art. 13 della Convenzione europea in combinato con gli artt. 3 Cedu e 4 del Protocollo n. 4<sup>74</sup>.

Nel caso *Khlaifia*, infine, la vicenda che ha dato origine al ricorso riguardava tre cittadini tunisini intercettati a largo di Lampedusa nel settembre del 2011, i quali sostenevano che il loro trattenimento in un centro di accoglienza per migranti irregolari fosse avvenuto in spregio degli artt. 3 e 5 Cedu<sup>75</sup>. Inoltre, gli stessi lamentavano la violazione dell'art. 4 Prot. n. 4 e dell'art. 13 della Convenzione europea, sostenendo di essere stati oggetto di una espulsione collettiva e di non aver disposto, in base al diritto italiano, della possibilità di proporre un ricorso effettivo per denunciare la violazione dei loro diritti fondamentali<sup>76</sup>.

Sul punto, la Corte di Strasburgo ha tuttavia operato un interessante distinguo. Mentre, infatti, con riferimento alle discu-

<sup>74</sup> Par. 181 e 243 della pronuncia in parola. L'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione stabilisce il divieto di espulsioni collettive di stranieri. A partire dalla poc'anzi ricordata sentenza resa in occasione del caso *Hirsi Jamaa* la Corte ha offerto una interpretazione estensiva di tale disposizione al fine, sostanzialmente, di non frustrarne l'effetto utile. Interpretazione che trova conferma nella pronuncia in esame. Anche in questo caso, inoltre, così come in *Hirsi Jamaa* emerge il nesso tra art. 4 Prot. 4 e art. 13 Cedu, ossia «il legame evidente tra le espulsioni collettive di cui sono stati oggetto i ricorrenti e il fatto che sia stato concretamente impedito loro di chiedere l'asilo o di avere accesso a una qualsiasi altra procedura nazionale che soddisfi le esigenze dell'articolo 13 Cedu» (Palladino, *La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale*, cit., p. 182).

<sup>75</sup> «I ricorrenti furono sistemati in un settore del centro [di accoglienza] riservato ai tunisini adulti. I ricorrenti affermano di essere stati accolti in spazi sovraffollati e sporchi e di essere stati obbligati a dormire sul pavimento a causa della scarsità di letti disponibili e della cattiva qualità dei materassi disponibili [...]» (par. 13). E così anche nelle navi ormeggiate al porto di Palermo dove furono trasferiti pochi giorni prima del rimpatrio. Al par. 16 della sentenza in esame si legge, infatti, che «i ricorrenti affermano di aver dormito per terra e atteso varie ore per poter utilizzare le toilette. Gli interessati dichiaravano che potevano uscire sui barconi delle navi due volte al giorno soltanto per pochi minuti. Affermano di essere stati insultati e maltrattati dagli agenti di polizia che li sorvegliavano in continuazione e di non aver ricevuto alcuna informazione da parte delle autorità».

<sup>76</sup> «I ricorrenti lamentano di non avere avuto la possibilità di esporre a un'autorità italiana le condizioni degradanti alle quali erano stati sottoposti durante la loro privazione della libertà. Aggiungono che nei decreti di respingimento era indicata la possibilità di impugnarli, entro un termine di sessanta giorni, dinanzi al giudice di pace di Agrigento. Tuttavia, fanno notare che il ricorso non avrebbe sospeso l'esecuzione del rimpatrio», mentre «il carattere sospensivo di un ricorso è in questa materia una condizione per la sua effettività» (par. 260).

tibili condizioni di accoglienza i giudici hanno effettivamente riscontrato la violazione dell'art. 13 Cedu in combinato con l'art. 3 della stessa Convenzione, avendo riconosciuto che il Governo non aveva indicato alcuna possibile via di ricorso che avrebbe permesso ai ricorrenti di denunciare le condizioni in parola; con riferimento alla procedura di rimpatrio nel Paese di origine la Corte ha invece negato che fosse stato violato l'art. 13 Cedu<sup>77</sup>. E tanto sulla base della condotta processuale tenuta dai ricorrenti medesimi. In specie, nella sentenza si legge che «l'assenza di effetto sospensivo di un ricorso contro una decisione di allontanamento non è di per sé costitutiva di violazione dell'art. 13 Cedu quando, come nel caso [in parola], i ricorrenti non lamentano un rischio reale di violazione dei diritti garantiti dagli artt. 2 e 3 nei Paesi di destinazione»<sup>78</sup>.

Orbene, l'orientamento espresso dalla poc'anzi rammentata giurisprudenza della Corte Edu in tema di diritto dello straniero, ancorché irregolare, ad un ricorso (*rectius*, ad una procedura) accessibile ed adeguato sembra aver fatto breccia nell'ordinamento italiano nella misura in cui – allo stato – detto indirizzo risulta essere stato recepito per lo meno dalla Corte di cassazione.

In una ordinanza del 2015<sup>79</sup>, ad esempio, la Suprema Corte ha qualificato come una lacuna dell'ordinamento italiano la mancanza di una previsione di legge che sancisca il diritto dello straniero di partecipare alla procedura con cui le autorità nazionali dispongono il respingimento dello stesso subito dopo il suo salvataggio in mare.

Nel tentativo di colmare in via interpretativa detta lacuna, dunque, gli ermellini hanno espressamente affermato l'opportu-

<sup>77</sup> Vale tuttavia la pena rilevare che la Corte Edu in tale occasione ha operato una interpretazione estensiva del concetto di “espulsione collettiva”. A tale fine, come sottolineato da parte della dottrina, la Corte di Strasburgo ha fatto «leva sul fatto che i decreti di respingimento non contengono alcun riferimento alla situazione personale degli interessati [...]. Tutti elementi che portano a valutare l'inesistenza di garanzie sufficienti di una presa in carico reale e differenziata della situazione individuale di ciascuna delle persone interessate e, di conseguenza, la constatazione della violazione da parte dell'Italia, del divieto posto dall'art. 4, Protocollo n. 4» (Palladino, *La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale*, cit., p. 184).

<sup>78</sup> Così testualmente al par. 281 della sentenza in esame.

<sup>79</sup> C. Cass, sez. VI, ord., 25 marzo 2015 n. 5926.

nità di fare «applicazione di regole ermeneutiche pacificamente riconosciute, quali quelle dell'interpretazione conforme alle direttive europee [...] e dell'interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto delle norme interposte della Cedu, come a loro volta interpretate dalla giurisprudenza della apposita corte sovranazionale».

Per l'effetto, a giudizio della Corte il fatto che il ricorrente non avesse avuto la concreta possibilità di partecipare alla procedura volta a disporre il proprio respingimento, né quella di presentare domanda di protezione internazionale, doveva comportare *ipso facto* l'illegittimità tanto del decreto di respingimento emesso dal questore quanto del decreto di trattenimento nel centro di identificazione.

In altri termini, come osservato da attenta dottrina, nel caso di specie la Corte di cassazione ha operato una analogia *iuris*<sup>80</sup> al fine di colmare una vistosa lacuna del nostro ordinamento. Ne deriva che dal ragionamento degli ermellini ciò che emerge è, in ultima analisi, «una concezione “personalistica” dei rapporti fra individuo ed amministrazione, che permette di rivisitare anche la struttura delle norme procedurali (o d'azione) che disciplinano l'esercizio del potere pubblico»<sup>81</sup> e il cui rispetto rappresenta «una componente indispensabile dell'efficacia dell'azione amministrativa, nella parte in cui permette di stabilire – in sede procedimentale – un punto di equilibrio fra le prerogative dell'individuo e dell'autorità [...]»<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Sul concetto di analogia sia sufficiente richiamare A. Barbera, C. Fusaro, *Corso di Diritto costituzionale*, IV ed., Bologna, il Mulino, 2018, pp. 117 ss. e R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 351 ss.

<sup>81</sup> Così A. Cassatella, *La dimensione personalistica del sindacato delle decisioni amministrative in materia migratoria*, in Cortese, Pelacani (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, cit., p. 505. Ancora prima, l'A. osserva in proposito: «la strategia argomentativa utilizzata dalla Corte di Cassazione [...] mostra come la soluzione del problema debba essere individuata in una argomentazione condotta mediante principi, ossia attraverso canoni normativi dotati – nei termini già usati da Betti – di “un'eccedenza di contenuto deontologico”. Eccedenza che denota una capacità espansiva degli effetti dei principi anche nei casi non espressamente disciplinati dalla legge e – implicitamente – contro l'interesse pubblico di cui si fa garante, in concreto, l'amministrazione».

<sup>82</sup> Cassatella, *La dimensione personalistica del sindacato delle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., p. 505. Al riguardo, si v. altresì R. Ferrara, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e “funzione definitoria” della giurisprudenza*.

#### 4. Il nodo dei “confini” del sindacato del giudice amministrativo

Del pari, non meno rilevante è poi la terza delle questioni cui si accennava all’inizio di questo lavoro, ossia quella relativa al *quomodo* del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti della pubblica amministrazione in materia di immigrazione<sup>83</sup>. Vale a dire, sostanzialmente, il tema dell’ampiezza e della penetranza del sindacato esercitabile da questo giudice o, per converso, del tipo di limiti che lo stesso incontra qualora alla sua attenzione vengano portati provvedimenti – e, segnatamente, quelli del tipo di cui si diceva in precedenza<sup>84</sup> – incidenti sulla sfera giuridica soggettiva del migrante.

Il tema è antico<sup>85</sup> eppure particolarmente attuale, specie tenuto conto del fatto che oggi, nel fare ciò, il giudice amministrativo è posto anche in questo caso nella condizione di doversi confrontare con la giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>86</sup> e

za, in «Dir. amm.», 2014, 4, pp. 652 ss. e spec. p. 653, dove l’A. osserva: «la certezza delle regole passa attraverso la quotidiana attività interpretativa delle regole stesse ad opera della giurisprudenza e dei prudentes, attività che molto spesso si presenta come un vero e proprio processo di costruzione e/o di ridefinizione delle regole medesime».

<sup>83</sup> In argomento, di recente, i già ricordati lavori di Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., pp. 816 ss. e Id., *La dimensione personalistica del sindacato delle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., pp. 491 ss., nonché il contributo di Noccelli, *Il diritto dell’immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit.

<sup>84</sup> V. par. II, *retro*, a proposito del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

<sup>85</sup> Lo ricorda Consito, *Tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, cit., spec. p. 51, laddove l’A. sottolinea come nei primi anni della unificazione italiana il provvedimento di rimpatrio fosse ritenuto addirittura insindacabile da parte del giudice amministrativo in quanto inquadrato come atto politico e, dunque, «a piena discrezione del Governo». In giurisprudenza si v., ad es., Cons. St., IV, 24 novembre 1891 n. 143; Cons. St., IV, 13 giugno 1902 n. 310; Cons. St., IV, 21 ottobre 1903 n. 487.

Riflessioni sul punto sono inoltre presenti nella dottrina dell’epoca, tra cui si v. specialmente O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, in V.E. Orlando, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, p. 1020, nonché P. Esperson, *I decreti di espulsione degli stranieri e la quarta sezione del Consiglio di Stato*, in «Arch. giur.», LV, 1895, pp. 595 ss.

<sup>86</sup> Sul punto si ricorda, per tutti, il recente contributo di Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, cit., pp. 41 ss.



con gli orientamenti espressi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>87</sup>. Nonché con il legislatore europeo, il quale sempre più spesso detta alcuni importanti parametri alla luce dei quali leggere le condizioni cui è subordinata l'adozione dei provvedimenti in questione<sup>88</sup>.

Si pensi, ad esempio, al concetto di ordine pubblico, di sicurezza dello Stato o, ancora, a quello di pericolosità sociale<sup>89</sup>, i quali rivestono un'importanza pratica a dir poco cruciale ai fini

<sup>87</sup> Oltre al già ricordato contributo di Francario, *Pubblica amministrazione e multiculturalismo*, cit., p. 644, si v. anche, *inter alia*, A. Ali, *Divieto di ingresso ed espulsione dello straniero dal territorio dello Stato per motivi di terrorismo: la sicurezza nazionale nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in Cortese, Pelacani (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, cit., pp. 519 ss. e Tropea, *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, cit., pp. 873 ss., il quale con precipuo riferimento al tema delle espulsioni osserva come al tempo – vale a dire nel 2008 –, a fronte di una giurisprudenza di Lussemburgo ancora «gracile», i giudici di Strasburgo avessero già «riconosciuto una serie di diritti agli individui sottoposti ad espulsione, enucleando una serie di limiti al potere statale di allontanamento, riconducibili agli obblighi che la Convenzione pone». E, segnatamente, quelli di cui agli artt. 3, 5, 6, 8 e 13 della Cedu.

<sup>88</sup> Non può sottacersi in effetti come, dopo la c.d. «comunitarizzazione» avvenuta ad Amsterdam e il successivo consolidamento delle competenze dell'UE in materia di immigrazione (cfr. artt. 4, 79 e 80 TFUE), la legislazione europea sia oggi particolarmente ricca (per un quadro d'insieme cfr. <<http://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/152/politica-d-immigrazione>>) e come, per l'effetto, gli Stati membri – compresa, dunque, anche l'Italia – siano chiamati a dare attuazione a tale legislazione. A tal fine, peraltro, fondamentale si rivela non solo l'attività del legislatore nazionale ma, almeno in taluni casi, anche quella delle stesse amministrazioni. Si v., ad esempio, il ruolo giocato dalle amministrazioni nazionali con riguardo alla garanzia dell'ordine pubblico in ambito Europol, tema su cui *amplius* L. Saltari, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2007, spec. pp. 186 ss. Più in generale, sul tema della cooperazione amministrativa e della c.d. amministrazione indiretta, v. i saggi di L. De Lucia, *Strumenti di cooperazione per l'esecuzione del diritto europeo* e di P. Chirulli, *Amministrazioni nazionali ed esecuzione del diritto europeo*, entrambi in L. De Lucia, B. Marchetti (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, il Mulino, 2015, rispettivamente, pp. 171 ss. e 145 ss.

<sup>89</sup> Per tutti, Savino, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, cit., spec. pp. 228 ss., che osserva: «in realtà, però, lo schema legislativo è più complesso. Il possesso dei suddetti requisiti [i.e. idonea documentazione e comprovata disponibilità di mezzi economici] potrebbe non bastare allo straniero per ottenere l'autorizzazione all'ingresso, in quanto l'amministrazione deve anche verificare che il richiedente non rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato».

del rilascio, nonché del rinnovo e della revoca, di provvedimenti come il visto d'ingresso<sup>90</sup> e il permesso di soggiorno<sup>91</sup>.

Concetti, quelli poc'anzi menzionati, che – come è stato osservato – presentano nella maggior parte dei casi un grado di indeterminazione tale da lasciare ampi margini di discrezionalità in capo alla amministrazione procedente<sup>92</sup>. Il che – secondo la medesima dottrina – ha fatto sì che provvedimenti dal contenuto potenzialmente vincolato venissero invece a configurarsi il più delle volte come dei provvedimenti discrezionali<sup>93</sup>, nel senso proprio o “classico” del termine, con ciò facendo perdere di pregnanza al sindacato del giudice amministrativo<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Si v. art. 4, c. 4, TUI.

<sup>91</sup> Si v. art. 5, c. 5, TUI.

<sup>92</sup> Savino, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, cit., pp. 234 ss., dove si legge: «proprio in virtù di questo riferimento legislativo all'ordine pubblico, la giurisprudenza considera il visto [ma la stessa cosa vale anche per il permesso di soggiorno] come un atto discrezionale [...]. Il problema principale che questo approccio pone [...] riguarda [pertanto la] giurisdizionalità della misura. Dandosi per scontato che il nebuloso concetto di ordine pubblico richieda la loro deferenza, i giudici riconoscono all'amministrazione un'ampissima discrezionalità [...]».

Esempi di tale indirizzo giurisprudenziale sono rappresentati, ad esempio, da TAR Lazio, Roma, sez. I *quater*, 20 ottobre 2011 n. 8591, nonché C. Cass., SS. UU., 25 marzo 2005 n. 6426; C. Cass., SS. UU., 27 gennaio 2004 n. 1417.

<sup>93</sup> Critico al riguardo Savino, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, cit., p. 240, secondo cui «nel diritto amministrativo dello straniero, la generale tendenza a irregimentare il potere di ordine pubblico o di prevenzione entro gli argini della discrezionalità tecnica non trova riscontro. Giocano in senso contrario, per un verso, l'atteggiamento del legislatore, [...]; per altro verso, il giudice amministrativo [...]».

In dottrina, in ordine al distinguo tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, oltre ai riferimenti bibliografici indicati nella nota n. 30, *retro*, si v. innanzitutto le voci enciclopediche di P. Lazzara, (voce) *Discrezionalità tecnica*, in «Dig. disc. pubbl.», aggiornamento, Torino, 2010, pp. 146 ss. e F. Cintioli, (voce) *Discrezionalità tecnica* (diritto amministrativo), in «Enc. dir.», Annali, II, 2008, pp. 471 ss. e poi specialmente A. Angiuli, *Lineamenti vecchi e nuovi della discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 1992; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. Nonché, più di recente, A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, Ed. scientifica, 2007 e C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Ed. scientifica, 2008.

<sup>94</sup> Ancora, Savino, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi*

In proposito, tuttavia, non è mancato chi – tra gli studiosi – ha osservato come la “vaghezza” delle norme in questione attribuisca alla amministrazione, non tanto la capacità di operare «una ponderazione di interessi connotata da un alto tasso di politicità»<sup>95</sup>, quanto «il dovere di verificare la sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto delle decisioni attraverso un’attività di integrazione e di completamento della regola formulata dal legislatore [...]»<sup>96</sup>. E ciò in quanto il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco sarebbe stato già operato a monte dal legislatore.

Ne deriva, pertanto, che – secondo questa ricostruzione – l’aleatorietà della decisione non sarebbe da ricollegare ad «una pretesa “politicità” insita nella scelta con cui i funzionari amministrativi attuano le politiche migratorie prestabilite dal legislatore, ma dalla stessa complessità dell’attività conoscitiva e valutativa che contraddistingue la concretizzazione delle singole disposizioni di legge, a causa della loro stessa formulazione»<sup>97</sup>, nonché – ci permettiamo di aggiungere – del loro necessario coordinamento con le disposizioni di matrice europea e con la *ratio* di queste ultime<sup>98</sup>.

Nel senso da ultimo indicato, assume interesse – ad esempio – una pronuncia resa abbastanza di recente dalla Corte di giustizia dell’Unione europea in relazione al caso *Sélina Affum*

*migratori*, cit., p. 235, che parla in proposito di un «sindacato “debole”». Più di recente, tuttavia, Nocelli, *Il diritto dell’immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit., p. 16, ha osservato: «un primo approccio alla materia [...] indurrebbe a ritenere che maggiore è il contenuto discrezionale di questo potere [amministrativo] inteso a valutare la posizione dello straniero sul territorio nazionale, per la complessità o la delicatezza dell’interesse pubblico sotteso, minore sia la capacità, per il giudice amministrativo, di sindacarne la ragionevolezza, ma questo approccio [...] può dirsi ora superato dalla necessità [...] che l’esercizio del potere non trasmodi, sostanzialmente, in un insindacabile arbitrio, sul piano sostanziale, che si trasformerebbe in una denegata giustizia, sul piano processuale, così conculcando, senza rimedio effettivo, i diritti fondamentali dello straniero».

<sup>95</sup> Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., p. 825.

<sup>96</sup> Ivi, p. 826.

<sup>97</sup> Ancora, ivi, p. 827.

<sup>98</sup> *Amplius*, sulla conformità dei provvedimenti amministrativi nazionali rispetto alle prescrizioni di provenienza europea G. Greco, *Fonti comunitarie e atti amministrativi nazionali*, in «Riv. it. dir. pubbl. com.», 1, 1991, p. 33 e M. Macchia, *Legalità amministrativa e violazione di diritti non statali*, Milano, Giuffrè, 2012.

*c. Prefet du Pas de Calais*<sup>99</sup>, dove il *thema decidendum* verteva sull'interpretazione della direttiva 2008/115/Ce<sup>100</sup> e, ancor più nello specifico, sul concetto di «soggiorno irregolare».

Brevemente i fatti in causa. Il 22 marzo del 2013 una donna di nazionalità ganese, Sélina Affum, che si trovava a bordo di un autobus proveniente dal Belgio e diretto in Inghilterra è stata sottoposta ad un controllo dei documenti da parte della polizia francese a Coquelles. Dal controllo è risultato che la donna era in possesso unicamente di un passaporto belga appartenente ad una diversa persona e, pertanto, la stessa è stata sottoposta a fermo sulla base delle norme nazionali.

Il giorno seguente, il Prefetto di Pas de Calais ha deciso con decreto di consegnare la donna alle autorità belghe e ne ha ordinato il trattenimento amministrativo per un periodo di cinque giorni in attesa di procedere al suo allontanamento.

Poiché tuttavia la risposta delle autorità belghe circa la riammissione della donna in Belgio tardava ad arrivare, il 27 marzo 2013 il Prefetto ha chiesto al giudice competente la proroga del trattenimento. Richiesta che è stata accolta con una ordinanza con cui il giudice adito ha ordinato la proroga del fermo amministrativo per un tempo massimo di 20 giorni.

Detta ordinanza è stata però impugnata da Sélina Affum e la questione è giunta sino in Cassazione, dove i giudici hanno ritenuto di presentare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo.

Quest'ultima, nel risolvere la questione pregiudiziale si è trovata innanzitutto a dover fornire una interpretazione "autentica" del concetto di «soggiorno irregolare», atteso che da questo dipendeva stanzialmente l'applicabilità al caso di specie della direttiva 2008/115/CE e, per l'effetto, la legittimità delle misure adottate dalle autorità francesi.

In proposito, i giudici hanno affermato che «la nozione di "soggiorno irregolare" è definita all'articolo 3, punto 2, di tale

<sup>99</sup> CGUE, grande sezione, 7 giugno 2016, *Sélina Affum c. Prefet du Pas de Calais*, C-47/15.

<sup>100</sup> Direttiva 2008/115/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*.

direttiva [...]»<sup>101</sup> dal quale «risulta che qualunque cittadino di un paese terzo che sia presente sul territorio di uno Stato membro senza ivi soddisfare le condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza, per effetto di detta sola circostanza, soggiorna in modo irregolare». A nulla rilevando, dunque, fattori come – ad esempio – l'intenzione di non restare su tale territorio o il carattere temporaneo della presenza nello Stato in questione<sup>102</sup>. Fattori i quali, pertanto, non devono costituire oggetto di apprezzamento da parte delle autorità nazionali, pena il rischio di frustrare l'effetto utile – e dunque, la *ratio* – della direttiva in argomento<sup>103</sup>.

Tanto chiarito, la Corte di Lussemburgo ha potuto dunque rilevare l'applicabilità al caso di specie della direttiva 2008/115/Ce e, conseguentemente, ha concluso nel senso che le misure adottate dalle autorità francesi nella vicenda *de qua* si ponevano in palese contrasto con la disciplina europea in materia di rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare<sup>104</sup>.

Orbene, la descritta necessità di un coordinamento con la *ratio* dei principi e delle disposizioni fissate a livello sovranazionale sembra emergere con sempre maggior frequenza anche nell'ambito della giurisprudenza nazionale in materia di immi-

<sup>101</sup> Par 47 della sentenza in esame, dove la Corte di giustizia ricorda che, ai sensi dell'art. 3, punto 2, della direttiva in argomento costituisce soggiorno irregolare la «presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d'ingresso di cui all'art. 5 del codice frontiere Schengen o altre condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro».

<sup>102</sup> Così al par. 48 della pronuncia in commento.

<sup>103</sup> Sulla nozione di effetto utile e sulla rilevanza di tale principio v., per tutti, Tesouro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 162.

<sup>104</sup> «Dall'insieme delle suesposte considerazioni discende che occorre rispondere alla seconda e alla terza questione dichiarando che la direttiva 2008/115 dev'essere interpretata nel senso che osta alla normativa di uno Stato membro che consenta, in conseguenza del mero irregolare ingresso attraverso una frontiera interna, il quale determina il soggiorno irregolare, la reclusione di un cittadino di un paese terzo, nei confronti del quale non sia stata ancora conclusa la procedura di rimpatrio prevista dalla direttiva stessa. Tale interpretazione vale anche nel caso in cui il cittadino in questione possa essere ripreso da un altro Stato membro, in applicazione di un accordo o di un'intesa ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva medesima» (par. 93).

grazione, compresa quella amministrativa. Qui, infatti, è possibile rintracciare un numero consistente di casi in cui il giudice amministrativo pone a fondamento della propria decisione una lettura comunitariamente e/o convenzionalmente (oltre che, come ovvio, costituzionalmente) orientata di norme nazionali<sup>105</sup>.

Ciò nella sostanza, oltre a garantire il necessario inquadramento di regole ed istituti nazionali nel complesso e variegato mosaico del diritto dell'immigrazione, fa sì che sovente il sindacato di questo nostro giudice non si presenti come circoscritto nei tradizionali confini della mera verifica della legittimità dell'azione amministrativa, ma provi ad andare oltre<sup>106</sup>. Non è infrequente, infatti, che – pur senza valicare il noto baluardo del merito amministrativo<sup>107</sup> – il giudice articoli il proprio giudizio

<sup>105</sup> Lo sottolinea chiaramente, ad esempio, Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit., p. 18, secondo cui: «la giurisdizione amministrativa, nel dialogo incessante con le Supreme Corti, ne recepisce e attua i principi di diritto, secondo il modulo del c.d. costituzionalismo multilivello, completandone e invernandone la tutela giurisdizionale, con pienezza ed effettività, attraverso gli atti dell'Amministrazione».

Più in generale sul concetto di interpretazione conforme al diritto europeo e al diritto costituzionale, oltre a Tesaro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 211 ss., si v., rispettivamente, G. Pistorio, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, Ed. scientifica, 2012 e G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2006.

<sup>106</sup> Come osservato, *inter alia*, da Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit., p. 16.

<sup>107</sup> Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., p. 882, dove l'A. scrive: «in nessuno dei tre orientamenti individuati si può ravvisare la paventata sostituzione [del giudice all'amministrazione]. Il riesame dell'attività di (integrazione e) concretizzazione della norma si limita pur sempre ad un apprezzamento giuridico del modo attraverso cui la p.a. ha (o non ha) esercitato le proprie prerogative, ma non implica una diretta ed immediata applicazione delle norme di copertura al caso concreto. Tale attività resta quindi affidata agli apparati amministrativi [...]».

*Amplius*, sul concetto di merito amministrativo i fondamentali A. Amorth, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939; M.S. Giannini, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in Id., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, II, 2000, p. 347 e V. Ottaviano, (voce) *Merito* (diritto amministrativo), in «Nss. dig. it.», X. Torino, 1964, p. 577. Mentre, per quel che concerne i profili processuali, si v. specialmente V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in Id., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1907, pp. 826 ss. e in tempi più recenti U. Pototsching, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2, 1969, p. 499 ed E. Follieri, *Giudizio di merito come giudizio di legittimità*, in «Nuova rass.», 1981, p. 1415.

di legittimità in modo nuovo<sup>108</sup> e si cimenti così in un esame quanto più possibile approfondito della vicenda da cui origina il giudizio<sup>109</sup>.

È quanto sembra accadere, ad esempio, nell'ambito della giurisprudenza del Consiglio di Stato relativa al diniego o al mancato rinnovo del permesso di soggiorno per ragioni connesse alla misura del reddito del migrante<sup>110</sup>, dove il giudice si mostra sovente incline ad offrire soluzioni improntate ad un canone di ragionevolezza al fine di valorizzare quanto più possibile quegli elementi del caso che appaiano deporre in senso favorevole per lo straniero<sup>111</sup>.

Nel fare ciò, inoltre, non è raro che il giudice amministrativo arrivi a spingersi fino al punto di "innovare" la regola di diritto applicabile al caso di specie. Significativo in tal senso è, ad esempio, quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa che – nel solco di quanto già indicato dalla Corte costituzionale<sup>112</sup> – si mostra propensa ad attenuare gli automatismi espulsivi previsti dal T.U.I. bilanciando l'esistenza di precedenti penali con interessi quali quelli connessi ai rapporti personali e ai legami familiari del migrante e, più in generale, con la tutela dei suoi diritti fondamentali<sup>113</sup>.

Del pari, non è poi neppure infrequente che lo stesso giudice arrivi fino al punto di colmare delle vere e proprie lacune dell'ordinamento come dimostrato da quella giurisprudenza amministrativa che ha finito per ammettere il rilascio allo

<sup>108</sup> Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit.

<sup>109</sup> Da Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit., p. 16, andando «al di là, quindi, della mera e sbrigativa "caccia" al vizio formale e all'errore procedimentale».

<sup>110</sup> In argomento si v., ad esempio, Cons. St., III, 14 febbraio 2017 n. 651; Cons. St., III, 30 maggio 2016 n. 2266; Cons. St., III, 26 maggio 2015 n. 2645; Cons. St., III, 15 gennaio 2015 n. 117; Cons. St., III, 11 settembre 2014 n. 4652; Cons. St., III, 9 aprile 2014 n. 1687.

<sup>111</sup> Lo sottolinea chiaramente Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit., p. 19.

<sup>112</sup> Si v. le già citate C. Cost. 12 dicembre 2014 n. 77 e C. Cost. 15 maggio 2008 n. 148.

<sup>113</sup> *Inter alia*, Cons. St., III, 312 ottobre 2017 n. 5040; Cons. St., III, 23 maggio 2017 n. 2391; Cons. St., III, 22 maggio 2017 n. 2382; Cons. St., III, 25 novembre 2015 n. 5349.

straniero irregolarmente presente sul territorio nazionale di un permesso di soggiorno atipico volto a consentire al soggetto in questione di accedere a cure mediche fondamentali<sup>114</sup>. Nel caso di specie, decidendo in tal senso, il Consiglio di Stato ha mostrato con tutta evidenza di accordare rilievo all'art. 35, c. 3, del T.U.I.<sup>115</sup> considerando tale disposizione come «una norma di chiusura e di garanzia fondamentale» al fine di assicurare, anche nei riguardi del migrante irregolare, la garanzia di quello che la Corte costituzionale ha definito da tempo essere il «nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»<sup>116</sup>.

Ora, letta nel suo insieme, la descritta giurisprudenza denota senza dubbio un approccio del giudice amministrativo italiano – almeno di quello di secondo grado – alla questione migratoria improntato ad un canone di ragionevolezza capace di rendere in certa misura mobili i confini del sindacato operato dal giudice stesso sui provvedimenti incidenti nella materia *de qua*<sup>117</sup>.

<sup>114</sup> Il riferimento è a Cons. St., III, 27 ottobre 2014 n. 5328, che ha riformato la precedente pronuncia TAR Toscana, II, 5 luglio 2013 n. 1052.

<sup>115</sup> In proposito, si deve ricordare che «in ordine alla tipologia di prestazioni, previste dal c. 3 dell'art. 35 t. u. imm., si chiarisce che per cure urgenti si intendono le cure che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute della persona, invece, per cure essenziali si intendono le prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche, relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, che ne tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita (complicanze, cronicizzazioni o aggravamenti)» (F. Filocamo, *Disposizioni in materia sanitaria*, in D. Manzione (a cura di), *Codice dell'immigrazione e asilo*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 445).

<sup>116</sup> Il riferimento è a C. Cost. 17 luglio 2001 n. 252, dove il giudice delle leggi prosegue sottolineando che «questo 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 e il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso». Su questo tema, più diffusamente, Vosa, «*Cure essenziali*». *Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'auto determinazione della persona al policentrismo decisionale*, cit., p. 721.

<sup>117</sup> Come osservato da Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., pp. 886 ss., infatti, «la casistica esaminata sembra denotare alcuni promettenti sviluppi soprattutto nella parte in cui sottopone a sindacato l'intera attività di selezione ed integrazione della norma giuridica, dando per presupposto che tale attività non rientri nella sfera della «insindacabilità» dell'azione amministrativa». La descritta giurisprudenza mostra cioè – prosegue l'A. – «di non basare l'estensione del sindacato sulla presunta «natura» del potere amministra-



Ciò ha fatto sì che parte della dottrina abbia ravvisato in tale indirizzo giurisprudenziale una tendenza al compiersi di un mutamento nel *quomodo* del sindacato amministrativo secondo un «percorso incrementale»<sup>118</sup>. Ossia la propensione ad una crescente attenzione, da parte del giudice amministrativo, per la ricerca di soluzioni che, pur non sconfinando nel merito amministrativo e pur non tradendo ragioni quali quelle di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, si mostrano tuttavia improntate alla individuazione di un punto di equilibrio tra dette ultime ragioni e la tutela dei diritti fondamentali dei migranti<sup>119</sup>.

In altri termini – è stato osservato – l'attenzione del giudice amministrativo nella materia in esame sembra appuntarsi su una «verifica della congruità della decisione» nell'ambito di un giudizio incentrato sulla «revisione del procedimento giuridico di individuazione e di attuazione della legge al caso concreto»<sup>120</sup>. Verifica che, in sostanza, finisce per inverare massimamente quella tendenza del potere giudiziario – già da tempo autorevolmente riscontrata – a dare voce a diritti altrimenti inespressi o inascoltati, precisandone al contempo non solo i contorni ma anche il *proprium*<sup>121</sup>.

tivo e sulla esistenza di sfere di discrezionalità variamente sottratte al controllo del giudice [...]. La struttura unitaria del controllo ha inoltre il merito di non scindere artificiosamente la *res* controversa in questioni di fatto e di diritto [...]. Il baricentro del controllo giudiziale si innesta dunque sul prioritario rapporto fra legge, amministrazione e individuo, individuando nella prima il punto di partenza al quale ancorare la definizione del rapporto sussistente fra amministrazione statuale e individuo (anche straniero) [...]».

Più in generale, a proposito del sindacato del giudice amministrativo, v. F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, Cedam, 2017.

<sup>118</sup> Espressione, questa, utilizzata da Noccelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit., p. 16.

<sup>119</sup> Più in generale, sul ruolo della giurisprudenza e sulla capacità di quest'ultima di *invenire* la regola che meglio si attaglia al caso concreto, oltre al già ricordato contributo di Ferrara, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, cit., p. 653, si v. P. Grossi, *Giudici e legislatori*, in Id., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, spec. pp. 112 ss.

<sup>120</sup> Così Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., p. 889.

<sup>121</sup> Si v. in proposito quanto autorevolmente sostenuto da Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, cit., pp. 169 ss. con riguardo ad ambiti del vivere sociale quali, ad esempio, l'ambiente, la tutela dei consumatori e, non ultimo, l'immigrazione.

Non di meno, trattandosi per l'appunto di una "tendenza" e non di un *modus agendi* propriamente codificato, non può farsi a meno di osservare come il limite di tale giurisprudenza riposi in una certa dose di aleatorietà e, dunque, nel latente senso di incertezza che sembra continuare a connotare la tutela giurisdizionale del migrante nel nostro Paese<sup>122</sup>. Oltre che, ad un livello di astrazione ancora più alto, nel rischio di sconfinamento in territori che sono (*rectius*, dovrebbero essere) appannaggio di altri poteri dello Stato (*i.e.* innanzitutto di quello legislativo)<sup>123</sup> e, dunque, nella continua tensione che, così facendo, la stessa giurisprudenza rischia di alimentare tra legalità formale e legalità sostanziale<sup>124</sup>.

### 5. Quale tutela giurisdizionale per il migrante in Italia?

Questo lavoro ha preso le mosse dal constatare come, a fronte del (ri)acutizzarsi del fenomeno migratorio<sup>125</sup>, il diritto ed in

<sup>122</sup> Per tutti, Pugiotto, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., pp. 333 ss.

<sup>123</sup> In argomento, L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 241 ss., il quale osserva: «l'espansione crescente del ruolo e del potere dei giudici richiede oggi una concezione garantista del costituzionalismo che legga i diritti fondamentali non già come principi affidati alla ponderazione e all'attivismo giudiziario, bensì come regole vincolanti, destinate all'applicazione giurisdizionale alle loro violazioni. Il modello principialista della ponderazione, al contrario, mentre da un lato depotenzia la normatività costituzionale, attribuisce alla giurisdizione un'impropria discrezionalità, compromettendone la soggezione alla legge e con essa il fondamento della sua indipendenza».

Sulla tendenza del giudice a sostituirsi talora al legislatore si v. anche L. Torchia, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli, Ed. scientifica, 2016, p. 13 e S. Cassese, L. Torchia, *Diritto amministrativo: una conversazione*, Bologna, il Mulino, 2014.

Sul rapporto giudici e legislatori si v. i contributi di C. Pinelli, G.U. Rescigno, A. Travi, M. Bombardelli, V. Angiolini, P. Ciarlo, A. Pioggia, S. Civitarese Matteucci, G. Azzariti, F. Bilancia, P. Carnevale, D. Sorace, pubblicati in «Dir. pubbl.», 2, 2016, pp. 483 ss.

<sup>124</sup> Sul crescente antagonismo tra legalità formale e legalità sostanziale si v. N. Irti, *La sola legalità non basta*, in «Corriere della Sera», 19 giugno 2016. Sia consentito inoltre rinviare a C. Feliziani, *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della pubblica amministrazione*, in «Dir. ec.», 2019, 1, pp. 157 ss. e ai riferimenti bibliografici ivi indicati.

<sup>125</sup> Si v., in particolare, Ferrari, *Relazione conclusiva*, cit., pp. 461 ss., il quale ha

specie il diritto amministrativo non sia potuto rimanere estraneo al dibattito sorto attorno a quella che ha assunto le sembianze di una vera e propria «emergenza» dei nostri giorni<sup>126</sup>.

Al contempo lo scritto ha altresì evidenziato come, tra i molti profili di interesse che la materia in parola presenta, centrale sia senza alcun dubbio quello della tutela giurisdizionale del migrante nei confronti dei provvedimenti amministrativi incidenti negativamente sulla sua sfera giuridica soggettiva<sup>127</sup>.

È proprio su tale aspetto, dunque, che la riflessione ha inteso soffermarsi, nell'intento di mettere in evidenza quelli che, allo stato, paiono essere alcuni nodi irrisolti che rischiano di fatto di pregiudicare in modo consistente la qualità della tutela offerta dal nostro ordinamento giuridico nei confronti degli stranieri, regolari o irregolari che siano.

Tra le tante possibili, tre essenzialmente le questioni analizzate nelle pagine che precedono.

La prima, assolutamente dirimente, è quella del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo e, in special modo, della poca linearità che lo caratterizza<sup>128</sup>.

In secondo luogo, sono state sottolineate le significative difficoltà che in taluni casi – come, ad esempio, in quello dei respin-

osservato: «la storia dell'umanità è tutta segnata da cicli di movimenti migratori, a diversa causazione e con diversa finalizzazione, [...]. Anche solo considerando in una prospettiva eurocentrica, le dinamiche migratorie relative alla dimensione europea o ad essa collegate [...] la storia moderna e contemporanea non pare conoscere periodi di tregua nei quali le migrazioni internazionali abbiano avuto sosta e non abbiano prodotto problemi di configurazione e disciplina dello *status* del non cittadino e, di riflesso, di quello del cittadino». Tuttavia, prosegue l'illustre A., deve anche darsi conto del fatto che l'Italia, «ha percorso sino in fondo la parabola che l'ha vista trasformarsi da Paese di emigranti [...] ad area privilegiata di arrivo», tanto da collocarsi «al terzo posto nell'Unione europea per rapporto tra stranieri e popolazione complessiva, pari ad almeno il 6%».

<sup>126</sup> Per tutti, Favilli, *L'Unione europea e la difficile attuazione del principio di solidarietà nella gestione dell'«emergenza» immigrazione*, cit., pp. 785 ss.

<sup>127</sup> Sottolineano la centralità della questione, ad esempio, Pugiotto, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., pp. 333 ss. e Tropea, *Homo sacer? Osservazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, cit., pp. 839 ss.

<sup>128</sup> Tra i vari riferimenti bibliografici richiamati al par. II di questo lavoro, sia qui sufficiente ricordare Chietini, *Effettività della tutela giurisdizionale del migrante dal punto di vista del giudice amministrativo*, cit., pp. 469 ss.

gimenti in mare – sembrano connotare l'accesso alla giustizia da parte del migrante<sup>129</sup>.

Infine, ma non certo per importanza, l'attenzione si è appuntata sui confini o, se si preferisce, sull'ampiezza del sindacato esercitato dal giudice amministrativo sui provvedimenti in materia di immigrazione<sup>130</sup>.

Ne è emerso un quadro complessivo in cui sovente campeggiano evidenti irrazionalità e, in taluni casi, persino delle vere e proprie lacune dal punto di vista normativo.

A fronte di un tale scenario, due sembrano essere le costanti che, pur non senza qualche limite, paiono consentire una quanto meno parziale tenuta del sistema.

Innanzitutto proprio il giudice amministrativo, la cui capacità di farsi strada nelle talora troppo rigide strettoie del diritto positivo si erge sempre più di frequente a pressoché unica garanzia di soluzioni giurisprudenziali improntate ad una logica di ragionevolezza o, come altri l'hanno definita, ad una logica «personalistica»<sup>131</sup> che depone senza dubbio a beneficio dello straniero<sup>132</sup>.

Una tendenza, questa da ultimo indicata, che appare certamente favorita dal confronto dialettico sempre più serrato di questo nostro giudice con la Corte di giustizia dell'Unione europea e con la Corte Edu oltre che, ancor prima, con gli ordinamenti di cui questi giudici sono i custodi<sup>133</sup>. Un confronto che rappresenta la seconda delle costanti di cui si diceva poco sopra e che mostra tutta la propria fecondità in quelle decisioni

<sup>129</sup> Sul punto si ricordano, tra gli altri, i contributi di Lanciotti, Vitiello, *L'art. 3 della Cedu come strumento di tutela degli stranieri contro il rischio di refoulement*, cit., pp. 223 ss. e Palladino, *La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale*, cit., pp. 167 ss.

<sup>130</sup> Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., pp. 816 ss.

<sup>131</sup> Cassatella, *La dimensione personalistica del sindacato delle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., pp. 491 ss.

<sup>132</sup> P. Grossi, *Giudici e legislatori*, in Id., *L'invenzione del diritto*, cit., spec. pp. 112 ss.

<sup>133</sup> Tendenza che peraltro sembra interessare la giustizia amministrativa *tout court* intesa. Sul punto sia consentito rinviare nuovamente a Feliziani, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale, diritto dell'Unione europea e Cedu*, cit., *passim*.

con cui il giudice amministrativo si cimenta nel correggere le irrazionalità e i vuoti legislativi che caratterizzano la materia *de qua* nel nostro Paese.

In altri termini, per offrire una risposta consona alle istanze di tutela avanzate dallo straniero il giudice amministrativo ricorre spesso – si è visto – «ad un terzo occhio»<sup>134</sup> che gli consente di «mettere a valore»<sup>135</sup> la legislazione nazionale con le indicazioni provenienti dall'ordinamento europeo e da quello internazionale, *in primis* dalla Cedu. Il che – come osservato da parte della dottrina – rappresenta una recente acquisizione<sup>136</sup>, sicuramente di caratura positiva e, peraltro, niente è affatto scontata<sup>137</sup>.

Ciò non toglie tuttavia che, al netto di tali meritori sforzi, la questione della tutela giurisdizionale offerta allo straniero nel nostro Paese risulti sostanzialmente ancora aperta. E tanto perché, anche a tacere dei molti altri nodi qui solo accennati<sup>138</sup>, vi sono aspetti problematici della materia che solo un legislatore lungimirante, seguito da una amministrazione accorta, può essere in grado di emendare in radice<sup>139</sup>.

Viceversa, un sistema come quello attuale che tende – di fatto – a rimettere costantemente al giudice amministrativo la ricerca della soluzione più consona al caso di specie, costringendolo talora a fare le veci del legislatore e talaltra quelle della amministrazione<sup>140</sup>, non solo sembra gravare il giudice di poteri

<sup>134</sup> Così Pugiottio, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 334.

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> Noccelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit., pp. 17 ss., nonché, ancora prima, Tropea, *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, cit., pp. 873 ss.

<sup>137</sup> In tale senso Ferrari, *Relazione conclusiva*, cit., pp. 464-465.

<sup>138</sup> Sul punto si v. quanto osservato al par. 1, *retro* e alla dottrina ivi richiamata, tra cui Busatta, *L'effettività del diritto d'accesso alla giustizia per gli stranieri*, cit., pp. 447 ss.

<sup>139</sup> Considerazioni di analogo tenore in Ferrari, *Relazione conclusiva*, cit., p. 541, dove l'A. osserva: «la drammatica dimensione epocale dei fenomeni migratori [...] dovrebbe indurre la disciplina pubblicistica italiana ad un riorientamento paradigmatico che consenta il reperimento e la sistematizzazione di soluzioni compatibili con il quadro costituzionale ed al tempo stesso suscettibili di applicazione operativa».

<sup>140</sup> Seppur non con specifico riguardo alla materia dell'immigrazione, nota infatti Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, cit., p. 239: «la giurisdizione è diventata la

che non gli sono propri ma soprattutto mostra di alimentare lo iato tra legalità formale e legalità sostanziale, finendo, per l'effetto, per allontanarsi sempre più dall'obiettivo di una giustizia certa per il migrante.

sede privilegiata del riconoscimento e della attuazione dal basso dei diritti della persona, in alternativa alla mancanza di risposte politiche dall'alto dovuta alle inefficienze della Pubblica amministrazione, o peggio alle lacune legislative di garanzie causate dall'inadempienza delle funzioni di governo».

Parte seconda

Profili civilistici





Guido Canavesi

## Introduzione

Se la prima parte del volume guarda alle “dinamiche del diritto” colte in una prospettiva pubblicistica, del rapporto fra il migrante e lo Stato, la seconda volge lo sguardo alla regolazione di *status* e alle relazioni giuridiche fra privati, di cui siano parte le persone migranti regolarmente o irregolarmente presenti sul nostro territorio.

Si tratta, senza alcuna pretesa di esaustività, di profili certamente differenti – la circolazione degli *status* personali e familiari, il lavoro, l'esercizio di un'attività economica in forma d'impresa – e, tuttavia, apprezzati nel loro complesso, essi consentono di offrire un significativo spaccato non solo e non tanto sullo “stato” della legislazione, quanto sulla concretezza di relazioni vitali e, in ultima analisi, sulla condizione esistenziale delle persone migranti.

A ciò si affiancano le considerazioni, offerte nel saggio di Janet Dine, di prospettiva più politica e di politica economica, su un tema – l'intervento di sostegno allo sviluppo economico dei Paesi dell'Africa per bloccare o, più ragionevolmente, ridurre “alla fonte” il flusso migratorio – sì ricorrente, a ben vedere neanche più di tanto, nei fori decisionali sia italiani sia europei, ma totalmente disatteso, almeno finora, nelle sue pratiche traduzioni.

Il saggio d'apertura di Fabrizio Marongiu Bonaiuti, fin dal riferimento nel titolo ai c.d. *Conflits de civilisations*, muovendosi sul piano del diritto privato internazionale, evidenzia le sfide poste alla cultura giuridica occidentale dal confronto con culture espressive di modelli di famiglia e valori, anche religiosi, non

collimanti. Al riguardo, l'Autore segnala, non senza valutazioni critiche, l'evoluzione in corso di una categoria tradizionale quale l'ordine pubblico internazionale, anche nel dialogo con le fonti dell'Unione Europea e internazionali e la relativa giurisprudenza, apportatrici di una peculiare attenzione al diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Si tratta, a ben vedere, della presa d'atto del radicamento in Europa di una presenza portatrice di tradizione, valori principi non sempre coincidenti con quelli dell'Europa e allora di un tentativo di bilanciamento, nell'ottica di salvaguardare tratti fondanti della nostra civiltà giuridica. D'altra parte, proprio la prospettiva degli *status* familiari mette in luce, con le innegabili, sensibili, differenze e la loro difficile riconoscibilità giuridica, l'intimità delle relazioni personali e, dunque, anche le oggettive difficoltà di un'integrazione reciproca, che richiede, prima, ma insieme alla legge, una apertura all'altro nella consapevolezza della propria identità.

Tuttavia, le note dolenti arrivano soprattutto dalla regolazione dell'accesso al lavoro, momento essenziale di realizzazione della personalità di ogni uomo e, quindi, di integrazione della persona migrante.

Alla domanda su quale sia il mercato del lavoro degli stranieri in Italia, il saggio di William Chiaromonte risponde che l'invecchiamento demografico unitamente al rifiuto degli italiani di impieghi poco qualificati ha determinato spazi occupazionali crescenti anche in fasi di contrazione del tasso di occupazione. Tuttavia, per le stesse ragioni accennate, si tratta di un mercato del lavoro complementare, caratterizzato da segregazione occupazionale e differenze salariali che rallentano il processo di integrazione e la mobilità sociale.

Eppure dei lavoratori stranieri l'Italia ha bisogno sia per rispondere alla domanda di lavoro scartata dagli italiani sia per il loro positivo apporto sul piano fiscale e previdenziale.

Il vero punto critico, però, è nell'inadeguatezza della legislazione vigente, il T.U. sull'immigrazione, come modificato dalla legge Bossi – Fini del 2002. Come sottolinea l'Autore, nata per disciplinare e gestire il lavoro regolare degli stranieri, questa legge sortisce, in realtà, l'effetto opposto, di accrescere non solo il

lavoro irregolare quanto, anzitutto, l'immigrazione clandestina. Ciò per molteplici ragioni, non ultima la procedura di avviamento al lavoro, che richiede la necessaria "non presenza" in Italia del potenziale lavoratore, impedendo quel contatto diretto tra datore di lavoro e lavoratore essenziale per la formazione del consenso e il buon esito della relazione giuridica.

Anche se da una differente angolazione, la tematica lavoristica ritorna nel saggio di Alessio Bartolacelli, che si interroga sul rapporto tra stranieri migranti da paesi non appartenenti all'Unione Europea e diritto commerciale, in particolare sotto il profilo della possibilità di svolgere attività d'impresa (o lavoro autonomo). È un tema finora poco approfondito, comunque meno noto, ma non disgiunto dal problema del lavoro subordinato, di cui rappresenta l'altra faccia della medaglia. In fondo, il Titolo III della parte prima della Costituzione guarda ai rapporti economici e vi riconduce il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni, come pure la libertà d'iniziativa economica.

Il saggio scandaglia l'effettività della regola di reciprocità, sancita dall'art. 16 delle preleggi, norma di riferimento per rispondere a quell'interrogativo sia sul versante "attivo", della possibilità d'esercizio di un'attività imprenditoriale, sia su quello "passivo", del rivolgersi di quell'attività a favore e beneficio almeno prevalente degli stranieri.

Su questo versante, la recente riforma dell'impresa sociale dà rilevanza giuridica, quale attività di interesse generale, alla «accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti» nonché «all'inserimento lavorativo di persone beneficiarie di protezione internazionale».

Quanto ai profili attivi, è da segnalare la ritenuta possibilità tanto di un'impresa individuale quanto della partecipazione ad una società di persone da parte dello straniero irregolarmente presente in Italia. Di maggiore interesse, però, sono le considerazioni critiche rivolte alle modifiche apportate con la riforma dell'impresa sociale alla disciplina delle cooperative sociali, ove il 30% dei soci devono essere soggetti svantaggiati.

Se ce ne fosse bisogno, a conferma del nesso col tema del lavoro, è singolare l'analogia di conclusioni cui il saggio perviene. Se i dati evidenziano una crescita del fenomeno, anche in rap-

porto all'imprenditoria nostrana, il prevalere della forma societaria individuale è segnale del tratto poco innovativo e, peraltro, residuale del segmento di mercato da esso occupato, mentre si paventa il rischio che questi soggetti permangano in una situazione economicamente marginale e di marginalizzazione sociale.

Al netto delle carenze legislative, tutto ciò indirizza verso una questione di fondo che precede il dato giuridico: la difficoltà nel rimuovere le cause del fenomeno migratorio, ravvisabili in contesti socio-economici caratterizzati da debolezza delle istituzioni, sottosviluppo economico, incertezza delle condizioni di vita.

Da più parti è stato detto che la prima risposta va realizzata *in loco*, consiste cioè in programmi volti a creare le condizioni necessarie a evitare che le persone siano spinte a migrare. Di questo tema tratta l'intervento di Janet Dine che si sofferma sulla proposta di un Piano Marshall UE per l'Africa. Nella sua analisi critica, l'Autrice sottolinea, in particolare, l'ostacolo che alla riuscita di questo ambizioso progetto rappresentano le politiche economiche neoliberali attuate sia da imprese multinazionali sia da autorevoli istituzioni monetarie internazionali. E conclude con l'interessante proposta di partire da progetti su piccola scala che, se non risolutivi, appaiono più adeguati alla situazione africana e avrebbero, sembra di capire, un enorme valore differenziale, nel senso di mostrare una possibilità di vita diversa e, allora, di generare la speranza.

Fabrizio Marongiu Buonaiuti

Immigrazione e circolazione degli *status* personali e familiari:  
la problematica dei c.d. *Conflits de civilisations*

SOMMARIO: 1. La problematica dei c.d. *conflits de civilisations* nel diritto internazionale privato – 2. Circolazione degli *status* personali e diversità dei modelli familiari: l'incidenza dei diritti religiosi, con particolare riferimento al diritto islamico – 3. Amplificazione del fenomeno con l'accrescersi dei flussi migratori: la problematica della legge regolatrice dello *status* personale dei rifugiati – 4. L'incidenza del limite dell'ordine pubblico come strumento di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale e il suo temperamento col diritto alla continuità degli *status* personali e familiari – 5. Alcune riflessioni conclusive

### 1. *La problematica dei c.d. conflits de civilisations nel diritto internazionale privato*

Una delle problematiche più complesse poste dal diritto internazionale privato nella realtà contemporanea è costituita dal sempre più frequente verificarsi di situazioni nelle quali il coordinamento tra ordinamenti che la materia ha per scopo di realizzare deve essere perseguito tra sistemi giuridici portatori di tradizioni differenti, le quali possono in certi ambiti, come è particolarmente il caso in materia di *status* personali e familiari, rivelarsi a tal punto divergenti da apparire difficilmente conciliabili.

Questa problematica, benché abbia via via acquistato una rilevanza crescente in termini materiali negli ultimi anni con l'accrescersi dei fenomeni migratori, non è certamente sconosciuta nella dottrina del diritto internazionale privato, nella quale, e segnatamente nella dottrina francese che da più lungo tempo, per evidenti ragioni di carattere storico-politico, vi si è trovata confrontata, essa è stata identificata con l'evocativa espressio-

ne di *conflits de civilisations*<sup>1</sup>. Quest'ultima espressione, nella dottrina più recente, viene talvolta sostituita con la formula più anodina di *conflits de cultures*, con questa espressione volendosi chiaramente evitare ogni possibile connotazione sfavorevole nei riguardi della cultura, diversa da quella occidentale, della quale l'ordinamento giuridico straniero costituisce espressione<sup>2</sup>. A questo riguardo, non è del tutto priva di pertinenza l'osservazione per la quale la realtà dei rapporti che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento giuridico del foro, che il diritto internazionale privato ha per oggetto di disciplinare, sia innegabilmente mutata rispetto ai tempi in cui la gran parte dei sistemi nazionali di diritto internazionale privato degli Stati europei erano stati inizialmente concepiti, in un mondo, quello del XIX secolo, nel quale gli ordinamenti giuridici nei confronti dei quali, nella stragrande maggioranza dei casi, le regole contenute in tali sistemi erano destinate ad operare si presentavano come relativamente omogenei nei loro principi ispiratori. Infatti, la società contemporanea è caratterizzata da una circolazione internazionale delle persone assai più estesa che in passato, circolazione la quale coinvolge, per via dell'incidenza dei fenomeni migratori, in misura crescente soggetti provenienti da paesi extraeuropei, i quali sovente presentano ordinamenti giuridici

<sup>1</sup> Tra gli altri, P. Mercier, *Conflit de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Genève, Librairie Droz, 1972, pp. 1 ss.; J. Déprez, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques*, in «Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye», vol. 211 (1988), pp. 9 ss.; M.-C. Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 1 ss.; K. Zaher, *Conflit de civilisations et droit international privé*, Paris, Harmattan, 2009, pp. 1 ss.; nella dottrina italiana, G. Contaldi, *La Convenzione europea dei diritti umani e i conflitti di civilizzazione*, in A. Caligiuri, G. Cataldi, N. Napoletano (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova, Cedam, 2010, pp. 535 ss.

<sup>2</sup> Utilizza questa espressione L. Gannagé, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, in «Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye», vol. 357 (2013), pp. 9 ss., spec. pp. 20 ss. Nella dottrina italiana, fa riferimento, nella medesima prospettiva, all'elemento dell'identità culturale C. Campiglio, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in «Riv. dir. int.», 2011, pp. 1029 ss., spec. pp. 1031 ss. All'elemento delle differenze culturali è fatto riferimento ugualmente nella risoluzione dell'Institut de droit international, *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*, Rapporteur P. Lagarde, Session de Cracovie, 2005, pp. 1 ss., <<http://www.idi-iil.org>>, gennaio 2019.

di matrice religiosa, ispirati a dettami di carattere confessionale che possono in alcuni casi rivelarsi inconciliabili con i principi di eguaglianza e di non discriminazione che sono propri dei paesi europei<sup>3</sup>.

La problematica appena individuata è innegabilmente resa ancor più critica dal modo di operare dei moderni sistemi statali di diritto internazionale privato, e, non meno, dal modo di porsi della disciplina europea della materia. I primi, infatti, sono prevalentemente basati sul ricorso a regole bilaterali di diritto internazionale privato, suscettibili di portare in maniera tendenzialmente automatica all'applicazione della legge individuata in base ai criteri di collegamento adottati<sup>4</sup>, senza che, nella fase più strettamente pertinente all'individuazione della legge applicabile, possano trovare luogo considerazioni di carattere materiale. Queste sono suscettibili di rilevare, in questa fase, unicamente nei limitati casi nei quali nelle legislazioni statali di diritto internazionale privato si rinvencono regole ispirate, invece, al metodo delle considerazioni materiali. In base a questo metodo, l'applicazione dell'una piuttosto che dell'altra legge con la quale la fattispecie possa presentare collegamenti rilevanti è fatto dipendere dal risultato materiale al quale l'applicazione dell'una ovvero dell'altra è suscettibile di portare<sup>5</sup>. Simili considerazioni

<sup>3</sup> Come osservato da Gannagé, *Les méthodes du droit international privé*, cit., p. 17; ci si permette di rinviare anche a F. Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in «Dir. um. e dir. int.», 2016, pp. 49 ss.

<sup>4</sup> Come rilevato da R. Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in «Fam. dir.», 2009, pp. 197 ss.

<sup>5</sup> Come avviene nei casi in cui viene previsto un concorso alternativo di criteri di collegamento, tipicamente in materia di forma degli atti, allo scopo di consentire per quanto possibile di assoggettare la validità formale dell'atto a una legge in base alla quale esso sia valido; considerazioni di ordine materiale possono influire anche sul funzionamento del rinvio, come nel caso, contemplato dall'art. 13, terzo comma, della legge 31 maggio 1995, n. 218, che prevede che si debba tenere conto del rinvio operato dalle norme di diritto internazionale privato della legge richiamata unicamente ove questo conduca all'applicazione di una legge che consenta lo stabilimento della filiazione. Si veda, quanto al rapporto tra regole di conflitto alternative e rinvio *in favorem*, A. Davì, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, in «Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye», vol. 352 (2012), pp. 9 ss., spec. pp. 408 ss.; più in generale, sul metodo in questione, P. Picone, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, in «Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye», vol. 276 (1999), pp. 9 ss., spec. pp. 84 ss.

devono farsi con riferimento al sistema europeo di diritto internazionale privato, attualmente ancora in via di evoluzione. In quest'ultimo sistema, le norme che individuano la legge applicabile contenute nei regolamenti che sino a questo momento sono stati adottati riguardano, peraltro, solamente in parte le materie suscettibili di incidere sulla disciplina degli *status* personali e familiari. Tali regole presentano anch'esse, generalmente, carattere bilaterale, avendo, inoltre, efficacia universale, ovvero *erga omnes*, potendo quindi portare tanto all'applicazione della legge di uno Stato membro soggetto all'applicazione del singolo strumento quanto di quella di un paese terzo<sup>6</sup>.

La problematica in esame è inevitabilmente accresciuta dal regime favorevole che le legislazioni statali di diritto internazionale privato apprestano al riconoscimento di sentenze ed atti stranieri, prevedendo sovente un meccanismo di riconoscimento automatico, salva contestazione del riconoscimento sulla base dei motivi di diniego contemplati. Ciò consente di procedere, con riferimento a sentenze e ad atti in materia di *status* personali e familiari, all'aggiornamento dei registri dello stato civile senza necessità di intraprendere un procedimento giurisdizionale volto alla verifica dei requisiti per il riconoscimento<sup>7</sup>. Con questo,

<sup>6</sup> Questa caratteristica, che è comune a tutti gli atti dell'Unione europea sinora adottati in materia di diritto internazionale privato, si rivela problematica nei regolamenti di più recente adozione, nei quali parallelamente alla legge applicabile viene disciplinata anche la giurisdizione e il riconoscimento ed esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici nella materia considerata, con regole che presentano invece normalmente carattere *inter partes*, vale a dire con effetti limitati agli Stati membri. Si vedano in proposito, tra gli altri, B. Audit, G.A. Bermann, *The Application of Private International Law Norms to 'Third Countries': The Jurisdiction and Judgments Example*, in A. Nuyts, N. Watté (eds.), *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 55 ss., spec. pp. 56 ss.; M. Fallon, T. Kruger, *The Spatial Scope of the EU's Rules on Jurisdiction and Enforcement of Judgments: From Bilateral Modus to Unilateral Universality?*, in «Yearbook of Private International Law», vol. 14 (2012/2013), pp. 1 ss., spec. pp. 2 ss.; *adde*, con specifico riferimento al regolamento (UE) n. 650/2012 in materia di successioni, F. Marongiu Buonaiuti, *The EU Succession Regulation and Third Country Courts*, in «Journal of Private International Law», 2016, pp. 545 ss., spec. pp. 546 ss.

<sup>7</sup> Relativamente alla trascrizione nei registri dello stato civile delle sentenze straniere riconosciute in base agli articoli 64, 65 e 66 della legge 31 maggio 1995, n. 218, si veda la circolare del Ministero di Grazia e Giustizia del 7 gennaio 1997, su cui F. Salerno, *La circolare ministeriale «esplicativa» sull'iscrizione delle sentenze*



viene sovente ad estendersi, per autonoma scelta del legislatore nazionale, a sentenze ed atti pubblici formati in paesi terzi, quand'anche provvisti di sistemi giuridici disomogenei rispetto all'ordinamento dello Stato del foro e portatori di valori non agevolmente conciliabili con quelli ispiratori del relativo sistema giuridico, un regime di *favor* non troppo marcatamente dissimile da quello che le norme contenute nei regolamenti dell'Unione europea adottati nei diversi settori della cooperazione giudiziaria in materia civile riservano a decisioni ed atti, formati in altri paesi membri, nelle materie oggetto di tali strumenti<sup>8</sup>. A ciò deve aggiungersi il diffondersi di soluzioni favorevoli al riconoscimento delle situazioni giuridiche di carattere personale e familiare costituite all'estero nella loro valenza sostanziale, indipendentemente, quindi, da una formale attribuzione di efficacia al provvedimento giurisdizionale o all'atto pubblico con cui queste siano state formalizzate, bensì quale forma di concretizzazione del modo di essere dell'ordinamento giuridico in conformità delle cui regole esse siano state costituite<sup>9</sup>. Ciò, ancora una volta,

*straniere nei registri dello stato civile*, in «Riv. dir. int.», 1997, pp. 178 ss.; F. Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere e la circolare ministeriale agli uffici di stato civile*, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 1998, pp. 375 ss. Si veda, con riferimento alle modifiche introdotte dal D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, recante il nuovo ordinamento dello stato civile, R. Cafari Panico, *Divorzi stranieri tra riconoscimento e trascrizione*, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2002, pp. 5 ss.

<sup>8</sup> Si veda l'art. 21, par. 2, del regolamento n. 2201/2003. In proposito, deve notarsi che il riconoscimento di una sentenza emanata in un altro paese membro da trascriversi nei registri dello stato civile ai sensi dell'art. 21, par. 2, del regolamento n. 2201/2003 può essere contestato solo mediante la procedura di cui all'art. 21, par. 3 dello stesso regolamento: si veda R. Cafari Panico, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale nel nuovo regolamento Bruxelles II*, in S. Bariatti, C. Ricci (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio nei nuovi regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, Cedam, 2007, pp. 29 ss., spec. pp. 45 ss.; nel senso, invece, che la diretta applicabilità in materia delle disposizioni del regolamento non precluda il potere del procuratore della Repubblica di promuovere la cancellazione di un atto indebitamente trascritto, secondo le norme del nuovo ordinamento dello stato civile, R. Baratta, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 189 ss., spec. pp. 192.

<sup>9</sup> Si vedano in proposito, tra gli altri, tra gli altri, P. Mayer, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 547 ss., spec. pp. 558 ss.; H.-P. Mansel, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums*, in «Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht»,

può portare ad attribuire effetti nell'ordinamento di un paese europeo a un rapporto giuridico costituito secondo le norme di un paese extraeuropeo, sul modo d'essere del cui ordinamento giuridico influiscono principi e valori disomogenei rispetto a quelli propri del sistema giuridico del foro<sup>10</sup>.

Naturalmente, l'apertura agli ordinamenti giuridici stranieri operata dai sistemi statali di diritto internazionale privato, non meno del crescente sistema europeo e degli strumenti convenzionali esistenti, trova un suo limite tradizionale nell'ordine pubblico, quale clausola di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento dello Stato del foro. Questo limite, come è noto, è suscettibile di operare tanto con riguardo all'applicazione del diritto straniero nel regolare *in foro* una determinata situazione giuridica, quanto con riferimento al riconoscimento di sentenze ed altri atti stranieri e, per quanto specificamente concerne la materia dello stato delle persone e dei rapporti di famiglia, riguardo alla loro trascrizione o annotazione nei registri dello stato civile, nonché con riferimento al riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella loro valenza sostanziale. Pur sempre, diverso è suscettibile di rivelarsi il modo di porsi del limite dell'ordine pubblico, a seconda che questo riguardi l'applicazione del diritto straniero per costituire una situazione giuridica nel foro, piuttosto che il riconoscimento di una situazione costituita all'estero. Infatti, alla difesa dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico del foro si contrappone, sempre più marcatamente, l'esigenza di dare continuità alle situazioni giuridiche di carattere personale e familiare costituite all'estero. Tale continuità viene sovente considerata, particolarmente nella giurisprudenza pertinente della Corte europea dei diritti dell'uomo, parte integrante del diritto al rispetto della vita privata e fa-

2006, pp. 651 ss.; spec. pp. 687 ss.; R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in «Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye», vol. 348 (2010), pp. 253 ss., spec. pp. 280 ss.; Davì, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, cit., pp. 429 ss.

<sup>10</sup> La problematica è affrontata espressamente da Gannagé, *Les méthodes du droit international privé*, cit., pp. 96 ss.; vi si ritornerà più ampiamente trattando dell'incidenza del limite dell'ordine pubblico (*infra*, par. 4).

miliare dei soggetti interessati, nonché, nel contesto dell'Unione europea, del loro diritto alla libertà di circolazione<sup>11</sup>.

Per un verso, deve considerarsi che quest'ultimo profilo della strumentalità della continuità internazionale delle situazioni giuridiche di carattere personale e familiare all'attuazione della libertà di circolazione delle persone all'interno dell'Unione europea può considerarsi di minore incidenza sulla problematica che forma oggetto d'esame in questa sede. Infatti, questa riguarda soprattutto la sfera giuridica di soggetti che generalmente non possiedono la cittadinanza di un paese membro e non sono titolari del diritto alla libertà di circolazione riconosciuto ai cittadini europei e a limitate categorie di cittadini di paesi terzi, come i titolari di un permesso di soggiorno di lungo periodo ovvero i cittadini di paesi che siano parti di accordi di associazione che lo prevedano. I soggetti la cui sfera giuridica viene principalmente in considerazione in questa sede potranno nondimeno, in casi diversi da quelli da ultimo menzionati, beneficiare della libertà di circolazione a titolo derivato, in quanto si trovino ad essere familiari di un cittadino dell'Unione o di un altro soggetto che ne benefici a titolo principale<sup>12</sup>. A questo riguardo, può, peraltro, porsi il problema dell'incidenza della legge dello Stato terzo di cui tali soggetti sono cittadini al fine di accertarne il ricadere nella nozione di familiare di un cittadino di uno Stato membro. Questa incidenza può apparire limitata nella misura in cui tale nozione, definita nella legislazione pertinente dell'Unione con riferimento ai tipi di rapporti familiari suscettibili di venire in considerazione a tal fine, si presenti come destinata ad un'interpretazione autonoma e tendenzialmente uniforme all'interno dell'Unione. Una tale interpretazione si pone, infatti, come scar-

<sup>11</sup> Si vedano, per un quadro generale, Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, cit., pp. 391 ss.; Davì, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, cit., pp. 439 ss.; Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale*, cit., pp. 70 ss.

<sup>12</sup> La disciplina della libertà di circolazione dei cittadini di paesi terzi familiari di cittadini dell'Unione è contenuta, come è noto, nella direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, in *GUCE*, L 158 del 30 aprile 2004, p. 77.

samente permeabile all'influsso delle categorie giuridiche proprie tanto dei singoli paesi membri, quanto dei paesi terzi da cui provengano i soggetti che ambiscano a poter beneficiare della libertà di circolazione e soggiorno negli Stati membri in qualità di familiari di un cittadino europeo<sup>13</sup>. Per altro verso, il rifiuto di garantire la continuità internazionale ad una situazione giuridica di carattere personale e familiare costituita in un paese terzo in base alla legge nazionale del soggetto o dei soggetti interessati a motivo della incompatibilità degli effetti che sono suscettibili di derivarne con l'ordine pubblico dello stato del foro è comunque suscettibile di comportare, come si è accennato, ed indipendentemente da ogni ricaduta sul piano del diritto, primario come derivato, dell'Unione europea<sup>14</sup>, una compressione del diritto al rispetto della vita privata e familiare che gli Stati parte della

<sup>13</sup> La direttiva 2004/38/CE, cit., infatti, contiene, all'art. 2, n. 2, una definizione autonoma di "familiare" per i fini della direttiva stessa, la quale lascia tuttavia un margine di incidenza alle legislazioni degli Stati membri, quanto alla ricomprensione in tale nozione della figura del *partner* di un'unione registrata, la quale è subordinata al fatto che la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio, e purché siano rispettate a tal fine le condizioni previste dalla legge di tale Stato membro. Per quanto attiene, invece, al diritto dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro di ricongiungersi ai propri familiari, rileva la direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, in *GUCE*, L 251 del 3 ottobre 2003, pp. 12 ss. Come si avrà modo di osservare più avanti (*infra*, par. 2) con specifico riferimento alla problematica dei matrimoni poligamici, quest'ultima direttiva lascia un più ampio margine di discrezionalità agli Stati membri nell'individuazione delle categorie di familiari beneficiari, limitandosi a individuare un nucleo minimo a favore dei cui componenti il diritto in questione deve poter essere esercitato.

<sup>14</sup> La problematica nella giurisprudenza della Corte di giustizia è stata affrontata, notoriamente, con specifico riferimento al diritto al nome, venendo il rifiuto di uno Stato membro di dare continuità, mediante trascrizione nei relativi registri dello Stato civile, al nome di una persona così come formato in base alla legislazione di un altro Stato membro tendenzialmente configurato alla stregua di un ostacolo alla libertà di circolazione delle persone: Corte di giustizia CE, causa C-148/02, *Garcia Avello c. Stato belga*, sentenza del 2 ottobre 2003; causa C-353/06, *Grunkin e Paul*, sentenza del 14 ottobre 2008; per alcuni casi più recenti, nei quali il rifiuto di dare continuità al nome è stato ritenuto dalla Corte giustificato per motivi di ordine pubblico, trattandosi di casi peculiari nei quali si invocava la trascrizione di cognomi contenenti titoli e particelle nobiliari non previsti, e persino non consentiti, dalla legislazione dello Stato membro richiesto, Corte di giustizia UE, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, sentenza del 22 dicembre 2010; causa C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe*, sentenza del 2 giugno 2016.

Convenzione europea dei diritti dell'uomo devono garantire a tutte le persone soggette alla propria potestà d'imperio, diritto che è passibile di limitazioni solamente alle condizioni tassativamente individuate dall'art. 8 della Convenzione, così come interpretate dalla Corte europea nella propria giurisprudenza<sup>15</sup>.

*2. Circolazione degli status personali e diversità dei modelli familiari: l'incidenza dei diritti religiosi, con particolare riferimento al diritto islamico*

La crescente mobilità internazionale delle persone, alimentata in modo particolare dai flussi migratori, è inevitabilmente suscettibile di accrescere la frequenza con la quale hanno modo di crearsi rapporti familiari tra persone non soltanto di cittadinanza differente, bensì anche portatrici di culture e tradizioni giuridiche ed etiche differenti, come pure via via più frequente è suscettibile di rivelarsi la situazione nella quale un rapporto familiare costituitosi in un paese il cui ordinamento è ispirato a tradizioni e valori differenti da quelli che ispirano gli ordinamenti dei paesi europei sia fatto valere in uno di questi ultimi paesi. Ciò è suscettibile di dar luogo a problemi di compatibilità con l'ordinamento interno dello Stato nel quale il rapporto giuridico costituitosi all'estero viene fatto valere. Tali problemi, in

<sup>15</sup> La casistica che forma oggetto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia è alquanto vasta, spaziando da casi relativi al riconoscimento di rapporti adottivi costituiti all'estero, con le note pronunce relative ai casi *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, ricorso n. 76240/01, sentenza del 28 giugno 2007, e *Negrepontis-Giannis c. Grèce*, ricorso n. 56759/08, sentenza del 3 maggio 2011; al diritto al nome, con particolare riferimento ai casi *Heidecker-Tiemann v. Germany*, ricorso n. 31745/02, decisione sulla ricevibilità del 6 maggio 2008, e *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, ricorso n. 664/06, sentenza del 9 novembre 2010, e, in tempi più recenti, al riconoscimento di rapporti di filiazione costituiti all'estero mediante il ricorso a tecniche di surrogazione di maternità, con le note pronunce relative ai casi *Labassée c. France*, ricorso n. 65941/11, sentenza del 26 giugno 2014; *Mennesson c. France*, ricorso n. 65192/11, sentenza del 26 giugno 2014, e *Paradiso et Campanelli c. Italie*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 27 gennaio 2015, seguita da GC, sentenza del 24 gennaio 2017. Si vedano in generale sulla problematica, tra gli altri, Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, cit., pp. 398 ss.; Davì, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, cit., pp. 439 ss.; anche Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale*, cit., pp. 71 ss.

alcuni casi, possono presentarsi ad un livello tale da giustificare l'invocazione del limite dell'ordine pubblico, quale tradizionale meccanismo di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico del foro. L'operare del limite in questione, al tempo stesso, comporta una rottura dell'armonia internazionale delle soluzioni, con un'incidenza inevitabile, secondo quanto già si è rilevato, sulla continuità degli *status* personali e familiari.

La problematica sin qui tratteggiata appare suscettibile di porsi particolarmente in relazione ai sistemi giuridici nei quali forte è l'ispirazione di carattere religioso delle soluzioni accolte, e particolarmente negli ordinamenti di matrice islamica. Ciò non soltanto alla luce del mero dato materiale per il quale la componente islamica si presenta sicuramente come la più consistente sul piano della provenienza dei flussi migratori verso i paesi europei<sup>16</sup>, ma in modo particolare a causa della profonda incidenza del fattore religioso nel determinare i principi ispiratori del diritto islamico, con un particolare influsso nel campo del diritto delle persone e di famiglia. Infatti, pur nelle varie forme nel quale il diritto islamico, ispirato alla *shari'ah*, trova concretamente applicazione negli ordinamenti dei paesi ad esso ispirati<sup>17</sup>, esso si rivela basato su principi etici e sociali difficilmente conciliabili con quelli propri degli ordinamenti giuridici euro-

<sup>16</sup> Secondo quanto rilevato, tra gli altri, da Campiglio, *Identità culturale*, cit., p. 1040, e da Gannagé, *Les méthodes du droit international privé*, cit., pp. 21 ss., per quanto sia certamente possibile riscontrare problemi analoghi nel confronto tra paesi europei e paesi i cui ordinamenti sono espressioni di valori di diversa matrice religiosa che possano ugualmente porre problemi di compatibilità con i principi ispiratori degli ordinamenti dei primi paesi, il problema si è posto nella prassi con particolare frequenza e visibilità nei rapporti con i paesi islamici, sia in ragione della consistenza dei flussi migratori da tali paesi, sia in considerazione dei marcati tratti di disomogeneità se non di aperta incompatibilità dei principi ispiratori di tali ordinamenti rispetto a quelli propri dei paesi europei.

<sup>17</sup> Nel contesto degli ordinamenti basati sul diritto islamico, si deve segnalare la posizione di relativa moderazione e tendenziale apertura al dialogo con i paesi occidentali propria, segnatamente, della Tunisia e del Marocco, con particolare riferimento, in quest'ultimo paese, alla riforma del diritto di famiglia avvenuta con legge del 5 febbraio 2004. Si vedano in proposito Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano*, cit., p. 198; Campiglio, *Identità culturale*, cit., pp. 1040 ss.; Gannagé, *Les méthodes du droit international privé*, cit., pp. 23 ss., le quali, pur ponendo in diversa evidenza l'esistenza di diversità tra gli ordinamenti di matrice islamica, concordano nell'individuare il modello di riferimento di tali ordinamenti in materia familiare nella famiglia legittima e patriarcale.

pei. Vengono particolarmente in considerazione, in proposito, i principi della parità tra l'uomo e la donna e della indifferenza del credo religioso al fine del godimento dei diritti civili e politici e, segnatamente, della costituzione e dello scioglimento di rapporti coniugali e familiari. Inevitabilmente, istituti quali il matrimonio poligamico o il ripudio, come pure la subordinazione del nulla osta al matrimonio di una cittadina di un paese islamico all'estero al credo islamico del marito, pongono seri problemi di compatibilità con tali principi. Lento è stato, come si vedrà nell'esaminare l'evoluzione dell'orientamento nei confronti di ciascuno degli istituti evocati, il cammino verso un'attenuazione della contrapposizione tra sistemi, con un ricorso maggiormente selettivo e temperato al limite dell'ordine pubblico quale meccanismo di salvaguardia dei principi propri degli ordinamenti occidentali.

Il caso del matrimonio poligamico può considerarsi particolarmente sintomatico della problematica in esame, dal momento che, in relazione ad esso, si è in presenza di una situazione giuridica di carattere familiare che può rivelarsi legittimamente costituita nel paese del quale il soggetto interessato ha la nazionalità, ma che non può essere produttiva di effetti in un paese europeo nel quale essa sia fatta valere, contrastando col principio fondamentale del divieto di discriminazioni basate sul sesso e con il postulato dell'unicità del vincolo coniugale. Quest'ultimo è tutelato finanche sul piano penale, mediante la previsione, ad esempio, nell'ordinamento italiano, del reato di poligamia<sup>18</sup>. Sul piano degli effetti civili, la soluzione più frequentemente adottata nei paesi europei a questo riguardo consiste nel rifiuto di attribuire effetti al matrimonio concluso successivamente, particolarmente, come avviene nel caso della soluzione contemplata dalla specifica disciplina dell'istituto nel diritto inglese, ove il matrimonio successivo sia contratto in Inghilterra con una donna avente il proprio *domicile* nel paese<sup>19</sup>. Tale soluzione,

<sup>18</sup> Art. 556 cod. pen. La norma sanziona tanto la condotta di chi, legato da un matrimonio che produce effetti civili, contraiga un nuovo matrimonio, quanto, reciprocamente, la condotta di chi, non essendo legato da precedente matrimonio avente effetti civili, contraiga matrimonio con chi ne sia, invece, legato.

<sup>19</sup> Questa soluzione, introdotta dal *Matrimonial Proceedings (Polygamous*

replicata anche dalla giurisprudenza francese con riferimento ai casi in cui la nuova moglie sia cittadina francese<sup>20</sup>, appare tendenzialmente ispirata alla teoria dell'*ordre public de proximité*, per la quale il limite dell'ordine pubblico viene ad assumere rilevanza più stringente in relazione a quelle situazioni che presentino un più stretto collegamento con l'ordinamento giuridico del foro<sup>21</sup>. Benché sia mirata al solo fine di regolamentare il diritto

*Marriages*) Act 1972, è seguita attualmente dalla Section 5, para. 1, del *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*, il quale prevede che un matrimonio contratto all'estero tra coniugi nessuno dei quali sia legato da precedente matrimonio non possa essere considerato invalido per il solo fatto che la legge in base alla quale sia stato concluso consenta la poligamia e che una delle parti sia *domiciled* in Inghilterra. La norma persegue con evidenza il fine di impedire il prodursi in Inghilterra della situazione materiale, il matrimonio poligamico, considerata incompatibile col diritto inglese, e non già il mero fatto che questa possa prodursi in base alla legge ad essa applicabile. Si veda Campiglio, *Identità culturale*, cit., p. 1044.

<sup>20</sup> In questo senso, Cour de cassation, 1<sup>re</sup> Ch. civ., 24 settembre 2002, in «Revue critique de droit international privé», 2003, pp. 271 ss., nota B. Bourdelois, ivi, pp. 273 ss., ove la Cassazione francese ha affermato che alla nullità disposta dalla legge francese per il caso di matrimonio poligamico possa farsi eccezione solamente nel caso in cui le leggi nazionali di entrambi i coniugi lo consentano, ciò che, evidentemente, non può ritenersi avvenire ove uno di essi sia di nazionalità francese, alla luce del divieto posto dall'art. 147 del *code civil*. Si veda Campiglio, *Identità culturale*, cit., pp. 1046 s., la quale osserva che la giurisprudenza francese è andata progressivamente adottando un orientamento più restrittivo in materia, di pari passo con l'irrigidimento della legislazione in materia di immigrazione, che si è spinta sino a negare il rilascio del permesso di soggiorno agli stranieri che vivono in stato di poligamia e ai relativi congiunti: si veda la legge n. 93-1027 del 24 agosto 1993 e, successivamente, la legge n. 2006/911 del 24 luglio 2006, che ha modificato il *Côde de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*. Per un quadro delle successive modifiche della legislazione francese in materia di immigrazione, introdotte rispettivamente con la legge n. 2011/672 del 16 giugno 2011 e con le leggi n. 2015/925 del 29 luglio 2015 e n. 2016/274 del 7 marzo 2016, che tuttavia non appaiono toccare specificamente il profilo in esame, si vedano, per la prima, D. Turpin, *La loi n° 2011/672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité: de l'art de profiter de la transposition des directives pour durcir les prescriptions nationales*, in «Revue critique de droit international privé», 2011, pp. 499 ss.; per le seconde, Id., *La loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France: mieux accueillir les uns; mieux éloigner les autres*, ivi, 2016, pp. 235 ss.; in un'ottica comparatistica, F. Jault-Seseke, *Evolution récente du droit des étrangers et du droit d'asile*, ivi, 2017, pp. 37 ss.

<sup>21</sup> Si veda in proposito P. Courbe, *L'ordre public de proximité*, in M.-N. Jobard-Bachelier, P. Mayer (éd.), *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 227 ss. Ispirata a questa concezione del limite dell'ordine pubblico appare chiaramente una successiva pronuncia della Cour de cassation, 2<sup>ème</sup> Ch. civ., 14 février 2007, in «Journal du droit international», 2007, pp. 933 ss., nota B. Bourdelois, ivi, pp. 934 ss., la quale, in relazione alle domande di pensione di reversibilità presentate dalle due mogli di un



di soggiorno dei familiari dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia regolare, è da notare anche la soluzione contemplata dalla direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare, per la quale tale diritto può essere fatto valere con riferimento ad un solo coniuge, da identificarsi col coniuge col quale l'interessato già conviva nel territorio di uno Stato membro. La direttiva non osta, peraltro, a che il diritto al ricongiungimento familiare sia fatto valere nei confronti dei figli avuti da diverse mogli, la situazione non presentandosi, a quest'ultimo riguardo, sostanzialmente diversa da quella che sussisterebbe in presenza di figli nati da diverse unioni succedutesi nel tempo<sup>22</sup>.

cittadino algerino, ha ritenuto che l'accoglimento delle domande e, conseguentemente, l'attribuzione di effetti nell'ordinamento francese al secondo matrimonio contratto in assenza dello scioglimento ovvero annullamento del primo non contrastasse con l'ordine pubblico francese, dal momento che questo non poteva ritenersi fare ostacolo al riconoscimento in Francia di una situazione giudica costituita genuinamente all'estero conformemente alla legge applicabile secondo le norme francesi di diritto internazionale privato. Nella giurisprudenza successiva, la Cassazione francese, nella medesima ottica, ha escluso l'efficacia, ai medesimi fini, del secondo matrimonio contratto in costanza del primo dal momento che la prima moglie era cittadina francese, ravvisando in ciò una giustificazione per l'operare del limite dell'ordine pubblico: si veda Cour de cassation, 2<sup>ème</sup> Ch. Civ., 1er décembre 2011, in «Revue critique de droit international privé», 2012, pp. 339 ss., nota P. Lagarde, ivi, pp. 341 ss.; successivamente, un orientamento più flessibile appare accolto, in casi nei quali il primo matrimonio con la moglie cittadina francese era stato nel frattempo sciolto per divorzio benché successivamente alla celebrazione del secondo, in due pronunce più recenti: Cour de cassation, 2<sup>ème</sup> Ch. civ., 9 octobre 2014; 2<sup>ème</sup> Ch. civ., 12 février 2015, in «Revue critique de droit international privé», 2015, pp. 621 ss. 622 ss., nota E. Ralser, ivi, pp. 623 ss. In una pronuncia successiva, la Cassazione francese ha invece ritenuto legittima l'opposizione del pubblico ministero per contrarietà all'ordine pubblico alla trascrizione di un secondo matrimonio contratto da un cittadino francese all'estero in mancanza di scioglimento del precedente matrimonio, e ciò malgrado l'intervenuta prescrizione dell'azione di nullità del secondo matrimonio del quale era stata richiesta la trascrizione: si veda Cour de cassation, 1<sup>re</sup> Ch. Civ., 19 octobre 2016, in «Journal du droit international», 2017, pp. 146 ss., nota F. Monéger, ivi, pp. 147 ss.; «Revue critique de droit international privé», 2017, pp. 535 ss., nota E. Gallant, *ibidem*; D. Sindres; *Le refus de transcription d'un acte relatant le mariage bigamique d'un Français à l'étranger*, in «Recueil Dalloz», 2016, pp. 2549 ss.

<sup>22</sup> Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al ricongiungimento familiare, cit., art. 4, par. 4. La norma, nell'escludere la possibilità per gli Stati membri di autorizzare l'ingresso e il soggiorno di un secondo coniuge, lascia inoltre agli Stati membri la possibilità di limitare l'ingresso dei figli avuti dal soggiornante con quest'ultimo. La giustificazione per queste scelte di carattere limitativo suscettibili di essere adottate dagli Stati membri viene individuata nel preambolo della direttiva, al considerando n. 11, nell'esigenza di salvaguardare diritti e valori tutelati

Non meno problematico si presenta, nella prospettiva indicata, l'istituto del ripudio. Esso, in quanto rimesso ad una decisione unilaterale del marito, appare a propria volta inconciliabile col principio dell'uguaglianza tra i coniugi, se non accompagnato da una reciproca facoltà in capo alla moglie<sup>23</sup>. Con riferimento al ripudio può porsi altresì, anche ove la moglie appaia acconsentirvi non opponendovisi, un problema di incompatibilità col diritto alla tutela giurisdizionale. Ciò in quanto, diversamente

dagli ordinamenti degli Stati membri, con particolare riferimento ai diritti delle donne e dei minori. Come osservato da Campiglio, *Identità culturale*, cit., p. 1060, la decisione di rifiutare l'ingresso ai figli minori avuti dal soggiornante con l'altro coniuge che si basi su argomentazioni di ordine pubblico legate al mancato riconoscimento del matrimonio poligamico comporterebbe un sacrificio sproporzionato per i diritti dei figli e si rivelerebbe incompatibile col principio del superiore interesse del minore. Nell'ordinamento italiano, l'art. 29 del Testo unico sull'immigrazione adottato con D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come modificato in attuazione della direttiva in questione, esclude dal ricongiungimento familiare nelle circostanze indicate il secondo coniuge e i genitori a carico che versino a propria volta in simili circostanze, non prevedendo alcuna limitazione per i figli avuti dal soggiornante col secondo coniuge.

<sup>23</sup> La giurisprudenza francese, particolarmente ampia al riguardo, in considerazione, evidentemente, dei legami della Francia coi paesi musulmani dell'area del Maghreb, è andata evolvendo da un'iniziale tendenziale apertura verso una netta chiusura nei confronti dell'istituto, specialmente a seguito di quattro pronunce parallele della Cour de cassation, 1<sup>re</sup> Ch. civ., 17 février 2004, in «Journal du droit international», 2004, pp. 1200 ss., nota L. Gannagé, ivi, pp. 1202 ss.; «Revue critique de droit international privé», 2004, pp. 423 ss., nota P. Hammje, *ibidem*; P. Courbe, *Le rejet des répudiations musulmanes*, in «Recueil Dalloz», 2004, p. 815 ss.; seguite, tra le altre, da Cour de cassation, 1<sup>re</sup> Ch. civ., 4 novembre 2009, in «Revue critique de droit international privé», 2010, pp. 369 ss., su cui K. Zaher, *Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocaines. À propos de l'arrêt de la première chambre civile du 4 novembre 2009*, ivi, pp. 313 ss., spec. pp. 324 ss., ove l'A. fa notare che l'argomentazione basata sull'incompatibilità dell'istituto col principio dell'uguaglianza tra l'uomo e la donna nel matrimonio deve ritenersi superata, in particolare, nell'ordinamento marocchino, nel quale è contemplato simmetricamente il ripudio unilaterale da parte della moglie. Quest'ultimo, nelle forme contemplate dal diritto marocchino, è stato ritenuto non contrastare con l'ordine pubblico italiano, in considerazione della reciprocità della previsione della relativa facoltà in capo ai due coniugi, dal Tribunale di Reggio Emilia, sent. 22 marzo 2014, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2014, pp. 690 ss.; nello stesso senso, con riferimento all'analogo istituto come contemplato dal diritto egiziano, nel quale la facoltà di ripudio unilaterale è concessa alla moglie nel caso in cui il marito sia scomparso senza giustificato motivo da più di un anno, Tribunale di Varese, sent. 13 novembre 2012, ivi, pp. 105 ss. Un profilo di incompatibilità con l'ordine pubblico italiano è stato invece ravvisato in una particolare ipotesi di divorzio contemplata dal diritto marocchino, in quanto avente carattere revocabile: si veda Tribunale di Aosta, sent. 25 giugno 2010, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2011, pp. 437 ss.

da quanto avviene, pur con alcune diversità quanto alle modalità procedurali contemplate dai singoli ordinamenti, per lo scioglimento del matrimonio nella generalità dei paesi europei, il ripudio come tradizionalmente configurato produce effetti automaticamente sulla base della sola dichiarazione del marito, senza alcuna forma di controllo giurisdizionale<sup>24</sup>.

Ulteriori problemi di compatibilità con i principi ispiratori della disciplina dei rapporti familiari nei paesi europei sorgono in relazione alla disciplina della filiazione. Infatti, il diritto islamico tende a negare rilevanza alla filiazione naturale, escludendo totalmente la configurabilità di un rapporto di filiazione al di fuori del matrimonio e colpendo persino con sanzioni penali a carico del genitore la procreazione al di fuori del vincolo coniugale<sup>25</sup>. L'inconciliabilità di tale posizione di netta chiusura nei confronti della filiazione naturale appare ora suscettibile di rivelarsi ancora più marcata per quei paesi che, come l'Italia a

<sup>24</sup> A quest'ultimo riguardo, tuttavia, si deve registrare un'attenuazione dei profili di incompatibilità con l'ordine pubblico processuale tradizionalmente rilevati, dal momento che anche negli ordinamenti di alcuni paesi europei si vanno diffondendo procedimenti di scioglimento del matrimonio che prescindono da un controllo giurisdizionale, secondo quanto osservato da Campiglio, *Identità culturale*, cit., p. 1062. Al tempo stesso, in alcuni ordinamenti di diritto islamico, e segnatamente, nell'ordinamento marocchino, si assiste ad un intervento maggiormente marcato del giudice, il quale si estende al di là di una omologazione meramente formale, secondo quanto rilevato da O. Vanin, *Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2015, pp. 1031 ss., in critica a Corte d'appello di Venezia, sent. 9 aprile 2015, ivi, pp. 1029 ss., nella quale, facendosi riferimento ai tratti comuni del ripudio secondo la tradizione del diritto islamico e trascurando le specificità della disciplina di diritto positivo dell'istituto nel diritto marocchino come applicata nel caso di specie, si era invece ritenuta la non riconoscibilità in Italia per violazione del principio del contraddittorio di una sentenza di un tribunale marocchino di omologazione di un divorzio per ripudio unilaterale della moglie da parte del marito. Si veda anche, nel senso che non contrasta con l'ordine pubblico italiano il riconoscimento di una sentenza siriana di scioglimento del vincolo di carattere prematrimoniale costituito in base all'istituto islamico del *kath ktab*, dal momento che essa risulta emessa a seguito di un procedimento in contraddittorio tra le parti, Corte d'appello di Torino, decr. 23 dicembre 2010, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2011, pp. 478 ss.

<sup>25</sup> Si vedano in questo senso, in particolare, Cass., sent. 8 marzo 1999, n. 1951, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2000, pp. 130 ss.; Cass., sez. I civ., sent. 28 dicembre 2006, n. 27592, in «Riv. dir. int.», 2007, pp. 886 ss.; si vedano in proposito C. Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2008, pp. 43 ss., spec. pp. 66 ss.; Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano*, cit., pp. 204 ss.

seguito della riforma introdotta nel 2014, hanno optato per una piena equiparazione della filiazione legittima e naturale, venendo a creare un unico *status* di figlio<sup>26</sup>. Il diniego di tale *status* a chi sia nato al di fuori del matrimonio si rivelerebbe chiaramente inaccettabile, in quanto contrastante al tempo stesso con i principi ispiratori dell'ordinamento giuridico statale e col diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultimo diritto è suscettibile di essere violato ogniqualvolta uno Stato contraente accettasse di negare a un figlio naturale, in base al diritto applicabile al rapporto di filiazione, il diritto allo *status* di figlio che gli spetterebbe, non soltanto secondo il diritto interno dello Stato contraente interessato, bensì in base alla generalità degli ordinamenti degli Stati contraenti della Convenzione europea<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Si veda, con riferimento alle conseguenti modifiche della disciplina di diritto internazionale privato introdotte dall'art. 101 del D. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, O. Lopes Pegna, *Riforma della filiazione e diritto internazionale privato*, in «Riv. dir. int.», 2014, pp. 394 ss.

<sup>27</sup> Si veda in particolare, con riferimento alla disciplina sfavorevole vigente al tempo in Belgio relativamente al riconoscimento della filiazione naturale, con riferimento ad una situazione puramente interna a tale ordinamento, Corte europea dei diritti umani, *Marckx v. Belgium*, ricorso n. 6833/74, sentenza del 13 giugno 1979, spec. punti 36 ss.; in proposito, Campiglio, *op. ult. cit.*, p. 69; con riferimento all'incidenza sul diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 della Convenzione europea del rifiuto di dare continuità a un rapporto familiare costituito all'estero, per un quadro delle principali aree problematiche oggetto della giurisprudenza più recente della Corte europea, Baratta, *La reconnaissance internationale des situations*, cit., pp. 398 ss.; Davì, *Le renvoi en droit international privé*, cit., pp. 439 ss.; Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche*, cit., pp. 70 ss.; con specifico riferimento al riconoscimento del rapporto di filiazione costituito all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata, oggetto della nota giurisprudenza della Corte europea nei casi *Labassée c. France*, *Menesson c. France*, e *Paradiso et Campanelli c. Italie*, cit., *supra*, nota 15, R. Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in «Dir. um. e dir. int.», 2016, pp. 309 ss., spec. pp. 317 ss.; F. Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento della filiazione derivante da maternità surrogata – ovvero fecondazione eterologa sui generis – e la riscrittura del limite dell'ordine pubblico da parte della Corte di cassazione, o del diritto del minore ad avere due madri (e nessun padre)*, in E. Triggiani et al. (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, Cacucci, 2017, pp. 1141 ss., spec. pp. 1145 ss.; S. Tonolo, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante, tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in «Riv. dir. int.», 2017, pp. 1070 ss., spec. pp. 1074 ss.; M. Gervasi, *The European Court of Human Rights and Technological Development: The Issue of the Continuity of the Family*

Problemi di inconciliabilità con i principi ispiratori della disciplina dei rapporti familiari nei paesi europei e con i diritti fondamentali da questi tutelati sono infine suscettibili di porsi, come accennato, con riferimento ai requisiti di carattere religioso ai quali viene subordinato il rilascio del nulla osta per la conclusione del matrimonio tra una cittadina di un paese islamico e un cittadino straniero. L'evidente inconciliabilità della subordinazione del nulla osta al credo islamico del coniuge straniero col diritto alla libertà di religione è stata affrontata dalla giurisprudenza italiana, affermando la contrarietà all'ordine pubblico del diniego del nulla osta basato su motivi di carattere religioso<sup>28</sup>. Tale soluzione è stata, peraltro, anche recepita in una circolare ministeriale, nella quale è stata data istruzione agli ufficiali dello stato civile di non tenere conto della condizione relativa alla fede religiosa dei nubendi eventualmente contenuta nei nulla osta rilasciati da paesi che la prevedano<sup>29</sup>.

### *3. Amplificazione del fenomeno con l'accrescersi dei flussi migratori: la problematica della legge regolatrice dello status personale dei rifugiati*

La problematica che si è tratteggiata è inevitabilmente aggravata nella sua portata concreta per effetto dell'accrescersi in maniera esponenziale dei flussi migratori, particolarmente in provenienza dai paesi dell'Africa settentrionale e del medio oriente, paesi nei quali la religione islamica è particolarmente diffusa ed è sovente ispiratrice dei relativi ordinamenti<sup>30</sup>. A livel-

*Status Established Abroad Through Recourse to Surrogate Motherhood*, in «Dir. um. e dir. int.», 2018, pp. 213 ss., spec. pp. 218 ss.

<sup>28</sup> Si veda, sulla scia di un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, Tribunale di Piacenza, decreto 5 maggio 2011, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 2012, pp. 790 ss.; in proposito, Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico*, cit., pp. 55 ss.; Id., *Identità culturale*, cit., pp. 1048 ss.; Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano*, cit., pp. 199 ss.

<sup>29</sup> Ministero dell'Interno, Dipartimento per gli Affari interni e territoriali, Direzione centrale per i servizi demografici, Area III – Stato civile, Circolare n. 46 dell'11 settembre 2007, *Rilascio del nulla-osta al matrimonio ex art. 116 c.c. subordinato alla condizione che il nubendo sia di religione musulmana*.

<sup>30</sup> Come osservato, tra gli altri, da Gannagé, *Les méthodes du droit international*

lo giuridico, oltre ai profili legati alla diversità sostanziale degli istituti propri del diritto di famiglia negli ordinamenti di matrice islamica e alle problematiche legate alla difficile conciliabilità di tali istituti con i principi e valori caratterizzanti le società occidentali, ulteriori profili problematici appaiono suscettibili di porsi in relazione alle circostanze nelle quali materialmente si attua nella stragrande maggioranza dei casi il fenomeno migratorio. Sovente, infatti, si assiste a fenomeni di immigrazione irregolare, nei quali i migranti giungono in un paese europeo, tipicamente – e particolarmente nei tempi più recenti, a seguito della politica di chiusura adottata da diversi paesi del blocco est-europeo nei confronti dei flussi migratori provenienti dai paesi confinanti – nei paesi che si affacciano sul Mediterraneo come l'Italia, separatamente dai loro familiari e senza recare con sé documenti dai quali il loro *status* personale o familiare possa essere agevolmente ricostruito. Per di più, nella gran parte dei casi i migranti, dichiarando di fuggire da paesi nei quali i loro diritti fondamentali sono negati o minacciati a causa di gravi situazioni di conflitto interno o della presenza al potere di regimi di carattere autoritario, presentano domanda di asilo ovvero di riconoscimento di altra forma di protezione internazionale. All'accrescersi in via esponenziale dei flussi migratori e all'affollarsi dei richiedenti asilo negli Stati membri di primo ingresso in base alle regole previste nel discusso regolamento c.d. di Dublino per l'individuazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo<sup>31</sup>, consegue poi nei fatti un

*privé*, cit., pp. 17 ss.

<sup>31</sup> Si veda il regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), in *GUUE*, L 180 del 29 giugno 2013, pp. 31 ss., anche detto regolamento Dublino III, in quanto sostituisce il precedente regolamento (CE) n. 343/2003 in materia (c.d. Dublino II), il quale a propria volta trasponeva, con modificazioni, in un atto dell'Unione europea la disciplina inizialmente contenuta, anteriormente alla c.d. "comunitarizzazione" della materia operata col trattato di Amsterdam del 1997, nella Convenzione di Dublino del 15 giugno 1990. Si veda in termini generali A. Adinolfi, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in G. Strozzi (a cura di), *Diritto dell'Unione europea, Parte speciale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2015, pp. 126 ss., spec. pp. 142 ss. La disciplina contenuta nel regolamento in questio-

sovente inevitabile protrarsi dei tempi di esame delle domande di asilo. Si viene conseguentemente a creare l'indesiderata situazione per la quale un numero consistente di migranti permane per un consistente lasso di tempo nello *status* incerto e precario di richiedente asilo.

Questo stato di cose presenta le sue inevitabili ricadute anche sullo *status* personale e familiare dei richiedenti asilo, dal momento che dall'eventuale accoglimento della domanda d'asilo sono suscettibili di scaturire conseguenze rilevanti anche sul piano della legge regolatrice di tale *status*. Invero, l'art. 12 della convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati, partendo dal presupposto che per rifugiato debba intendersi, ai sensi dell'art. 1 della stessa convenzione, chi abbia a temere la negazione dei propri diritti o libertà fondamentali da parte dello Stato del quale è cittadino, prevede l'applicazione allo *status* personale del rifugiato della legge del proprio paese di domicilio, ovvero, in mancanza, della legge del proprio paese di residenza<sup>32</sup>. La soluzione prevista da questa disposizione è

ne, basata sul criterio generale dello Stato membro di primo ingresso del richiedente la protezione internazionale, ha dato luogo a notevoli discussioni, soprattutto da parte degli Stati membri maggiormente svantaggiati dall'applicazione di tale criterio, tra i quali, notoriamente, l'Italia, i quali hanno promosso una ulteriore revisione della disciplina in questione, che appare al momento ostacolata dall'interesse contrastante degli Stati membri tendenzialmente non di primo ingresso. Si veda la Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), doc. COM(2016) 270 def., del 4 maggio 2016. In proposito, tra gli altri, C. Di Stasio, *La crisi del "Sistema Europeo Comune di Asilo" (SECA) fra inefficienze del sistema Dublino e vacuità del principio di solidarietà*, in «Dir. Un. eur.», 2017, pp. 209 ss., spec. pp. 226 ss.; P. De Pasquale, *Verso la refusione del regolamento "Dublino III"*, in «Studi sull'integrazione europea», 2018, pp. 267 ss., spec. pp. 269 ss.

<sup>32</sup> Si vedano in proposito, tra gli altri, G. Conetti, *Norme di conflitto uniformi sullo statuto personale di rifugiati e apolidi e diritto internazionale privato italiano*, in *Studi in onore di Manlio Udina*, t. II, Milano, 1975, pp. 973 ss.; nella letteratura più recente, J.-Y. Carlier, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, in «Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye», t. 332 (2007), pp. 9 ss., spec. pp. 300 ss.; V. Chetail, *Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés: histoire d'une brève rencontre*, in «Journal du droit international», 2014, pp. 447 ss., spec. pp. 461 ss.; J. Verhellen, *La portabilité transfrontalière du statut personnel des réfugiés. Situer les interactions entre le droit international privé et le droit international des réfugiés*, in «Revue critique de droit

recepita, peraltro, in alcune leggi statali di diritto internazionale privato, tra le quali la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, che la fa propria all'art. 19, primo comma, equiparando al riguardo la posizione del rifugiato a quella dell'apolide<sup>33</sup>, e il codice belga di diritto internazionale privato. L'art. 3, par. 3, di quest'ultimo, tuttavia, mentre, similmente alla legge italiana, pone sullo stesso piano apolidi e rifugiati, prevede, non senza sollevare qualche difficoltà applicativa, il ricorso al criterio della residenza abituale in luogo di quello del domicilio ovvero della semplice residenza<sup>34</sup>. Si pone, invero, a questo riguardo, il problema di accertare i presupposti della residenza abituale in relazione a un rifugiato, il quale potrebbe non aver ancora maturato dei legami stabili e sufficientemente radicati col paese di accoglienza. Appare in questo senso più realistica la soluzione accolta, a livello convenzionale, dalle due convenzioni dell'Aja, rispettivamente, del 1996 in materia di protezione dei minori e del 2000 in materia di protezione degli adulti incapaci, le quali entrambe, all'art. 6, par. 1, fanno riferimento alla mera presenza del minore, ovvero, rispettivamente, dell'incapace, rifugiato o sfollato a livello internazionale (*internationally displaced*) a causa di disordini nel proprio paese, nel territorio dello Stato contraente le cui autorità vengono individuate come competenti ad adottare misure di protezione nei suoi confronti<sup>35</sup>.

international privé», 2017, pp. 173 ss., spec. pp. 182 ss.; C. Campiglio, *Lo statuto personale dei rifugiati: vecchi e nuovi problemi di diritto internazionale privato*, in «Riv. dir. int.», 2018, pp. 833 ss.

<sup>33</sup> Si vedano in proposito B. Barel, *Art. 19*, in S. Bariatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, in «Nuove leggi civ. comm.», 1996, pp. 1075 ss., spec. pp. 1078 ss.; R. Clerici, *Articolo 19*, in F. Pocar *et al.* (a cura di), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1996, pp. 95 ss., spec. pp. 96 ss.; C. Campiglio, *Lo statuto personale dei rifugiati*, cit., pp. 843 ss.

<sup>34</sup> Si veda M. Verwilgen, *Article 3 – Nationalité*, in J. Erauw *et al.* (eds.), *Het wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd – Le code de droit international privé commenté*, Antwerpen, Oxford, Brussel, Intersentia, 2006, pp. 10 ss., spec. pp. 16 ss.; in proposito, anche Verhellen, *La portabilité transfrontalière du statut personnel des réfugiés*, cit., p. 183.

<sup>35</sup> Si veda in proposito il *Rapport explicatif* della Convenzione dell'Aja del 1996, dovuto a P. Lagarde, disponibile sul sito <<http://www.hcch.net>>, gennaio 2019, par. 44, *sub* Art. 6, par. 1, p. 554, e, in termini corrispondenti, il *Rapport explicatif*



La soluzione accolta dalla convenzione di Ginevra non è scevra di difficoltà applicative, ponendosi, tra l'altro, il problema della sua applicabilità ai richiedenti asilo nonché ai titolari di altra forma di protezione internazionale, come la protezione sussidiaria prevista dalla direttiva 2011/95/UE, c.d. direttiva qualifiche<sup>36</sup>. Quest'ultima, a dire il vero, nel prevedere, all'art. 20, par. 2, una tendenziale equiparazione del contenuto della protezione sussidiaria rispetto a quella offerta ai rifugiati, non contiene alcun accenno al profilo in esame. Dal silenzio della direttiva sul punto potrebbe desumersi sistematicamente come giustificata l'interpretazione per la quale l'applicazione allo status personale del titolare di protezione sussidiaria della legge del domicilio ovvero della residenza in luogo della legge nazionale in tanto trovi giustificazione, secondo lo spirito della direttiva, in quanto la legge in tal modo resa applicabile consenta il perseguimento di un obiettivo di continuità dello *status* personale del beneficiario della protezione internazionale<sup>37</sup>. Quanto

della Convenzione dell'Aja del 2000, dovuto ugualmente a P. Lagarde, disponibile sul medesimo sito, par. 54, *sub* Art. 6, par. 1, pp. 57 ss. Si vedano anche Chetail, *Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés*, cit., p. 465; Verhellen, *La portabilité transfrontalière du statut personnel des réfugiés*, cit., pp. 186 ss. Una soluzione analoga figura, peraltro, recepita nel regolamento (CE) n. 2201/2003, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà genitoriale (c.d. "Bruxelles II-bis"), all'art. 13, par. 2, il quale pare replicare pressoché letteralmente la norma dell'art. 6, par. 1, della convenzione dell'Aja del 1996.

<sup>36</sup> Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), in *GUUE*, L 337 del 20 dicembre 2011, pp. 9 ss.

<sup>37</sup> Si veda in proposito Carlier, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., pp. 311 ss., il quale osserva che la questione si pone in termini diversi a seconda dei criteri di collegamento normalmente applicabili in materia di *status* personale nello Stato di accoglienza, il problema ponendosi evidentemente per quei paesi che accolgono il criterio della nazionalità, in quanto l'abbandono di tale criterio a favore di quello del domicilio o della residenza si giustificano solo in presenza di una rottura definitiva del legame con lo Stato nazionale della persona, la quale può darsi per acquisita quando sia riconosciuto lo status di rifugiato, mentre non altrettanto potrebbe dirsi nel caso in cui sia concessa la protezione sussidiaria, ed ancor meno nella situazione precaria nella quale si viene a trovare il richiedente asilo in pendenza dell'esame della propria domanda.

alla posizione del richiedente asilo, il già sottolineato carattere precario della sua condizione non consente di ritenere ragionevole un'estensione al suo *status* personale dell'applicazione della legge del domicilio piuttosto che della residenza in luogo della legge nazionale, per quei paesi, si intende, nei quali quest'ultima è normalmente deputata a regolare lo *status* delle persone. Non pare, infatti, opportuno interrompere la continuità, dal punto di vista della legge regolatrice, dello *status* personale dell'interessato fintantoché non sia accertato il ricorrere dei presupposti per la concessione dello *status* di rifugiato<sup>38</sup>.

In termini concreti, considerato che la cittadinanza è solitamente il principale criterio di collegamento accolto con riferimento alla determinazione dello *status* personale e familiare delle persone nei paesi di tradizione giuridica continental-europea, come pure, sovente, nei paesi di origine dei soggetti interessati, con particolare riferimento ai paesi islamici, la principale problematica insita nel ricorso ai criteri sussidiari del domicilio ovvero della residenza del rifugiato in luogo del criterio della cittadinanza è data dal rischio della creazione di situazioni giuridiche claudicanti. Queste tipicamente sorgono allorquando lo *status* di una persona o i suoi rapporti familiari si trovino ad essere disciplinati da leggi non coincidenti nei diversi paesi con i quali il soggetto interessato presenta elementi di collegamento rilevanti. Questo problema è reso ancor più grave nella realtà concreta, sopra tratteggiata, dei flussi migratori, nei quali, come si è rilevato, sovente avviene che il migrante non giunga accompagnato dai suoi familiari, i quali permangono, quantomeno per un certo tempo, nel paese d'origine, con la conseguenza che ad un medesimo rapporto familiare possono essere chiamate ad applicarsi legge diverse, in base alle quali quel rapporto potrebbe rivelarsi produttivo di effetti o meno.

<sup>38</sup> Si veda ancora Carlier, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., pp. 312 ss., il quale prospetta nondimeno il ricorso a meccanismi di flessibilità previsti dai sistemi nazionali di diritto internazionale privato, con particolare riferimento alla *clause d'exception* prevista in termini generali nell'art. 15 della legge federale svizzera di diritto internazionale privato e nell'art. 19 del codice belga di diritto internazionale privato, rilevando in proposito come la stessa soluzione contemplata dall'art. 12 della convenzione di Ginevra del 1951 sia espressione di un obiettivo di prossimità.

Il potenziale pregiudizio suscettibile di derivare per la continuità dello *status* personale del rifugiato dalla sostituzione della legge del domicilio ovvero della residenza alla legge nazionale quale legge regolatrice viene peraltro preso in considerazione dalla regola contenuta nel par. 2 della norma, che fa salvi i diritti del rifugiato derivanti da uno *status* personale sorto precedentemente all'acquisto dello *status* di rifugiato, con particolare riferimento ai diritti derivanti dal matrimonio, con una formula che appare ispirata alla teoria dei diritti acquisiti<sup>39</sup>. L'applicazione della regola da ultimo evocata non è tuttavia incondizionata, dal momento che il rispetto dei diritti acquisiti dal rifugiato in base alla legge che precedentemente regolava il suo *status* personale<sup>40</sup> è subordinato dalla norma in esame a due condizioni. Per un verso, la norma richiede che siano assolte le formalità previste dalla legge dello Stato di accoglienza, come tali dovendo intendersi, essenzialmente, la trascrizione

<sup>39</sup> Teoria della quale sono in realtà presenti diverse varianti, che ruotano in particolare intorno alla rilevanza della legge in base alla quale la situazione giuridica che è alla base del diritto da riconoscere è stata costituita, richiedendosi, ora, che tale legge coincida con quella concordemente individuata come applicabile in base ai sistemi di diritto internazionale privato dei paesi con cui la situazione si presenti collegata, ora, più liberalmente, con una legge che si dichiara applicabile alla fattispecie, eventualmente in base ad uno o più criteri di collegamento fissati dal sistema di diritto internazionale privato del paese chiamato a riconoscere i diritti in questione. Si vedano, per un quadro di queste diverse varianti della teoria in questione, tra gli altri, A. Ferrer-Correia, *La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales*, in «Multitudo legum, ius unum. Festschrift für Wilhelm Wengler», Berlin, 1973, pp. 285 ss., spec. pp. 302 ss.; H. Muir-Watt, *Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis*, in «Revue critique de droit international privé», 1986, pp. 425 ss.; A.E. von Overbeck, *Les questions générales de droit international privé à la lumière des condifications et projets récents*, in «Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye», t. 176 (1982-III), pp. 9 ss., spec. pp. 168 ss.; K. Siehr, *Renvoi und wohlerworbene Rechte*, in I. Meier, K. Siehr (hrsg. v.), *Rechtskollisionen, Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag*, Zürich, Schulthess, 1995, pp. 407 ss., spec. pp. 412 ss.; Davì, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, cit., pp. 429 ss.; si veda anche Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche*, cit., pp. 65 ss.

<sup>40</sup> La regola dell'art. 12, par. 2, della convenzione di Ginevra non appare in realtà precisare in base a quale legge i diritti da considerarsi acquisiti debbano essere sorti, pur potendosi leggere nella regola un richiamo implicito alla legge nazionale del rifugiato, la cui applicazione viene ad essere esclusa in base alla regola di cui al par. 1: si vedano in questo senso Carlier, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., p. 315; Campiglio, *Lo statuto personale dei rifugiati*, cit., p. 842.

degli atti e documenti da cui gli *status* all'origine di tali diritti risultino, con particolare riferimento, nell'esempio fatto dalla norma stessa, agli atti di matrimonio. Per altro verso, essa richiede che si tratti di diritti che avrebbero potuto essere riconosciuti al soggetto interessato in base al diritto dello Stato di accoglienza anche indipendentemente dal possesso dello *status* di rifugiato. Nella limitazione posta dalla norma, malgrado la sua formulazione non chiara, che è stata considerata in dottrina postulare un'equiparazione, a questo fine, del rifugiato a un normale cittadino straniero, deve sostanzialmente intravedersi un implicito richiamo all'ordine pubblico dello Stato di accoglienza. Questo è chiamato ad operare, nella specie, come limite all'applicazione delle norme del diritto nazionale del rifugiato, o, meglio, trattandosi di diritti che trovano il proprio fondamento in uno *status* personale formatosi in base a tale diritto, come limite al riconoscimento di situazioni giuridiche costituite secondo il diritto in questione<sup>41</sup>.

#### 4. *L'incidenza del limite dell'ordine pubblico come strumento di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale e il suo contemperamento col diritto alla continuità degli status personali e familiari*

L'incidenza del limite dell'ordine pubblico, particolarmente in relazione al riconoscimento di situazioni giuridiche costituite

<sup>41</sup> Si veda in questo senso Carlier, *Droit d'asile et des réfugiés*, cit., pp. 316 ss., il quale rileva come la regola in questione appaia volta a conciliare le due esigenze del rispetto dei diritti acquisiti dal rifugiato in base alla sua legge nazionale e della compatibilità con l'ordine pubblico dello Stato di accoglienza, la cui incidenza si giustifica in un'ottica di prossimità, avuto riguardo al fatto che il riconoscimento dello *status* di rifugiato comporta al tempo stesso un sostanziale allontanamento dell'interessato dal proprio paese di origine e un suo avvicinamento al paese d'accoglienza. Si vedano anche Chetail, *Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés*, cit., pp. 471 ss., il quale rileva come sia singolare che nella norma in questione non compaia un espresso riferimento all'ordine pubblico, pur potendo trovare ciò giustificazione nella relativa confusione che traspare dai lavori preparatori della convenzione di Ginevra quanto alle categorie proprie del diritto internazionale privato, e Campiglio, *Lo statuto personale dei rifugiati*, cit., p. 843, la quale osserva che il riferimento implicito all'ordine pubblico del paese d'accoglienza di fatto finisce con l'equiparare il trattamento dovuto sotto questo profilo al rifugiato a quello genericamente riservato allo straniero.

all'estero, appare costituire un elemento particolarmente problematico nella disciplina del fenomeno in esame. *In primis*, deve essere affrontato un problema di carattere definitorio, facendosi strada, particolarmente negli sviluppi più recenti della giurisprudenza italiana<sup>42</sup>, una tendenza a dare del limite in questione una lettura internazionalmente condivisa. Questa lettura non si pone in linea con le categorie tradizionali del diritto internazionale privato, che vedono nell'ordine pubblico un meccanismo di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale di fronte all'ingresso di valori giuridici incompatibili coi principi ispiratori di tale ordinamento giuridico<sup>43</sup>. La nozione tradizionale di ordine pubblico nel contesto del diritto internazionale privato, solitamente contrassegnata nella dottrina più risalente come ordine pubblico 'internazionale' per distinguerla dalla parallela nozione di ordine pubblico 'interno', da intendersi come costituito dall'insieme delle norme imperative del diritto statale, le quali operano sul diverso piano di limite all'autonomia negoziale dei privati<sup>44</sup>, è stata infatti via via affiancata da una diversa nozione di ordine pubblico 'internazionale', nel

<sup>42</sup> Con particolare riferimento a Corte di cassazione, sez. I civ., 30 settembre 2016, n. 19599, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2016, pp. 813 ss., relativa al riconoscimento di rapporti di filiazione costituiti all'estero da coppie di persone dello stesso sesso a seguito del ricorso ad operazioni di surrogazione di maternità. Si vedano, per considerazioni critiche in ordine alla ricostruzione del contenuto del limite dell'ordine pubblico operate dalla Cassazione in detta pronuncia, O. Feraci, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio «nato da due madri» all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016*, in «Riv. dir. int.», 2017, pp. 169 ss., spec. pp. 171 ss.; F. Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento delle filiazione derivante da maternità surrogata*, cit., pp. 1142 ss.

<sup>43</sup> Si vedano, con riferimento alla funzione del limite dell'ordine pubblico nel diritto internazionale privato, tra gli altri, G. Badiali, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 4 ss.; L. Condorelli, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 176 ss., spec. pp. 219 ss.; G. Barile, *I principi fondamentali della comunità statale e il coordinamento tra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Padova, Cedam, 1969, pp. 53 ss., spec. pp. 77 ss.; più recentemente, G. Contaldi, *Ordine pubblico*, in R. Baratta (a cura di), *Diritto internazionale privato*, *Dizionari del diritto privato promossi da Natalino Irti*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 273 ss.

<sup>44</sup> Fanno riferimento a questa accezione di ordine pubblico 'internazionale', tra gli altri, Badiali, *Ordine pubblico e diritto straniero*, cit., pp. 4 ss.; N. Palaia, *L'ordine pubblico «internazionale»*, Padova, Cedam, 1974, pp. 14 ss., in critica, quest'ultimo, alla tradizionale distinzione di tale accezione dell'ordine pubblico dalla comune nozione di ordine pubblico interno.

senso di un limite all'apertura dell'ordinamento giuridico statale rispetto all'ingresso di valori giuridici stranieri, costituito, questa volta, non già dai principi ispiratori del modo di essere dell'ordinamento giuridico dello Stato in quel dato momento storico, bensì, da principi e valori giuridici internazionalmente condivisi e sentiti come imperativi<sup>45</sup>.

La differenza quanto alla portata e alla funzione di queste due distinte concezioni di ordine pubblico 'internazionale' non potrebbe essere più netta, dal momento che la prima si desume da un insieme di principi propri dell'ordinamento giuridico statale. Questi possono trovare espressione non soltanto in disposizioni di rango costituzionale, bensì anche in norme di legge ordinaria che siano espressione del modo di essere dell'ordinamento giuridico statale in un dato momento storico nei diversi ambiti materiali suscettibili di venire in considerazione<sup>46</sup>. Questa nozione di ordine pubblico è evidentemente funzionale al già evocato obiettivo di preservare l'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale, presupponendone al tempo stesso l'autonomia e la non necessaria omologazione rispetto agli ordinamenti giuridici degli altri Stati. Invece, la seconda nozione di ordine pubblico, che potrebbe dirsi, per distinguerla anche terminologicamente dalla prima, 'veramente internazionale'<sup>47</sup>, si presenta, per un verso, più limitata nella portata, in quanto, dovendo rivelarsi costituita da principi internazionalmente sentiti come imperativi, essa difficilmente può estendersi al di

<sup>45</sup> Si veda, con riferimento a questa diversa accezione, Barile, *I principi fondamentali della comunità statale e il coordinamento tra sistemi*, cit., pp. 19 ss.; P. Benvenuti, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 2 ss. Si veda in proposito, da ultimo, F. Salerno, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2018, pp. 259 ss., spec. pp. 264 ss.

<sup>46</sup> Appare a questo proposito particolarmente indicativo della rigida adesione al modello dell'ordine pubblico 'veramente internazionale' operata dalla Corte di cassazione nella richiamata sentenza n. 19599/2016 l'affermazione, contenuta nel par. 7 della motivazione, per il quale a delinearne il contenuto potrebbero concorrere unicamente le fonti internazionali e i principi generali sanciti nella carta costituzionale, con l'esclusione di principi desumibili da norme di legge ordinaria. Si veda sul punto Feraci, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio «nato da due madri» all'estero*, cit., pp. 172 ss.

<sup>47</sup> Secondo la formula utilizzata in proposito da Contaldi, *Ordine pubblico*, cit., p. 275.

là dell'ambito di quei diritti fondamentali della persona umana rispetto ai quali possa riscontrarsi una sufficiente omogeneità di percezione a livello internazionale quanto all'imperatività della loro tutela<sup>48</sup>. Per altro verso, la nozione autenticamente internazionale di ordine pubblico qui richiamata appare perseguire una finalità che non sembra potersi identificare con quella che si è detta propria dell'ordine pubblico nel diritto internazionale privato, e cioè di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale. Essa si rivela volta, invece, per sua natura, a preservare l'osservanza di valori internazionalmente condivisi. In definitiva, laddove la prima nozione, come si è rilevato, presuppone l'alterità e, almeno in una certa misura, la diversità degli ordinamenti giuridici statali, la seconda nozione tende a comprimere i margini di autonomia di questi ultimi, presupponendone la condivisione di valori comuni e non salvaguardando aspetti propri del modo di essere del singolo ordinamento che non siano direttamente riconducibili a tali valori internazionalmente sentiti come imperativi<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Si veda, ad esempio, in questo senso, Corte di cassazione, sez. un., sent. 8 gennaio 1981, n. 189, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 1981, pp. 787 ss., spec. p. 790, su cui Contaldi, *Ordine pubblico*, cit., p. 276. Il medesimo approccio figura accolto da Corte di cassazione, sez. I civ., 30 settembre 2016, n. 19599, cit., spec. pp. 819 ss., rivelando, peraltro, un approccio teso a procedere ad un livellamento delle tutele offerte dalla disposizioni pattizie in materia di diritti dell'uomo dalla quale i principi di riferimento vengono ad essere desunti, omettendo di considerare l'elemento del margine di apprezzamento che queste stesse disposizioni lasciano ai singoli ordinamenti statali in ordine al contemperamento con altri interessi potenzialmente confliggenti, e così annullando il margine di differenziazione che può sussistere quanto ai termini nei quali quegli stessi diritti e principi ricevono concretamente tutela all'interno del singolo ordinamento statale. Ci si permette di rinviare in proposito alle considerazioni critiche svolte al riguardo in Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento della filiazione derivante da maternità surrogata*, cit., pp. 1143 ss.

<sup>49</sup> Peraltro, una criticità insita nella concezione dell'ordine pubblico che si può chiamare "veramente internazionale" era stata evidenziata dallo stesso Barile, *I principi fondamentali della comunità statale e il coordinamento tra sistemi*, cit., pp. 77 ss., nel riscontrare il dato oggettivo della diversità dei modi in cui i singoli ordinamenti giuridici statali si adeguano al contenuto delle regole di diritto internazionale, con un conseguente variabile grado di incidenza di queste ultime sui principi fondamentali della comunità statale; si veda inoltre Palaia, *L'ordine pubblico «internazionale»*, cit., pp. 17 ss., il quale evidenziava che, per quanto la nozione di ordine pubblico propria di ciascuno Stato possa essere in parte permeata da principi e valori internazionalmente condivisi, come quelli relativi alla tutela della dignità umana, pur sempre essa, nel contesto del diritto internazionale privato, è destinata ad operare a tutela

Appaiono, conseguentemente, criticabili alcune conclusioni senz'altro affrettate raggiunte dalla Cassazione italiana in tempi recenti, che, in materia di riconoscimento degli *status* familiari acquisti all'estero, tendono a sostituire nettamente la nozione tradizionale di ordine pubblico nel diritto internazionale privato con l'accennata, distinta figura dell'ordine pubblico realmente internazionale, giungendo a ritenere che possano legittimamente costituire parte dell'ordine pubblico statale, inteso quale limite all'ingresso di valori giuridici stranieri, unicamente quei principi e valori che possano considerarsi espressione di dati normativi internazionalmente condivisi<sup>50</sup>. Rispetto a questa prospettiva, che appare forzare eccessivamente il passo verso un'opinabile e presupposta omologazione dei sistemi giuridici statali su questioni che appaiono invece riflettere in maniera particolarmente sensibile le tradizioni giuridiche proprie dei singoli paesi, appare doversi prendere atto del permanere del dato oggettivo della persistente pluralità e diversità dei sistemi giuridici statali. Questa diversità è inevitabilmente accresciuta dall'incidenza più o

delle esigenze dell'ordinamento statale, tra le quali si deve ricomprendere anche la necessità che tali principi e valori siano salvaguardati; si veda ulteriormente Contaldi, *Ordine pubblico*, cit., pp. 276 ss., il quale rileva che lo stesso concetto di ordine pubblico "veramente internazionale", oltre ad essere difficilmente configurabile per la già rilevata varietà dei modi in cui gli stessi diritti fondamentali della persona umana vengono riconosciuti e tutelati, si ponga del tutto al di fuori della metodologia propria del diritto internazionale privato, basata sul rapporto tra ordinamenti giuridici statali distinti; nel senso che più che all'emersione di un ordine pubblico "*véritablement international*" si stia in realtà assistendo ad una crescente internazionalizzazione dell'ordine pubblico come tradizionalmente inteso, per via, come si dirà, della sempre più sensibile incidenza sul modo di essere degli ordinamenti interni degli Stati di principi e regole di fonte internazionale, si veda M. Forteau, *L'ordre public «transnational» ou «réellement international»*, in «*Journal du droit international*», 2011, pp. 3 ss., spec. pp. 10 ss.

<sup>50</sup> Si veda ancora la citata sentenza della Corte di cassazione, sez. I civ., 30 settembre 2016, n. 19599, cit., punto 7 della motivazione in diritto e i rilievi critici di Feraci, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio «nato da due madri» all'estero*, cit., pp. 172 ss.; Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento della filiazione derivante da maternità surrogata*, cit., pp. 1142 ss. Richiama l'interpretazione della nozione di ordine pubblico accolta dalla Cassazione nella sentenza citata, ma senza discuterne la condivisibilità, Tonolo, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, cit., pp. 1098 ss. Si esprime a favore dell'interpretazione accolta dalla Cassazione nella sentenza in esame Salerno, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, cit., pp. 284 ss.



meno sensibile che sul modo di essere degli ordinamenti statali in un determinato momento storico hanno fattori rilevanti come l'ispirazione a precetti religiosi, evidente in alcuni di essi, con la conseguente persistente rilevanza della concezione tradizionale dell'ordine pubblico 'internazionale', inteso come meccanismo di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale. Al tempo stesso, non deve essere perso di vista il fatto che sul modo di essere degli ordinamenti giuridici statali, particolarmente degli ordinamenti dei paesi europei, e conseguentemente sul contenuto del relativo ordine pubblico, innegabile è l'incidenza di quegli stessi principi e valori internazionalmente condivisi, su scala talora universale tal'altra, più facilmente, regionale, che vengono generalmente ritenuti comporre quella diversa nozione di ordine pubblico realmente internazionale alla quale si è fatto riferimento poc'anzi<sup>51</sup>.

### 5. Alcune riflessioni conclusive

È alla luce, in particolare, di quest'ultimo dato che, nel fare ricorso al limite dell'ordine pubblico come meccanismo di salvaguardia dell'armonia interna dell'ordinamento giuridico statale,

<sup>51</sup> Senz'altro più equilibrata appare, sotto questo profilo, la ricostruzione della nozione di ordine pubblico operata dalla Cassazione italiana in un'altra pronuncia più recente, relativa, pur sempre, ad una questione ricadente in un ambito materiale diverso e probabilmente non altrettanto sensibile sul piano del rispetto dei diritti fondamentali della persona umana, posta dal riconoscimento in Italia di una sentenza statunitense di condanna ai c.d. *punitive damages*: Corte di cassazione, sez. un. civ., sent. 5 luglio 2017, n. 16601, in «Riv. dir. int.», 2017, pp. 1305 ss., su cui O. Vanin, *L'incidenza dei diritti fondamentali in materia penale sulla ricostruzione dell'ordine pubblico internazionale: il caso del riconoscimento delle decisioni straniere attributive di punitive damages*, ivi, pp. 1190 ss., nella quale la Cassazione (al punto 6 della motivazione, pp. 1317 ss.), senza richiamare la pronuncia prima citata, nel dare atto di una crescente tendenza verso l'affermazione di valori internazionalmente condivisi, con particolare riferimento all'ambito della tutela dei diritti umani fondamentali, in senso riduttivo della portata dell'ordine pubblico nazionale e della parallela emersione, nella medesima direzione, di una nozione di ordine pubblico europeo, afferma nondimeno che, particolarmente per quanto riguarda l'ordine pubblico sostanziale, rimane salvo il limite all'ingresso di istituti non previsti dal diritto nazionale, posto dalle disposizioni sia di carattere costituzionale, sia contenute in quelle leggi che inverano il modo di essere dell'ordinamento statale, per quanto quest'ultimo debba, reciprocamente, essere preso in considerazione nell'ambito del contesto internazionale in cui si colloca.

quest'ultimo obiettivo deve essere contemperato con l'esigenza di rispettare gli obblighi derivanti dagli strumenti internazionali in materia di tutela dei diritti umani dei quali lo Stato è parte<sup>52</sup>. Per quanto specificamente attiene alla problematica del riconoscimento di situazioni giuridiche di carattere familiare costituite all'estero, tipicamente, nel contesto oggetto d'esame in questa sede, in un paese islamico, le quali si rivelino incompatibili con i principi fondamentali che negli ordinamenti europei ispirano la disciplina dei rapporti familiari, si pone inevitabilmente l'esigenza di un bilanciamento. Questo deve compiersi tra l'esigenza di garantire il rispetto di questi principi, che sovente ricevono tutela non soltanto a livello costituzionale, ovvero di principi generali dell'ordinamento interno, bensì anche negli strumenti internazionali, con particolare riferimento al divieto di discriminazioni in base al genere<sup>53</sup>, e la contrapposta esigenza di rispet-

<sup>52</sup> In questo senso appare deporre, correttamente, l'interpretazione accolta dalle Sezioni Unite nella sent. 5 luglio 2017, n. 16601, sopra citata, al punto 6 della motivazione, p. 1318. Non altrettanto chiaro si presenta il fugace riferimento all'ordine pubblico 'internazionale' contenuto in una più recente pronuncia della Cassazione, sez. I civ., sent. 14 maggio 2018, n. 11696, in «Riv. dir. int.», 2018, pp. 1010 ss., relativa alla trascrizione di un matrimonio omosessuale contratto all'estero tra un cittadino italiano e uno straniero, in base al regime contemplato dall'art. 32-bis della l. n. 218/1995, come introdotto dal d. lgs. n. 7/2017 in attuazione della delega conferita dalla l. n. 76/2016 in materia di unioni civili, al punto 7 della motivazione, in cui la Cassazione appare sottintendere un riferimento alla concezione dell'ordine pubblico 'veramente internazionale', in quanto pare in qualche modo presupporne la potenziale contrapposizione al modo di essere dell'ordinamento statale, contrapposizione che, peraltro, nel caso di specie, la Corte ha escluso, per avere lo stesso legislatore italiano dimostrato, mediante la nuova disciplina legislativa in materia, ampia apertura verso l'istituto in questione, benché con le limitazioni in sede di riconoscimento dei rapporti costituiti all'estero (la c.d. *downgrading recognition*) ritenute coerenti rispetto all'opzione legislativa accolta. Si vedano, con riferimento alla disciplina introdotta in proposito tramite il d. lgs. n. 7/2017, G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d. lgs. n. 7/2017*, in «Riv. dir. int.», 2017, pp. 496 ss., spec. pp. 498 ss.; C. Campiglio, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2017, pp. 33 ss., spec. pp. 41 ss.; O. Lopes Pegna, *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il «riordino» delle norme italiane di diritto internazionale privato*, in «Riv. dir. int.», 2017, pp. 527 ss., spec. pp. 533 ss.

<sup>53</sup> Il divieto di discriminazione è sancito, come è noto, dall'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come regola di carattere strumentale al godimento dei diritti tutelati dalle altre disposizioni della Convenzione: si veda, con riferimento al divieto di discriminazione in base al genere nel godimento dei diritti tutelati dalla Convenzione, tra le altre, Corte europea dei diritti umani [GC],

tare il diritto dei soggetti interessati, parti dei rapporti giuridici di carattere familiare che vengono in considerazione, al rispetto della propria vita privata e familiare, tutelato, in particolare, dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La logica del bilanciamento tra interessi contrapposti è del resto insita nella disciplina che la stessa Convenzione europea prevede per tutti quei diritti umani, incluso il diritto in questione, relativamente al cui godimento è previsto un potere regolatore da parte dello Stato. Questo presuppone la facoltà, per quest'ultimo, di prevedere in proposito delle limitazioni, subordinate ai consueti requisiti per i quali queste devono essere previste per legge, essere volte al perseguimento di una finalità imperativa nel contesto di una società democratica e non andare al di là di quanto è necessario, in un'ottica di proporzionalità, per perseguire tale finalità<sup>54</sup>.

*Leyla Sahin v. Turkey*, ricorso n. 44774/98, sentenza del 10 novembre 2005, par. 115, concernente il divieto del porto del velo islamico nei luoghi d'istruzione; per un'applicazione del divieto di discriminazione, benché non in base al genere, bensì allo status familiare, in materia di riconoscimento di situazioni giuridiche di carattere familiare costituite all'estero, con riferimento ad un'adozione da parte di una donna non coniugata, Corte europea dei diritti umani, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, cit., par. 148 ss., su cui, tra gli altri, P. Kinsch, nota, in «Revue critique de droit international privé», 2007, pp. 815 ss.; L. d'Avout, nota, in «Journal du droit international», 2008, pp. 187 ss.; P. Pirrone, *Limiti e controlimiti alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner*, in «Dir. um. e dir. int.», 2009, pp. 151 ss.; per un'applicazione del divieto di discriminazione in base al genere con riferimento al diritto al nome, in un caso relativo al diritto di coniugi di cittadinanza diversa di mantenere ciascuno il proprio cognome dopo il matrimonio, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, ricorso n. 664/06, sentenza del 9 novembre 2010, par. 37 ss., su cui Davì, *Le renvoi en droit international privé*, cit. pp. 441 ss., in nota; con riferimento al diritto di trasmettere al figlio il cognome materno, in una situazione puramente interna all'ordinamento italiano, *Cusan et Fazzo c. Italie*, ricorso n. 77/07, sentenza del 7 gennaio 2014, par. 55 ss., su cui C. Pitea, *Trasmissione del cognome e parità di genere: sulla sentenza Cusan e Fazzo c. Italia e sulle prospettive della sua esecuzione nell'ordinamento italiano*, in «Dir. um. e dir. int.», 2014, pp. 225 ss.

<sup>54</sup> La valutazione in questione, condotta in un'ottica di bilanciamento tra la salvaguardia del diritto tutelato dalla Convenzione e il soddisfacimento di altre esigenze meritevoli di tutela dal punto di vista dell'ordinamento statale considerato, è presente costantemente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani relativa alle violazioni dell'art. 8 della Convenzione insite nel rifiuto opposto da uno Stato contraente a dare continuità a situazioni giuridiche di carattere personale o familiare costituite all'estero: si vedano, tra le altre, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, cit., par. 124 ss.; *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, cit., par. 61 ss., ugualmente in materia

Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il rifiuto opposto dalle autorità di uno Stato contraente la Convenzione al riconoscimento di sentenze od atti stranieri mediante i quali sia stata costituita una situazione giuridica di carattere personale o familiare viene configurato alla stregua di una limitazione al godimento del diritto alla vita privata e, nei casi in cui questa viene ritenuta sussistente, alla vita familiare dei soggetti interessati. Il rifiuto di dare continuità internazionale alle situazioni di carattere personale e familiare costituite all'estero a motivo dell'incompatibilità di tali situazioni con l'ordine pubblico dello Stato nel quale una tale situazione è fatta valere viene normalmente ritenuto soddisfare i primi due requisiti, costituiti dalla fonte legale della limitazione al godimento del diritto e del perseguimento di una finalità meritevole di tutela dal punto di vista dell'ordinamento considerato. Più complessa, e da condursi con particolare riguardo alle circostanze specifiche del singolo caso oggetto d'esame, appare invece, tendenzialmente, la valutazione quanto alla proporzionalità della limitazione<sup>55</sup>.

di riconoscimento di rapporti adottivi costituiti all'estero; *Heidecker-Tiemann v. Germany*, cit., par. 1 della parte in diritto; *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, cit., par. 45 ss., in materia di diritto al nome; *Labassée c. France*, cit., par. 51 ss.; *Menesson c. France*, cit., par. 50 ss.; *Paradiso et Campanelli c. Italie*, sent. 17 gennaio 2015, cit., par. 71 ss.; GC, sent. 24 gennaio 2017, cit., par. 167 ss., in materia di riconoscimento di rapporti di filiazione creati all'estero mediante operazioni di maternità surrogata. Si vedano, con particolare riferimento a quest'ultimo ambito, Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata*, cit., pp. 317 ss.; Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento della filiazione derivante da maternità surrogata*, cit., pp. 1145 ss.; Tonolo, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante*, cit., pp. 1074 ss.; Gervasi, *The European Court of Human Rights and Technological Development*, cit., pp. 218 ss.; in termini generali, tra gli altri, Baratta, *La reconnaissance internationale des situations*, cit., pp. 398 ss.; Davi, *Le renvoi en droit international privé*, cit., pp. 439 ss.; anche Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche*, cit., par. 71 ss.

<sup>55</sup> La Corte europea nella propria giurisprudenza da ultimo richiamata tende a soffermarsi a questo riguardo sul profilo della rispondenza della limitazione derivante dall'operare dell'ordine pubblico dello Stato richiesto del riconoscimento al criterio, posto dalla norma dell'art. 8 della Convenzione al par. 2, costituito da quanto può considerarsi necessario in una società democratica. Si vedano a questo proposito, in particolare, le sentenze della Corte europea dei diritti umani relative al caso *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, cit., par. 66 ss., nella quale veniva in considerazione la compatibilità con l'ordine pubblico greco del riconoscimento di una sentenza di adozione pronunciata da una corte statunitense, e al caso *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], sent. 24 gennaio 2017, cit., par. 179 ss., nel quale veniva

in considerazione l'esigenza di bilanciare il rispetto delle disposizioni imperative dell'ordinamento italiano che vietano il ricorso alla surrogazione di maternità con la tutela del superiore interesse del minore, avuto riguardo alle circostanze del caso di specie, nel quale, diversamente dai precedenti casi *Labassée c. France*, cit., e *Mennesson c. France*, cit., non sussisteva alcun legame biologico tra il minore ed alcuno degli aspiranti genitori e si riscontrava una chiara evidenza del perseguimento di un intento elusivo da parte di questi ultimi, alla cui condotta appariva ascrivibile la creazione di un clima di incertezza giuridica intorno al minore. Si vedano, con riferimento alla prima, P. Franzina, *Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2011, pp. 609 ss.; P. Kinsch, *La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme*, in «Revue critique de droit international privé», 2011, pp. 820 ss.; A. Davi, *Le renvoi en droit international privé*, cit., p. 441, in nota; con riferimento alla seconda, Tonolo, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante*, cit., pp. 1078 ss.; Gervasi, *The European Court of Human Rights and Technological Development*, cit., pp. 232 ss.



Janet Dine

German's Marshall Plan with Africa; an initiative for lessening immigration and strengthening Human Rights

CONTENTS: 1. The neo-liberalism Paradigm – 2. The Developing Countries – 3. The Original Marshall Plan – 4. Can the New Plan can deliver? – 5. Conclusion

Clearly the immigration flows from Africa, (and further away) to Europe is a significant challenge. We have seen simplistic answers; from fences and walls to a policy to stopping the smugglers and sending the migrates back to their own countries<sup>1</sup>. Recently in the EU Austria, Bulgaria, Estonia and Hungary have erected fences or walls so exclude migrants<sup>2</sup>. 'In the second half of the 20th century, global populations grew rapidly, from 3 billion in 1960 to more than 7 billion today. At the same time, very large economic gaps emerged between the wealthiest and poorest places on earth, driving many people to move from rural areas to cities and eventually across borders to look for better opportunities'<sup>3</sup>. Furthermore the accelerating crisis of climate change has affected communities leaving their crops devastated<sup>4</sup>. Meanwhile, there has been a prolifera-

<sup>1</sup> M. Safi, P. Kingsley, *Should the EU adopt Austrationan's Boat Policy*, <<https://www.theguardian.com/news/2016/mar/18/should-eu-adopt-australia-stop-the-boats-policy-guardian-briefing>>, 18<sup>th</sup> March 2016, accessed on 28/09/2017.

<sup>2</sup> E. Vallet, Z. Barry, J. Guillarmou, *Border Fences and Walls: State of Insecurity*, Farnham, Ashgate Publishing, 2014.

<sup>3</sup> Migration Policy, *Borders and Walls: Do Barriers Deter Unauthorized Migration*, <<http://www.migrationpolicy.org/article/borders-and-walls-do-barriers-deter-unauthorized-migration>>, Oct 5<sup>th</sup> 2016, accessed on 28/09/2017.

<sup>4</sup> J. Adejuwon (Nigeria), C. Azar (Sweden), W. Baethgen (Uruguay), C. Hope (UK), R. Moss (USA), N. Leary (USA), R. Richels (USA), J.-P. van Ypersele (Belgium) Intergovernmental Panel for Climate Change (IPPC), Third Assessment Report,

tion of wars which has caused many refugees to flee into more settled countries, an estimated number worldwide 65.6 million in 2017<sup>5</sup>. Inevitably the migration flows have worrying consequences especially ‘the effects that their arrival could have on public budgets, employment, and social cohesion, border walls suddenly became appealing to leaders in key destination or transit countries’<sup>6</sup>. Indeed the effect of the recent German elections shows that immigration is a key issue in politics. The right wing, anti-immigration party, Alternative for Germany (AFD) polled 13.3% and entered the Bundestag for the first time<sup>7</sup>. This diagram shows the rise of the anti-immigration parties<sup>8</sup>.

However, although these parties are anti-immigration, the effectiveness of stopping immigration strategies are suspect, and many of these strategies are disputed. Wall and fences can fail because of the costs of the infrastructure and maintaining the border police<sup>9</sup>; while the flows are stemmed for a moment there is evidence that more dangerous routes are then used by the migrants ending up with fatalities; ‘when the European Union and Member States fortified borders in 2015, there were a record 3,771 reported deaths at the edges of the European Union. In 2016, with the easier land route through the Balkans and Eastern Europe closed, the rate of deaths has increased further, with more than 3,000 deaths recorded through July – a 50 percent increase from the previous year. To mark World Refugee Day the 2018 the Guardian published a shocking report enumerating the

Working II: Impact, Adaptation and Vulnerability, <<http://www.ipcc.ch/ipccreports/tar/wg2/index.php?idp=55>> Accessed on 02/10/2017.

<sup>5</sup> UN Refugee Agency (UNHCR) Figures at a Glance 2017, <<http://www.unhcr.org/uk/figures-at-a-glance.html>>, accessed on 28/09/2017.

<sup>6</sup> Migration Policy, *Borders and Walls: Do Barriers Deter Unauthorized Migration*, <<http://www.migrationpolicy.org/article/borders-and-walls-do-barriers-deter-unauthorized-migration>>, Oct 5<sup>th</sup> 2016, accessed on 28/09/2017.

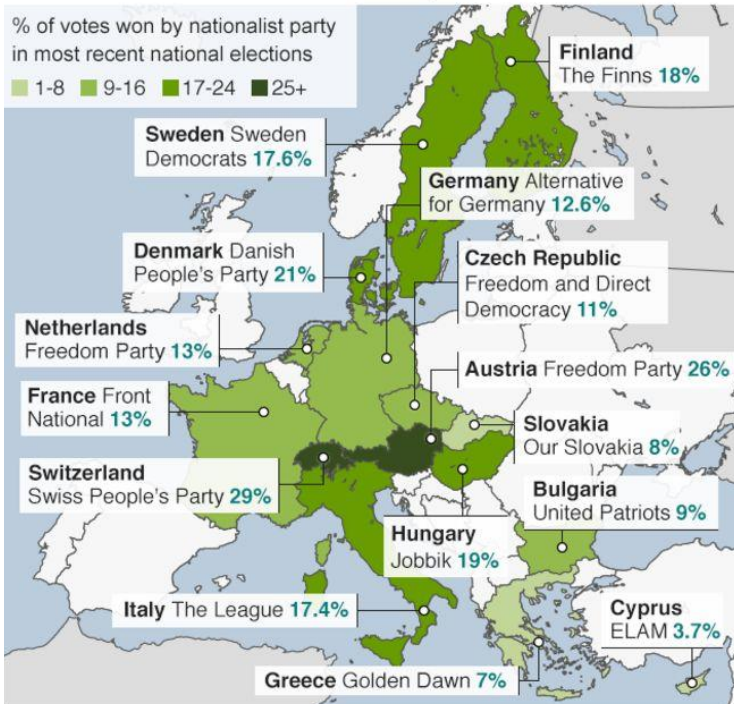
<sup>7</sup> C. Mudde, *What the stunning success of the AFD means to Germany and Europe*, Guardian, 24<sup>th</sup> Sept 2017, <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/sep/24/germany-elections-afd-europe-immigration-merkel-radical-right>>, Accessed on 28/09/2017>.

<sup>8</sup> BBC, <<https://www.bbc.co.uk/news/world-europe-3613000610September2018>> accessed on 24/072018.

<sup>9</sup> Migration Policy, *Borders and Walls: Do Barriers Deter Unauthorized Migration*, <<http://www.migrationpolicy.org/article/borders-and-walls-do-barriers-deter-unauthorized-migration>>, Oct 5<sup>th</sup> 2016, accessed on 28/09/2017.



## Rise of nationalism in Europe



In many countries nationalists got higher scores in European Parliament elections and opinion polls

Last updated: September 2018

BBC

deaths of refugees trying to reach Europe, from 1993-2018<sup>10</sup>. The report includes their names, places of origin and causes of death. The total was in 34,391 on 20 June 2018. The report was compiled by United Intercultural Action, a European network and the number of death are likely to be significantly higher; 'many more deaths go undocumented. Migrants are lost at sea, or die in the back of trucks; they are killed in perilous conditions in camps, or by far-right hate groups; or the extreme stress of their situation leads them to take their own lives'<sup>11</sup> By compar-

<sup>10</sup> Guardian, *25 Years of the Refugee crisis*, 20 June 2018.

<sup>11</sup> A. Needham, *Foreword*.

ison, there were just a handful of deaths recorded annually at the edges of Europe in the 1990s, and never more than 800 deaths prior to 2006<sup>12</sup>. Of course, this latter information does not mean that the strategy is inefficient, but the better humane strategy is to try to find a more complex solution, a strategy that allows for legal migration whilst combating irregular migration and people smuggling. Recently the German Government suggested a EU-Marshall Plan for Africa (Plan)<sup>13</sup>. Of course any initiatives from the German government is in doubt because of the reverses of Merkel's party in the general election but the idea was to revive the economic fortunes of some countries in Africa so it might be useful to analyse the plan. The idea was to get Africa growing so that Africans will want to live and work in Africa rather than migrating to the EU. The plan suggests that young people should have opportunities to work in Africa. The plan argues that 'It is vital that Africa's young people can see a future for themselves *in* Africa. The average age in Africa is 18. Soon Africa's population will top 2 billion. That means that 20 million new jobs will be needed each year, in both urban and rural settings. Developing the necessary economic structures and creating new employment and training opportunities will be *the* central challenge'<sup>14</sup>. However, although this is bold vision it is very ambitious. First of all, Africa is a continent with many jurisdictions, cultures and a range of economies. Unlike the original Marshall (The European Recovery Program, ERP) it was limited to Western Europe<sup>15</sup>. Originally the idea was to include the Soviet Bloc but significant tensions between the US and the Soviet Bloc precluded this initiative. Although there are significant differences of culture in Europe, in Africa the differences are enormous. The ERP needed \$13billion (\$132billion in 2017 money) and it is not clear where this amount will be

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Federal Ministry for Cooperation and Development, *Africa and Europe: A new Partnership for development, peace and a better future*, <[https://www.bmz.de/en/publications/type\\_of\\_publication/information\\_flyer/information\\_brochures/Materialie270\\_africa\\_marshallplan.pdf](https://www.bmz.de/en/publications/type_of_publication/information_flyer/information_brochures/Materialie270_africa_marshallplan.pdf)>, Accessed on 28/09/2017.

<sup>14</sup> *Ibid.*, Starting Points 3, italics in the original.

<sup>15</sup> US Office of the Historian Bureau of Public Affairs, <<https://history.state.gov/milestones/1945-1952/marshall-plan>>, accessed on 30/09/2017.

found. However, learning from the Marshall Plan is important although it came about because of conflict, some scholars argue that some poor countries, including Africa, are denuded by neo-liberalism policies.

### 1. *The neo-liberalism Paradigm*

The neo-liberal agenda is an attempt to capture the momentary historical gains of global and political mobile capital and fix them institutionally... According to this scheme, what is good for capital is good for all: everyone will be get richer, and ultimately even the poor will benefit, or so the promise goes. The seductiveness this neo-liberal ideology, then, lies not in giving selfishness a free rein or in maximizing competition, but in the promise of global justice. The implication is: maximizing the power of capital is *ultimately* the better way towards socialism. That is why the (welfare) state is superfluous<sup>16</sup>. The neo-liberal philosophy “allocates to states the function of a guardian of free, spontaneous markets through the instrumentality of the ‘rule of law’<sup>17</sup>. The foundation of this theory is suspect for many reasons, including the concept of the ‘rule of law’ which can be bent into a number of shapes<sup>18</sup>. The neo-liberal economic paradigm was first invented by the Chicago University economists, the so-called Milton Friedman ‘Chicago Boys’ who were recruited by the Central Intelligence Agency (CIA) to help with the reconstruction of the Chilean economy following the Pinochet coup in 1973<sup>19</sup>. Although Milton Friedman is the author of the modern neo-liberal school, there is a long tradition of right wing scholars who wanted to disparage the state and pro-

<sup>16</sup> U. Beck, *Power in the Global Age*, Cambridge, Polity, 2005, pp. 4-5.

<sup>17</sup> K. Birch, V. Mykhnenko, *Introduction – A World Turned Right Way Up*, in K. Birch, V. Mykhnenko (eds.), *The Rise and Fall of Neo-liberalism: The Collapse of an Economic Order?*, London, Zed Books, 2010, p. 3.

<sup>18</sup> B. Tamanaha, *On the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, arguing that should be a universal norm for the benefit for humankind.

<sup>19</sup> N. Klein, *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism*, London, Allen Lane, 2007, pp. 7, 25-38.

mote markets. Skidelsky and Skidelsky<sup>20</sup> traces the history of the neo-liberal paradigm back to the enlightenment philosophers who believed that man (not women, of course) were rational<sup>21</sup>. They propounded a theory of utilitarianism. Skidelsky and Skidelsky use the 'Faustian Bargain' fable to illustrate the point. The issue was that utilitarian theories can be good for economic growth but often the instruments that are used are immoral. In Christopher Marlowe's play Dr Faust lost his soul<sup>22</sup>. Some other authors augmented the fable to allow Faust to go to heaven because he did good deeds, now this is what is meant as a 'win-win situation! "By the early nineteen century, in Goethe's classic retelling (1808 and 1832) Faust has become a symbol of endlessly striving modern man, fallible but ultimately worthy of love. Goethe's *Faust* can be seen as the literally expression of the *felix culpa* of the political economist. With the help of Mephistopheles, Faust does all of kinds of terrible, but at the end his soul goes to heaven because he has 'striven greatly'. Faust's elevation from wicked prankster to world-historic hero reflects the weakening of Christian orthodoxy and its absolute prohibition on evil. It insinuates the heretical thought that in our dealing with the Devil it is *we* who can come off winners"<sup>23</sup> Keynes was also ambivalent about capitalism saying that "It was a civilization which unleashed bad motive for the sake of good results. Morality had to be put in cold storage till abundance was achieved, for abundance would, make possible a good life for all"<sup>24</sup> Keynes wrote "we must pretend to ourselves and to every one that fair is foul and foul is fair; for foul is useful and fair is not. Avarice and usury and precaution must be our god for a little longer still. For only they can lead us out of the tunnel of economic necessity into daylight"<sup>25</sup> The Skidelskys show

<sup>20</sup> R. Skidelsky, E. Skidelsky, *How Much is Enough?*, London, Allen Lane, 2012.

<sup>21</sup> A.P. Schous, *Reasoned Freedom*, Ithaca, Cornell University Press, 1992.

<sup>22</sup> C. Marlowe, *The Tragical History of the Life and Death of Doctor Faustus*, 1604.

<sup>23</sup> R. Skidelsky, E. Skidelsky, *How Much is Enough?*, cit., p. 55.

<sup>24</sup> Ivi, p. 43.

<sup>25</sup> J.M. Keynes, *Essays in Persuasion, The Collected Writings of John Maynard Keynes*, vol. 9, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, p. 372, and see R. Skidelsky, E. Skidelsky, *Keynes; The Return of the Master*, London, Penguin, 2009.

us that Christian theology had a simple dichotomy of evil and good, but this was lost when the Reformation softened the orthodoxy<sup>26</sup> This allowed utilitarianism doctrines to be followed without retribution by the devil, “The Renaissance invented – or rediscovered – the idea of *using* human desires to govern societies rather than castigating them as wicked. The wise prince, wrote Machiavelli<sup>27</sup>, threats people as they are, not as they should be: he exploits their fickleness, hypocrisy and greed to attain his ends”<sup>28</sup> Both doctrines are simplistic because we now know much more about the human brain and the complexity of the networks connecting the desires and emotions in the human mind<sup>29</sup>. However the dichotomy of evil and good continues to be a powerful narrative and against this utilitarian theories were propounded by merchant class who found a powerful voice in Bernard Mandeville (1670-1733). The Skidelskys cite Mandeville’s best-known work, the *The Fable of the Bees, or the Private Vices, Publick Benefits*, “Mandeville’s bees are addicted to ‘Fraud, Luxury and Pride’, yet succeed, through ‘State’s Craft’, in transforming these ‘private vices’ into the public benefit’ of commerce and industry:

The Root of Evil, Avarice,  
That damn’s ill-nature’s baneful Vice  
Was Slave to Prodigality,  
That Noble Sin; whilst Luxury  
Employ’d a Million of the Poor,  
And odious Pride a Million more:  
Envy it self, and Vanity,  
Were Ministers of Industry<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> R. Skidelsky, E. Skidelsky, *How Much is Enough?*, cit., p. 47.

<sup>27</sup> N. Machiavelli, *The Florentine History*, Charleston, S.C, Forgotten Books, 2010, vol. 2.

<sup>28</sup> R. Skidelsky, E. Skidelsky, *How Much is Enough?*, cit., p. 47.

<sup>29</sup> D. Eagleman, *Incognito: The Secret Lives of the Brain*, Cannongate, 2011, particularly Chapter 5 *The Brain as a team of rivals*, where the author posits the idea that the brain is similar to a democracy.

<sup>30</sup> R. Skidelsky, E. Skidelsky, *How Much is Enough?*, cit., p. 49.

The authors show us how vice is slowly turned into a colourless sin by a with breathless public relations coup into self-interest. The stage is set for Adam Smith's *The Wealth of Nations*<sup>31</sup>. The Skidelskys argue that the paradigm shift was possible because Adam Smith presents "humans as driven by natural desire from self-improvement, which under conditions of free competition leads them 'as if an invisible hand' to promote the public well-being... This was a revolutionary invention. Traditional morality had conceived of society as an enterprise devoted to the common good... Smith's doctrine of self-interest did more than just turn avarice into a virtue; it turned classical virtue into a vice... In Smith's political economy, asceticism becomes the virtuous form of self-interest, the efficient cause of capital accumulation. Alms-giving was discouraged because it promotes idleness"<sup>32</sup> The theology of the beatitudes was eclipsed "Thou shalt love thy neighbour"<sup>33</sup> was redundant. Utilitarian doctrines are very dangerous as Pogge writes "moral norms, designed to protect the livelihood and dignity of the vulnerable, place burdens on the strong. If such norms are compelling enough, the strong make an effort to comply. But they also, consciously or unconsciously, try to get around the norms by arranging their social world so as to minimise their burdens of compliance"<sup>34</sup>. The utopian vision of a win-win situation is a rosy vision but it is not reality. Instead the neo-liberal theology has given us multinational companies which are so powerful that governments are nearly powerless<sup>35</sup>. Neo-liberal economic theory is the dom-

<sup>31</sup> A. Smith, *The Wealth of Nations*, Amherst, Prometheus Books, 1991 (originally published in 1776).

<sup>32</sup> R. Skidelsky, E. Skidelsky, *How Much is Enough?*, cit., p. 50, and see the recent debate in the UK, especially by right-wing Conservative politicians, Kwarteng, Kwasi Patel, Priti Dominic Raab, Dominic, Skidmore, Chris, and Truss, Elizabeth, *Britain Unchained*, London, Palgrave Macmillan, 2012, J. Stiglitz, *The Price of Inequality*, London, Allen Lane, Penguin, 2012, especially, p. 229.

<sup>33</sup> St Mathew, Chapter 5, verse 43 although the Puritans were ambivalent about capitalism, see P.H. Sedgwick, *Christian Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

<sup>34</sup> T. Pogge, *World Poverty and Human Rights*, Cambridge, Polity, 2002 and 2008, p. 5.

<sup>35</sup> K. Ainger, *A Financial Coup D'état: The Spanish government may be happy to sacrifice sovereignty for a bailout. But not the Indignos*, in «Guardian», Wednesday

inant force fuelling the convergence theory which says that all company governance should be run on the Anglo-American, contractual model<sup>36</sup>. For multinationals and their subsidiaries, it is efficient in monetary terms, but significantly flawed, leaving many externalities in its wake. One of the externalities is the erosion of democracy. This is why Beck<sup>37</sup> realises that not only has power shifted from governments and people and also that ethical principles are absent including justice<sup>38</sup>. An excellent synopsis of neoliberalism is found in Glinavos:

How, then, did a specifically neoliberal version of capitalism built on an essentially American model of 'laissez-faire' become the strand of western free market ideology that won the day... [this has become] the theoretical underpinnings of neoliberalism, focusing in particular on its underlying assumptions that markets are natural; that the rationality of their operations is threatened by governments intervention; that the role of law is limited; that law should be subordinate to market's needs; that the 'invisible hand' of the market not only ensures efficiency but also distributive justice<sup>39</sup>.

The recent history of neo-liberal is to found in the scholarship propounded by the Austrian economist and social philosopher, Ludwig Von Mises and Friedrich Von Hayek<sup>40</sup>. Von Mises's axiom that 'egoism is the basic law of society'<sup>41</sup> led him to conclude that unrestricted laissez-faire, free markets and governments that are confined to the defence of unhampered pri-

day 26/09/2012.

<sup>36</sup> H. Hansmann, R. Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, 2000, Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series, paper 280, but see a powerful contra argument by A. Keay, *The Corporate Objective*, E. Elgar, 2011 and J. Parkinson *The Socially Responsible Company*, in M. Addo (ed.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, Kluwer, The Hague, 1999.

<sup>37</sup> U. Beck, *Power in the Global Age*, Bristol, Policy Press, 2005.

<sup>38</sup> D. Green, *From Poverty to Power*, Oxfam, 2008. A. Kwa, *Power Politics in the WTO*, Focus on the Global South, Jan 2003, J. Dine, *Companies, International Law and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, especially chapter 3.

<sup>39</sup> I. Glinavos, *Neoliberalism and the Law in Post Communism Transition*, Abingdon-on-Thames, Routledge, 2010, p. 12.

<sup>40</sup> K. Birch, V. Mykhnenko, *The Rise and fall of Neo-Liberalism: The collapse of an Economic Order*, cit., p. 3.

<sup>41</sup> *Ibid.*

vate property rights comprised the only viable policy for the human race<sup>42</sup>. The neo-classicist doctrine is that that rational actors will, if left undirected, make maximally efficient economic decisions which will maximise their welfare, leading to an efficient economy where all will eventually benefit: “For more than 20 years economists were enthralled by so-called “rational expectations” models which assumed that all participants have the same (if not perfect) information and act perfectly rationally, that markets are perfectly efficient, that unemployment never exists (except when caused by greedy unions or government minimum wages) and where there is never any credit rationing”<sup>43</sup>. That this model is becoming increasingly discredited does not alter the fact that faithful adherents in this model are acting on the theory and now it is the dominant economic paradigm for the world: “At the time of writing, markets have assumed mythological proportions. Like the Gods of ancient days, their displeasure looms over popular protestations. In places such as Greece and Italy, governments stand or fall by their ability to respond to divine dictates. Translated into modern discourse, what is being witnessed is the practice of neoliberal national and transnational governance”<sup>44</sup>. The consequences are dire for the populations of these countries<sup>45</sup>, the denigration of the environment and increasing inequality but as well as this the decrease of democracy, including the hollowing out national states “The neo-liberal regime provides for globally binding decisions against individual states’ resistance, and a universally valid and application ‘policy mix’ is propagated accordingly. This means that political reforms should be oriented towards economic ob-

<sup>42</sup> N. Murray Rothbard, *Biography of Ludwig Von Mises (1881-1973)*, Ludwig Von Mises Institute, <<http://mises.org/about/3248>>, accessed 16/08/2012.

<sup>43</sup> J. Stiglitz, in “Guardian”, Friday December 20<sup>th</sup> 2002, and see J. Stiglitz, *The Price of Inequality*, London, Allen Lane, Penguin, 2012.

<sup>44</sup> Y. Percival, Phd thesis, Queen Mary, University of London, 2013.

<sup>45</sup> Hellenic Observatory, European Institute, *The Greek Crisis in focus, Austerity, Recession and the path to Recovery*, <<http://www2.lse.ac.uk/europeanInstitute/research/hellenicObservatory/pdf/GreeSE/GreeSE%20Special%20Issue.pdf>>. Accessed on 21/8/2012, GlobalPost, *Greek unemployment soars with one fifth out of work*, <<http://www.globalpost.com/dispatch/news/business-tech/debt-crisis/120412/greek-unemployment-soars-over-one-five-out-work>>, accessed on 21/8/2012.



jectives – low inflation, a balanced budget, the removal of trade barriers and foreign currency controls, maximum mobility for capital minimum regulation of the labour market and a lean, adaptable welfare state that orders its citizens to work. There are *the* reform objective of the neo-liberal regime... It is supposed to be apolitical but of course it is highly political”<sup>46</sup>.

## 2. *The Developing Countries*

The developing countries are particularly impacted since many of them were colonised and when they became independent they were left with an economy without manufacturing industries, just extraction and the resources went out of the countries and the ex-colonisers are able to exploit the raw resources and to manufacture sophistic technology including computers leading surveillance extractive capitalism<sup>47</sup>. Zubof argues that surveillance capitalism allows western MNEs to extract information from individuals to change their habits particularly their consuming habits changing democracy for the worse. This technique works in developed countries as well but developing countries are more vulnerable. Earlier forms of extraction were simpler. Originally extraction meant that wealth was found in a particular county from the minerals and people there. With the advent of free access for capital flows, it is easy to extract resources from countries and send the wealth to different countries. It is not necessary to colonise a country it can be done digitally by a touch of a button. So, a powerful ‘investor’ or MNE can extract oil from a developing country and the wealth ends up in the rich world. A clear example is the ‘resource curse’ Richard Auty coined the term of the “resource curse” when his research showed that although a abundance of mineral riches *should* be good for development for countries and their popu-

<sup>46</sup> Beck, *Power in the Global Age*, cit., p. 79.

<sup>47</sup> H.-J. Chang, *Linking away the Ladder*, London, Anthem Press, 2003 and S. Zubof, *Big Other: Surveillance Capitalism and the prospect of an Information Civilisation*; S. Zuboff, in «J. Inf. Technol.», 2015, 30, 75, <<https://doi.org/10.1057/jit.2015.5>>, accessed on 24/09/2018>.

lation, oddly the evidence often points to the opposite conclusion<sup>48</sup>. Humphreys et al. argue that 'countries with large endowments of natural resources, such as oil and gas, often perform *worse* in terms of economic development and good governance than do countries with fewer resources. Paradoxically, despite the prospect of wealth and opportunity that accompany the discovery and extraction of oil and other natural resources, such endowment all too often impede rather than further balanced and sustainable development'<sup>49</sup>.

There is no doubting the scale of the revenues that could benefit the people of the countries where mineral wealth can be found: 'On average, the governments of oil-producing countries are almost 50 percent larger as a fraction of their country's economy) than the governments of non-oil countries. In low-income countries, the discovery of oil can set off an explosion in government finances. For example, from 2001 to 2009, total government expenditures rose by 600 percent in Azerbaijan and 800 percent in Equatorial Guinea'<sup>50</sup>. However scholars are unsure about the precise reasons for the "curse". Many emphasise the political leverage of powerful nations<sup>51</sup> and international companies<sup>52</sup>. As Stiglitz recognised, a fragile country is open wide to speculators which corrupts political processes and institutions<sup>53</sup>. An expose of the way in which companies, states, Codes

<sup>48</sup> R.M. Auty, *Sustaining Development in Mineral Economies: the resource curse thesis*, London and New York, Routledge, 1993.

<sup>49</sup> M. Humphreys, J. Sachs, J. Stiglitz (eds.), *Escaping the Resource Curse*, New York, Columbia University Press, 2007, p. 1.

<sup>50</sup> M. Ross, *The Oil Curse*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2012, p. 5, and see the study of Venezuela, K.T. Lynn, *The Paradox of Plenty*, Berkeley, Los Angeles and London, University of California Press, 1997, P. Collier, A. Venables (eds.), *Plundered Nations?*, London, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2011.

<sup>51</sup> K. Terry, *Democracy over a Barrel: Oil Regime, Change and War*, in *Center for the Study of Democracy, Working Papers*, 2008, <<http://escholarship.org/uc/item/9kq895kt#page-1>> accessed on 04/06/2013.

<sup>52</sup> M. Jensen, W. Meckling, *Theory of the firm; Managerial Behavior, Agency Costs and Ownerships Structure*, in «Journal of Financial Economics», 3, 1976, Harvard, pp. 305-360 and see *ExxonMobil Corp. v. Alabama Dept. of Conservation and Natural Resources*, 2007 WL 3224585 (Ala. Nov. 1, 2007).

<sup>53</sup> J. Stiglitz, *Globalization*, «The IMF is pursuing not just the objectives set out in its original mandate of enhancing global stability and ensuring that there are funds

of conduct and explanatory nationalism all work together has been provided by Global Witness<sup>54</sup>. They report that in Congo Brazzaville, Angola and Equatorial Guinea huge sums of oil and extractive revenues have vanished from sight, paid as bribes by the companies to the local *élites*. This is despite the voluntary disclosure code launched by the UK Government in 2003. A UK Government spokesperson explained that it was for the governments of these countries to stamp out corruption. Global witness had suggested preventing parent companies from listing on the FTSE, Dow Jones or Bourse (or any powerful country's Stock Exchange) unless companies were transparent about these sums of money. The UK Government spokesperson explained that this was not possible since laws would have to be passed in all the countries where the mining companies were registered<sup>55</sup>. This is a manifest inaccuracy, since EU rules and US rules would cover most of the operations and the stock exchange of Angola has, to say the least, a low profile in world affairs, but it displaces the burden to act on to the corrupt governments. Manifestly a recipe of appeasement of the companies by smoke and mirrors while apparently 'tackling the problem'<sup>56</sup>.

### 3. *The Original Marshall Plan*

In an extraordinary moment of international coordination the victorious allies realised that if war is to be avoided, human

for countries facing a threat of recession to pursue expansionary policies. It is also pursuing the interests of the financial community... Simplistic free market ideology provided the curtain behind which the real business of the 'new' mandate could be transacted. The change in mandate and objectives, while it may have been quiet, was hardly subtle: from serving global *economic* interests to serving the interests of global *finance*. Capital market liberalisation may not have contributed to global economic stability, but it did open up vast new markets for Wall Street», pp. 206-207 and see M. Humphreys, J. Sachs, J. Stiglitz, (eds.), *Escaping the Resource Curse*, New York, Columbia University Press, 2007.

<sup>54</sup> Time for Transparency: Coming Clean on Oil, Mining and Gas Revenues, <[www.globalwitness.org](http://www.globalwitness.org)> March 24<sup>th</sup> 2004.

<sup>55</sup> BBC Today Programme 24<sup>th</sup> March 2004.

<sup>56</sup> In Angola one in four children die of preventable disease under 5 years old while \$1.7 billion goes missing each year. Companies involved in the scandal in the three states include Elf, Mobil and Chevron.

flourishing must be the aim rather than crushing the 'enemy'. The lessons from the First World War were learned and the Allies not only refrained from founding a system of reparations similar to the one introduced by the Treaty of Versailles but insisted on putting into place a massive financial and economic aid in the form of the Marshall Plan. The Marshall Plan reshaped Europe and Germany in particular contributing in a determining manner in its reintroduction into the international markets; "West Germany's economic and political revival is hardly imagined without the Marshall Plan"<sup>57</sup>. And while that post First World War political error was rectified and the Allies shifted their position from repayments into aid, their focus was shifted to management. The management of the country was reformed as the Nazis were removed from power, a new Basic Law was enacted with human rights at the forefront of its provisions and West Germany was anchored within the European Steel and Coal Community at the beginning and the European Economic Community afterwards. Having created an institutional framework that placed its crucial for military conflicts Steel industry under a common European institutional roof Germany was steadily leaving behind its very recent lethal past and moving into advanced forms of European integration that would enhance its economic and political ties with the other Western European nations allaying the fears that the painful experience of the past could be repeated in the future. And while democratisation and Europeanisation in the form of further integration within the European Economic Community was actively pursued by consecutive governments of both Social Democrat and the Christian Democrat origin paving the way for further reform, business was not subjected to reforms of the same intensity.

#### 4. *Can the New Plan can deliver?*

Unfortunately, the money is less important than the understanding of the problem. While the EU is in hock with the

<sup>57</sup> W. Abelshauser, *West German Economic Recovery 1945-1951: A Reassessment*, in «Three Banks Review», 135, 1982, p. 45.

neo-liberal paradigm it is unlikely that the full realisation of what the richer countries have been doing to poorer nations<sup>58</sup>. The compassion found by the victorious allies in the 1940s is absent and unless this changes it is going to be very challenging to provide human flourishing rather than suppressing immigrants. However, the Plan calls for some finds; 'In 2015, ODA (Official Development Assistance) for Africa amounted to more than 50 billion euros globally. Of course, we need more ODA funds to meet the current challenges. In view of the investment volume of over 600 billion US dollars per year required to implement the UN Sustainable Development Goals (SDGs) in Africa<sup>7</sup>, relying on ODA funds alone cannot be the solution. It is important, therefore, to take a three-pronged approach to financing:

- *Mobilise own financial resources in African countries and strengthen their capacity to generate own revenues;*
- *Boost private investment and mobilise private capital using new support instruments and investment products;*
- *Use ODA funds to leverage private investment*<sup>59</sup>.

Although the Plan argues that it is a time to change to partnership rather than exploitation some of the ideas are very similar to the Structural Adjustment Programmes favoured by the World Bank and the International Monetary Fund (IMF) especially the emphasis of private sector funds which many understand as exploitation<sup>60</sup>. Although the Plan suggests that the Small and Medium Enterprises (SMEs) will be a significant plank of the initiative, unfortunately the power of the Multi-national Enterprises (MNEs) means that it is extremely likely that development in Africa will be stopped or might be reversed because of the imbalance between the States and the MNEs<sup>61</sup>. Indeed the manta of profit maximisation means that the MNEs can manipulate tax laws, grab resources and exploit the envi-

<sup>58</sup> J. Dine, *Companies, International Trade and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

<sup>59</sup> *Africa and Europe: A new Partnership for development, peace and a better future*, see footnote 9, p. 15.

<sup>60</sup> J. Dine, *Companies, International Trade and Human Rights*, cit.

<sup>61</sup> *Ibid.*

ronment<sup>62</sup>. Unless the neo-liberalism of the MNEs, the World Bank and the IMF are radically changed it is very likely that the exploitation of Africa will continue.

For example, in the Plan the ability of African countries to levy taxes is noted, 'It is hard to explain why the tax ratio in the poorest African countries should still be below 17 per cent when it stands at an average 35 per cent in OECD countries, or why education budgets are chronically underfinanced in many African countries despite them selling their natural resources'<sup>63</sup>. There are many reasons, simple repatriation of profits is a significant problem<sup>64</sup> so is illicit flows including money laundering. In 2014 a Eurodad showed that a FDI is a burden not a benefit.

The Marshall Plan was controversial and criticised by the right leaning neo-liberal economists saying that it stopped a full free-market recovery<sup>65</sup> and from the left arguing that it was the reason of the triumph of the US Empire and the rise of the predominance of MNE<sup>66</sup>.

This Plan, then, is controversial and many NGOs are sceptical fearing that it is a trap to further impoverish Africa. The German government; 'surprisingly acknowledges in the paper that «Europe's policy on Africa was for decades often guided by its own short-term economic and trade interests and proposes a correction. It is necessary to reshape cooperation with African countries. "Africa must be more than the continent of raw materials" it continues. From a trade-related perspective, reorganization should include:

- building production chains
- fair trade conditions

<sup>62</sup> N. Klein, *This Changes Everything*, Allen Lane, 2014.

<sup>63</sup> *Africa and Europe: A new Partnership for development, peace and a better future*, see footnote 9, p. 15.

<sup>64</sup> The State of Finance for Developing Countries, <<http://www.eurodad.org/files/pdf/1546315-the-state-of-finance-for-developing-countries-2014-1450105202.pdf>>, accessed on 30/09/2017.

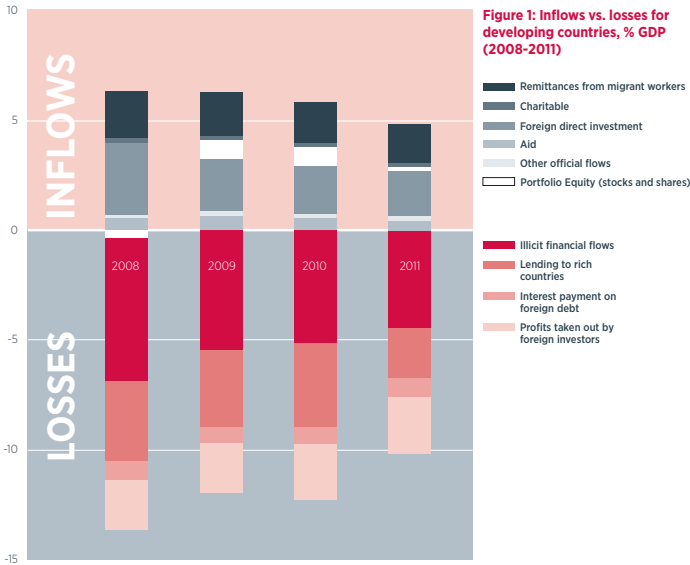
<sup>65</sup> L. von Mises, *Profit and Losses*. Address to the Mont Pelerin Society 1951, arguing that the Plan allowed a welfare state.

<sup>66</sup> N. Chomsky, G. Ruggiero, *The Umbrella of U.S. Power: The Universal Declaration of Human Rights and the contradictions of U.S. policy*, Seven Stories Press, 2002, ISBN 1-58322-547-1.

## Key findings

One key finding of the report is that losses of financial resources by developing countries have been more than double the inflows of new financial resources since the financial crisis.

Figure 1 shows that lost resources have been close to or above 10% of GDP for developing countries as a whole since 2008 – meaning that for every \$100 the country makes, \$10 are lost, flowing out of the country. The main drivers of this are illicit financial flows, profits taken out by foreign investors and lending by developing countries to rich countries.



The full report and methodology can be found here: [www.eurodad.org/finance\\_for\\_developing\\_countries](http://www.eurodad.org/finance_for_developing_countries)

## The State of Finance for Developing Countries, 2014

- diversifying the economy
- stopping harmful exports to Africa
- promoting agriculture
- strengthening access to the EU's internal market.

These proposals, as well as the demands outlined in the paper for compliance with international environmental and social standards or the stop of illicit financial flows and aggressive tax avoidance (which has been given a new relevance by the publication of the "Paradise Papers"), could at first glance appear to be written by social movements or non-governmental organizations».

However, the NGO argues that the Plan is linked into the World Bank and the IMF initiatives which are similar to Structural Adjustment Programmes which were disasters for the poor and increased inequality; “For example, the aforementioned “Compact with Africa (CWA) “, which was launched by the G20 finance ministers at the same time as the Marshall Plan in the spring of 2017, aims to boost private investment in Africa. The agreement between the World Bank, the International Monetary Fund and the African Development Bank contains principles are tied to the allocation of funds that comes from the dark days of the structural adjustment programs of the IMF and the World Bank. They are in contrast to the ideas of the Marshall Plan, which at least speaks of the rule of law, the fight against corruption and good governance. The recipe is simple, the effect fatal: Mixing the liberalization of the financial markets with the reduction of public spending and the dismantling of protective tariffs and on top of that enforce the privatization of state-owned companies. Indeed, the African countries that have so far been involved in the Compact, including Senegal, Rwanda and Morocco, are promoting the availability of cheap labour and promising free access to their markets as well as far-reaching privatization. There is not a single example from the past of a poor country where such measures, which ultimately aim at the abolition of the public sector and force African governments to deprive themselves of power, would have improved the living conditions of the majority of the population”<sup>67</sup>.

However, although there are worrying links between the German’s plan and the Compact with Africa (CWA) there is a recognition that new policies should and must be changed because the short-termism that is a neo-liberal hallmark. The difficulties is that the German Plan can be subsumed by World Bank and IMF initiative because of the power imbalance between one jurisdiction and the International Financial Institutions.

<sup>67</sup> Medico International, *Marshall Plan with Africa is a shame*, 13<sup>th</sup> December 2017, <<https://www.medico.de/en/marshall-plan-with-africa-is-a-sham-16913>>, accessed on 01/10/2018.



## 5. Conclusion

The German initiative is a welcome recognition that building walls and imprisoning immigrants and refugees or drowning them is not enough, compassion must be used partly because of the history of extraction which led to poverty. It seems that there but there is no reason why some initiatives can be devised<sup>68</sup> especially in the change from fossil fuels to green energy in Africa. There are many counties where solar power is a significant source. For example, it is very sad that in the European Partnership Agreements between the Caribbean Community (CARICOM) and the EU, green energy is not prominent. Small scale project can make a huge difference for communities in Africa and I think it might be more sensible to focus on such ideas rather than a vanity project which is likely to fail. For an example see the Oxfam Project Direct for providing solar systems in Zimbabwe focusing on hospitals and schools<sup>69</sup>. Even though the German government have restricted immigration flows, there are some activities happening around the Plan. Germany plans to use public money to support companies which invest in Africa. This is one of the details of the Plan, the aim was to reintroduce a scheme from the 1980s which made it easier for companies to write off losses on investments in Africa in order to moderate initial investment risks; “Development Minister Gerd Mueller told Handelsblatt that Germany is pursuing the Plan and “I am also going to push for provisions made for African investments to get more favourable tax treatment,” he said on Sunday of the plan, being developed by his department, along with the finance and economy ministries<sup>70</sup>. An policy aim for human flourishing is needed.

<sup>68</sup> See the German Institute of Global and Areas Studies (GIGA) who are devising policies, <[https://www.giga-hamburg.de/en/system/files/publications/wp303\\_kappel.pdf](https://www.giga-hamburg.de/en/system/files/publications/wp303_kappel.pdf)>, accessed on 01/10/2018.

<sup>69</sup> Oxfam Project Direct, <5678-Projects-direct-ZIMBABWE\_WEB.pdf>, accessed on 30/09/2017.

<sup>70</sup> Reuters, *German Firms Promised ‘Marshall Plan’ tax Breaks for African Projects*, July 8<sup>th</sup>, 2018, <<https://uk.reuters.com/article/uk-europe-migrants-africa/german-firms-promised-marshall-plan-tax-breaks-for-african-projects-idUKKBN1JY0SM>>, accessed on 01/10/2018.



Alessio Bartolacelli

## I migranti e l'impresa. Spunti e dati sull'imprenditorialità degli immigrati in Italia\*

SOMMARIO: 1. Introduzione: migrante o straniero? – 2. Quadro normativo di riferimento e possibilità di impresa dello straniero – 3. Il migrante come soggetto passivo dell'impresa – 4. Il migrante come soggetto attivo dell'impresa. In particolare, la cooperativa sociale – 5. Forme privilegiate di esercizio imprenditoriale e dati sull'imprenditoria immigrata in Italia – 6. Conclusioni

### 1. *Introduzione: migrante o straniero?*

È necessario, preliminarmente ad una indagine volta ad individuare le intersezioni del fenomeno imprenditoriale con quello migratorio, interrogarsi innanzitutto sulle definizioni da utilizzare; *in primis* quella di migrante.

La nozione di migrante si riferisce ad un dato di fatto che non trova, come vedremo, una specifica previsione normativa. Secondo la definizione offerta da uno dei più diffusi vocabolari della lingua italiana, migrante è chi si sposta dalla propria sede originaria verso una nuova<sup>1</sup>, con la connotazione maggiormente connessa ad una permanenza stabile nella sede di destinazione<sup>2</sup>.

\* L'autore desidera ringraziare Fabrizio Marongiu Buonaiuti per le amichevoli, pertinenti ed acute osservazioni che ha cortesemente inteso formulare alla versione preliminare di questo scritto.

<sup>1</sup> Vocabolario *on line* Treccani: «Che migra, che si sposta verso nuove sedi»: <<http://www.treccani.it/vocabolario/migrante/>>, giugno 2019.

<sup>2</sup> Il dato della stabilità non deve tuttavia essere eccessivamente sopravvalutato; si pensi ad esempio a quei soggetti che entrano in un Paese dell'Unione, ma senza la volontà di risiedere stabilmente in esso, essendo la loro permanenza in tale Paese solamente funzionale ad un ulteriore spostamento verso altro Paese, appartenente o meno all'UE, destinato a perfezionarsi in un momento successivo.

Ciò determina come requisito della fattispecie una certa stabilità nel luogo di destinazione, naturalmente differente da quello di origine, ma senza che quest'ultimo sia necessariamente posto ad una notevole distanza dal primo. In altri termini, la migrazione ben può avere ad oggetto uno spostamento all'interno del medesimo Stato; o uno spostamento da uno Stato all'altro ma all'interno di un territorio sovrastatale, come l'Unione Europea; o ancora lo spostamento da un territorio esterno all'Unione Europea verso un Paese dell'Unione, come ad esempio l'Italia.

Quest'ultimo caso è certamente quello che in misura maggiore interessa ai fini in questo scritto; non necessariamente, tuttavia, l'immigrazione verso l'Italia avrà i medesimi connotati per ogni situazione di fatto. Sotto il profilo fattuale, infatti, e limitatamente ai fini di questo scritto si può e deve distinguere innanzitutto tra immigrazione volontariamente attuata con la finalità di aprire in Italia un'attività imprenditoriale; ed immigrazione che prescinde da un intento imprenditoriale nel momento in cui si perfeziona, e vede nello stabilimento di una nuova impresa solamente una delle possibili soluzioni per l'auto-sostentamento una volta che si sia acceduti al territorio italiano per le ragioni più diverse. Questo significa che, essenzialmente, ciò che ci impegna è innanzitutto una indagine sullo straniero migrante in Italia ed il diritto commerciale. Ancor più specificamente, per le ragioni che appresso si vedranno, sullo *straniero cittadino di un Paese terzo immigrato in Italia* ed i profili di diritto commerciale che lo possono riguardare.

Il rapporto dello straniero con il diritto commerciale italiano può assumere connotazioni molto differenziate.

Da un lato, è necessario interrogarsi sulla natura del soggetto appartenente ad una giurisdizione differente, innanzitutto che esso sia persona fisica ovvero giuridica. Ove si versi in quest'ultima situazione, si tratta di un tema che, complici tra l'altro molteplici pronunzie della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>3</sup> in appli-

<sup>3</sup> Ci si riferisce alla giurisprudenza che fa capo, tra le altre, alle sentenze *Daily Mail* (81/87, 27.9.1988), *Centros* (C-212/97, 9.3.1999), *Überseering* (C-208/00, 5.11.2002), *Inspire Art* (C-167/01, 30.9.2003), *Cadbury Schweppes* (C-196/04, 12.9.2006); *SEVIC* (C-411/03, 13.12.2005), *Cartesio* (C-210/06, 16.12.2008), *Vale* (C-378/10, 12.7.2012), *Polbud* (C-106/16, 25.10.2017), su cui si v. per tutti (con

cazione concreta del principio della libertà di stabilimento<sup>4</sup>, vede un interesse decisamente maggiore da parte della dottrina<sup>5</sup>. Non è tuttavia il caso della società migrante quello che qui interessa, bensì quello del trattamento ai sensi del diritto commerciale della *persona fisica straniera* nel nostro Paese.

Anche all'interno di tale ambito, tuttavia, è necessario operare delle opportune distinzioni, basate da un lato sul Paese di origine del soggetto, e dall'altro sullo statuto ad esso in concreto applicabile. E, ancora, sulla legittimità o meno della presenza dello straniero sul territorio nazionale.

Una ulteriore distinzione può basarsi sulla qualificazione dello straniero come soggetto attivo, oppure passivo dell'attività d'impresa; o, più correttamente, di soggetto straniero che svolga l'attività imprenditoriale, a fronte dello straniero beneficiario di attività – perlomeno latamente imprenditoriali – poste in essere da enti di diritto privato che vedono tra le proprie funzioni, in termini esclusivi, prevalenti o anche solamente incidentali, anche attività poste in essere a favore della persona fisica straniera e della sua integrazione. All'interno di quest'ultima categoria si situano anche quelle esperienze che possono essere definite «ibride», in quanto il soggetto «assistito» ha – o può avere – parte attiva nel processo imprenditoriale, come accade, ad esempio, nelle cooperative sociali.

Ponendo attenzione a tutto ciò, tuttavia, è necessario introdurre una distinzione in apice. Lo straniero cui qui ci si dedica è innanzitutto il migrante. Questo ha conseguenze con riferimento al quadro normativo cui è necessario riferirsi, e alle ricadute in concreto del fenomeno.

Già di per sé la definizione di «straniero» non è immediatamente dirimente: specie nei tempi che ci troviamo a vivere, si

l'eccezione di Polbud) E. Pederzini, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della corte di giustizia*, in E. Pederzini (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 95 ss.; su Polbud sia consentito il rinvio a A. Bartolacelli, *Trasformazione transfrontaliera e la sentenza Polbud: corale alla fine del viaggio?*, in «Giur. comm.», 2018, 2, pp. 428 ss.

<sup>4</sup> Cfr. artt. 49 e 52 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

<sup>5</sup> Si v. la bibliografia citata in Pederzini, *La libertà*, cit., *passim*; F.M. Mucciarelli, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 87 ss.

potrebbe essere tentati di ritenere straniero chiunque non sia in possesso della cittadinanza italiana. Così tuttavia non è. Con riferimento al cittadino di un altro Paese dell'Unione, ad esso è esplicitamente riconosciuto «il diritto di esercitare qualsiasi attività economica autonoma o subordinata, escluse le attività che la legge, conformemente ai Trattati dell'Unione europea ed alla normativa comunitaria in vigore, riserva ai cittadini italiani»; ciò significando tra l'altro che ad ogni cittadino di altro Stato membro residente in Italia è riconosciuto «pari trattamento rispetto ai cittadini italiani nel campo di applicazione del Trattato»<sup>6</sup>. Il medesimo diritto è peraltro riconosciuto anche ai familiari del cittadino di altro Paese europeo ancorché non a loro volta cittadini europei, ma titolari «del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente»<sup>7</sup>.

Ciò significa che, ai fini che qui interessano, il cittadino comunitario ed i suoi familiari non sono da reputarsi stranieri, e godranno in particolare del diritto di stabilire iniziative economiche – salvo che non siano eccezionalmente riservate a cittadini italiani – all'interno dei confini nazionali alle medesime condizioni previste per i cittadini italiani, come previsto dal diritto di stabilimento esplicitamente sancito dai Trattati europei<sup>8</sup>.

Ciò che dunque interessa è innanzitutto lo *status* di straniero, e dunque di cittadino di Paesi non membri dell'Unione europea ovvero apolide; e poi, come sottocategoria specifica, quello di *migrante*<sup>9</sup>.

A tale fine, come già riferito, non si dà una specifica definizione normativa; l'ordinamento conosce una pletora di differen-

<sup>6</sup> D. lgs. 6.2.2007, n. 30, art. 19, c. 1 e 2. di attuazione della dir. CE 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

<sup>7</sup> *Ibidem*, c. 2. E si v. anche E. Calò, *Studio 4-2007/A* del Consiglio Nazionale del Notariato.

<sup>8</sup> Segnatamente, si v. nuovamente l'art. 49 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. In dottrina E. Pederzini, *Alla ricerca del diritto applicabile: società italiane e società straniere*, in Id., *Percorsi*, cit., p. 32; F. Galgano, F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, Cedam, 2011, pp. 880 ss.

<sup>9</sup> Non potendo essere operata l'indagine secondo la scansione inversa degli elementi, essendo irrilevante all'ordinamento giuridico italiano la situazione di migrante di cui sia soggetto il cittadino italiano all'interno dei confini nazionali o, per quanto appena affermato, il cittadino di altro Paese dell'Unione Europea immigrato in Italia.

ti fattispecie (tra cui, a titolo esemplificativo: richiedente asilo, rifugiato, persona avente il diritto alla protezione internazionale), che identificano naturalmente situazioni in cui ad essere coinvolto è un cittadino straniero, ma che non esauriscono le casistiche di stranieri che entrino in Italia. Ne restano ad esempio esclusi da un lato quelli che non provengono da situazioni che certamente non siano o non si rivelino essere meritevoli di protezione internazionale; e dall'altro, quelli dei cittadini stranieri che neppure richiedano il riconoscimento dello *status* di asilo o rifugiato, ovvero altra forma di protezione internazionale, ma siano giunti in Italia in maniera non regolare, i c.d. «clandestini»; o ancora coloro che, originariamente in possesso di un titolo valido di permanenza sul territorio nazionale, a seguito della scadenza di tale titolo non lo abbiano rinnovato, ritrovandosi quindi in una situazione di irregolarità sopravvenuta.

Da ciò deriva che è necessario distinguere tra soggetti legittimamente presenti nello stato, e quelli che non lo sono. E, tra essi, individuare coloro che possono rientrare nella categoria dei migranti ai fini di questo contributo.

Tra i primi ricorrono le casistiche delle persone che hanno legittimazione a permanere in Italia in virtù di uno specifico titolo, che non necessariamente li fa ricadere nella definizione di migrante come di norma la si intende. Si pensi, ad esempio, al cittadino extracomunitario che si trovi in Italia per ragioni di turismo, e la cui permanenza nel territorio è legittimata da un visto consolare rilasciato per tale finalità: in questo caso, certamente non si potrà discorrere di migrante nel significato di norma attribuito al termine.

Diversamente, come già si è accennato, migrante sarà colui che, provenendo da altro Paese, intenda la propria permanenza in Italia secondo una connotazione stabile. Ricade in tale fattispecie, allora, ad esempio anche il lavoratore cittadino di un paese terzo, indipendentemente dallo specifico Paese d'origine, che sia nel territorio dello Stato in virtù di un permesso di soggiorno per lavoro subordinato. Anche in questo caso non vi è una differenza in apice basata sul Paese d'origine, a patto che sia situato al di fuori dell'Unione Europea, né sulla condizione personale di tali soggetti: il lavoratore estremamente qualificato che

viene chiamato da una impresa sita in Italia perché questa possa beneficiare della sua professionalità è in tale senso equiparato al lavoratore senza particolare qualificazione professionale che una volta giunto in Italia e qui legittimamente presente grazie ad un permesso di soggiorno valido vada alla ricerca di un impiego per potersi autosostentare<sup>10</sup>.

Questo, evidentemente, non fotografa nitidamente la differenza soggettiva tra le fattispecie; al contempo, non considera neppure minimamente la nota dicotomia tra migranti c.d. «economici», e migranti per ragioni umanitarie. Tuttavia, in punto di diritto, non si dà una differenza ontologica tra tali fenomeni: ai fini che qui interessano, in particolare, rileva unicamente la legittimazione del soggetto alla permanenza in Italia ai fini dello svolgimento di una attività economicamente connotata. Rileva, in altri termini, il titolo in forza del quale la legittimità di tale permanenza è riconosciuta: naturalmente non si porranno problemi nel caso in cui il visto di ingresso nel Paese sia rilasciato per lavoro autonomo, subordinato o sub-stagionale<sup>11</sup>, o per soggiorno-lavoro nei casi previsti<sup>12</sup>. In casi di visto rilasciato per finalità non economica (ad esempio: motivi di studio con permanenza superiore ai tre mesi), lo svolgimento di una attività economica sarà subordinato alla richiesta di conversione del visto<sup>13</sup>.

Naturalmente differente è il caso, per converso, di permanenza nello Stato di soggetti che non siano in possesso di un titolo valido, o irregolarmente presenti sul territorio. E, anche in questo caso, indipendentemente dal fatto che ciò sia dovuto ad una irregolarità originaria – che vede una assenza assoluta di titolo valido di permanenza – o sopravvenuta – per cui il titolo valido di cui il soggetto era originariamente in possesso per qualunque ragione venga meno.

<sup>10</sup> Ciò, con l'eccezione di talune agevolazioni per l'ingresso in Italia – e, più in generale, in Europa – di lavoratori particolarmente qualificati; si v. *infra*, § 4.

<sup>11</sup> Si vedano a riguardo gli artt. 22 ss., d.lgs. 25.7.1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero – TUI).

<sup>12</sup> Cfr. art. 27, TUI.

<sup>13</sup> Cfr. art. 27ter, TUI.



Le situazioni sono pertanto da trattarsi in maniera differenziata, e giova innanzitutto procedere ad una preliminare ricognizione normativa di massima, valutando le ripercussioni delle diverse qualificazioni ai sensi del diritto commerciale, e dunque della possibilità per lo straniero di esercitare una autonoma attività economica.

## 2. *Quadro normativo di riferimento e possibilità di impresa dello straniero*

La condizione dello straniero in Italia evidentemente si fonda sull'art. 10, 2° comma, Cost., sulla base del quale essa è regolata «dalla legge in conformità delle norme e dei Trattati internazionali»; l'equiparazione sostanziale dello straniero cittadino di un altro Paese membro al cittadino italiano deriva per l'appunto dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, come già osservato<sup>14</sup>. È dunque il momento di verificare quale sia il regime cui sono sottoposti gli stranieri cittadini di un Paese terzo presenti nel nostro Paese.

La norma più rilevante a tale fine è costituita dall'art. 16 preleggi, che prevede che «lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali»<sup>15</sup>. Ciò che dunque deve essere verificato è, da una parte, cosa significhi in concreto la condizione di reciprocità; e, dall'altro, se tra le «leggi speciali» genericamente richiamate dall'art. 16 preleggi trovino spazio anche disposizioni volte ad escludere l'operatività della condizione di reciprocità, concedendo nella sostanza allo straniero la possi-

<sup>14</sup> E ad esso è da equipararsi il cittadino appartenente a Paesi dello Spazio Economico Europeo: Galgano, Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, cit., pp. 879 ss.

<sup>15</sup> Sul tema, oggetto di pervasiva attenzione da parte della dottrina internazionale-privatistica e non solo sino a tempi anche molto recenti, si v. per tutti B. Nascimbene, *La capacità dello straniero: diritti fondamentali e condizione di reciprocità*, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 2011, pp. 307 ss. Per una disamina in materia giuscommerciale si segnalano: L.G. Radicati di Brozolo, A. La Mattina, *Condizione di reciprocità e partecipazione di stranieri nel consiglio di amministrazione di s.p.a.: osservazioni critiche*, in «Le Società», 2011, pp. 642 ss.; A. Meacci, *La condizione di reciprocità: passato, presente e futuro nella nomina di un cittadino straniero nel consiglio di amministrazione*, in «Giur. comm.», 2012, 2, pp. 1285 ss.

bilità di godere dei diritti – nel nostro caso economici – propri del cittadino italiano senza che vi sia la necessità di una previa verifica della reciprocità di trattamento nei confronti del cittadino italiano che si trovi nello Stato di origine dello straniero.

Iniziando per semplicità di trattazione proprio da quest'ultima questione, la norma cui fare principalmente riferimento è l'art. 2, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a mente del quale si distingue tra «straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato» e «straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato».

Ai sensi della norma citata, allo straniero «regolarmente soggiornante» si riconosce in via generale il godimento dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano; ove, sulla base del testo unico o di convenzioni internazionali, sia prevista la verifica delle condizioni di reciprocità, «essa è accertata secondo i criteri e le modalità previste dal regolamento di attuazione»<sup>16</sup>. Al contrario, allo straniero «comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato», da intendersi, dunque, anche irregolarmente, è garantito in via generale il solo riconoscimento dei diritti fondamentali della persona umana previsti da norme interne od internazionali, mentre per quanto concerne l'eventuale estensione dei diritti spettanti al cittadino italiano, dovrà farsi riferimento nuovamente alla condizione di reciprocità di cui all'art. 16 preleggi.

Ad un primo sguardo, dunque, potrebbe apparire che la situazione non sia radicalmente differente nei due casi in cui il cittadino straniero soggiorni regolarmente in Italia, o meno. Anche nella prima ipotesi, infatti, ben potrebbe darsi che, in forza del dettato del testo unico o di convenzioni internazionali, debba essere comunque verificata la sussistenza della condizione di reciprocità. In realtà così non è; o meglio: certamente la verifica della condizione di reciprocità dovrà sempre essere integralmente effettuata nel caso dello straniero non regolarmente soggiornante. Con riferimento a quello regolarmente soggiornante, invece, essa, ove richiesta dal TUI o da convenzione internazionale, si

<sup>16</sup> Cfr. d.P.R. 31.8. 1999, n. 394, art. 1.

svolgerà secondo i criteri di cui al regolamento di attuazione del TUI stesso. Criteri che, nella sostanza, obliterano la necessità di una effettiva verifica per «i cittadini stranieri titolari della carta di soggiorno di cui all'articolo 9 del testo unico, nonché per i cittadini stranieri titolari di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato o di lavoro autonomo, per l'esercizio di un'impresa individuale, per motivi di famiglia, per motivi umanitari e per motivi di studio, e per i relativi familiari in regola con il soggiorno»<sup>17</sup>. Ove, quindi, lo straniero sia in possesso di tali permessi di soggiorno, che appunto ne fanno un soggetto regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato, la condizione per il riconoscimento in capo allo straniero dei diritti civili spettanti al cittadino italiano è, per così dire, autoavverata<sup>18</sup>.

Non altrettanto si può dire per lo straniero non regolarmente soggiornante in Italia (o anche del tutto non soggiornante in Italia, per quanto questa ipotesi non interessi qui direttamente), per il quale la necessità di una complessiva verifica della reciprocità opera in via integrale ed effettiva. Questo significa che in tale caso sarà necessario, perché la persona fisica possa svolgere attività d'impresa nei termini che tra breve si vedranno, che sia effettuata la verifica della condizione di reciprocità da parte della competente autorità italiana<sup>19</sup>. Tale autorità è, di norma, il notaio o il responsabile del procedimento, il quale può richiedere al Ministero degli Affari Esteri<sup>20</sup>, ai sensi del regolamento di attuazione del TUI, «i dati relativi alle verifiche del godimento dei diritti [in materia civile] da parte dei cittadini italiani nei Paesi d'origine» degli stranieri che chiedono di essere ammessi al godimento di diritti in Italia<sup>21</sup>. Tale reciprocità è sovente fondata sull'esistenza di specifici accordi tra l'Italia e i singoli Paesi stranieri; ove un

<sup>17</sup> d.P.R. 394/1999, art. 1, c. 2.

<sup>18</sup> Analogamente Galgano, Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p. 879.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Il quale mantiene compilato uno specifico elenco da utilizzarsi all'uopo: la lista è consultabile all'URL <[https://www.esteri.it/mae/it/servizi/stranieri/elenco\\_paesi.html](https://www.esteri.it/mae/it/servizi/stranieri/elenco_paesi.html)>, giugno 2019; sul punto, anche confutando la tesi che vorrebbe la verifica della condizione di reciprocità di cui all'art. 16 preleggi come implicitamente abrogata dalle norme successive, si v. Galgano, Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p. 863.

<sup>21</sup> d.P.R. 394/99, art. 1, c. 1.

simile accordo non sia stato stipulato, la verifica della condizione di reciprocità dovrà avvenire *ad hoc*, caso per caso, ed attraverso *affidavit* e pareri di esperti, anche eventualmente in sede giudiziaria<sup>22</sup>.

La possibilità per lo straniero di godere dei diritti civili nella misura concessa all'italiano è fondamentale sotto ogni profilo di diritto commerciale «attivo»: la possibilità di esercitare un lavoro autonomo, la possibilità di costituire una società, persino l'acquisizione di partecipazioni in società italiane è soggetto alle regole esaminate *supra*<sup>23</sup>. Non a caso, i Registri delle imprese, all'atto della richiesta di iscrizione di un'impresa, verificano propriamente la condizione dello straniero eventualmente richiedente. Non così, invece, per i profili «passivi», che saranno quelli di cui, ragionevolmente, lo straniero non regolarmente soggiornante più di frequente si troverà a fruire.

La constatazione rispetto ai profili imprenditoriali «attivi», tuttavia, comporta la necessità di un supplemento di attenzione. Ciò, non già con riferimento all'acquisto di partecipazioni sociali non sorretto dalla reciprocità, per il quale sarebbero manifesti i profili della invalidità del negozio<sup>24</sup>; quanto, invece, per lo svolgimento da parte dello straniero non regolarmente soggiornante in Italia di una attività qualificabile come imprenditoriale.

Sotto questo profilo, infatti, l'art. 2082 c.c., che detta la definizione di imprenditore, riconosce prevalentemente profili fattuali, e non strettamente giuridici. Per tale ragione, non pare in astratto impossibile l'assunzione della qualità di imprenditore – e non necessariamente individuale – in capo ad uno o più soggetti non regolarmente soggiornanti in Italia.

Per quanto riguarda l'imprenditore individuale, come noto i requisiti necessari sono: lo svolgimento di una attività, ossia una pluralità di atti teleologicamente connessi; la professionalità, intesa come non episodicità; la presenza di una organizzazione, integrata anche da autoorganizzazione; e l'economicità, come

<sup>22</sup> Galgano, Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, cit., pp. 879 ss.; sulle conseguenze giuridiche sugli atti compiuti dallo straniero in Italia in assenza della condizione di reciprocità si v. ivi, pp. 866-872.

<sup>23</sup> Ivi, pp. 886 ss.

<sup>24</sup> Sulle cui conseguenze in concreto si v. ivi, pp. 868 ss.

copertura perlomeno tendenziale dei costi d'impresa con i ricavi da essa derivanti<sup>25</sup>. Ora, un'obiezione generale che potrebbe essere mossa è nel senso che il soggetto supposto imprenditore non potrebbe integrare il requisito della economicità in quanto la postulata carenza di reciprocità potrebbe viziare l'eventuale compravendita di beni effettuata dallo straniero non regolarmente soggiornante. A ben vedere, tuttavia, anche questo è un problema di ordine unicamente giuridico: i ricavi implicitamente richiesti dall'art. 2082 c.c. non necessariamente devono essere frutto di una transazione commerciale valida. Ciò che è richiesto dalla norma in materia di impresa è semplicemente che vi sia copertura perlomeno tendenziale dei costi sostenuti con quanto ricavato dall'impresa; non importa dunque, a tale fine, se acquisti o vendite siano viziati. Ciò, per converso, non sta a significare certamente che la presenza di una ipotetica attività d'impresa sia di per sé sanante della invalidità degli atti di compravendita che fanno sì che il requisito della economicità sia integrato; tutt'altro. Ciò che, infatti, potrebbe invece desumersi è che, pure essendosi in presenza, al ricorrere delle condizioni di cui sopra, di una impresa, essa dovrà tuttavia essere considerata illecita (perlomeno) sotto il profilo soggettivo, e dunque potrà essere eventualmente invocata una certa tutela da parte dei terzi perlomeno con riferimento agli atti validamente posti in essere dall'imprenditore<sup>26</sup>. Non costituisce invece ostacolo insormontabile alla eventuale qualificazione in termini di impresa di una attività economica svolta dallo straniero non regolarmente soggiornante il fatto che non sia possibile per tale attività adempiere alle formalità previste da altre branche del diritto, come ad esempio l'ottenimento di un codice fiscale o di una partita IVA, e così via dicendo. Si tratta infatti di requisiti non necessari ai fini dell'ottenimento della qualifica di imprenditore, ma dettati per finalità tutt'affatto differenti.

<sup>25</sup> Si v. per tutti G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, a cura di M. Campobasso, Torino, UTET, 2013, pp. 23 ss.

<sup>26</sup> Ivi, p. 39.

Sin qui con riferimento all'imprenditore individuale; una analisi più dettagliata deve però essere svolta anche con riferimento alla possibilità per il soggetto non regolarmente soggiornante e per cui la verifica della condizione di reciprocità abbia dato esito negativo di concorrere alla costituzione – o persino di costituire – una impresa in forma societaria.

È necessario distinguere, in questo caso, tra società di persone o di capitali. Quanto a queste ultime, pare che, attesa la verifica che deve essere effettuata dal notaio in fase di costituzione<sup>27</sup>, la possibilità di una partecipazione alla fase di costituzione da parte dello straniero non legittimato sia poco più che un caso di scuola. Peraltro, come già si è osservato, spetta ai notai la verifica della sussistenza della condizione di reciprocità, per cui eventuali mancanze in tale senso avranno anche conseguenze in termini di responsabilità del rogante.

Differente, e forse più interessante, il caso della partecipazione alla costituzione di una società di persone<sup>28</sup>. In questa ipotesi, in verità, pare doversi ragionare in maniera non troppo dissimile da quella utilizzata osservando l'ipotesi dell'imprenditore individuale. In particolare, essendo ben possibile la configurazione di una società di fatto – o anche solamente di una società irregolare, e quindi non iscritta<sup>29</sup> – che rimane regolamentata dalle norme dettate per la società semplice o la società in nome collettivo a seconda che l'oggetto sociale sia, rispettivamente, non commerciale o commerciale, non è da escludersi a priori che lo straniero non legittimato possa prendere parte alla costituzione di una siffatta società, insieme ad altre persone che rivestano individualmente la medesima posizione, o anche soggetti che siano, al contrario, legittimati alla costituzione, in quanto dotati

<sup>27</sup> Cfr. per la s.p.a. art. 2332 c.c., richiamato dall'art. 2463, c. 3 per la s.r.l. e Per quanto con la significativa eccezione della *start-up* innovativa costituita *online* attraverso il modello tipo, su cui si v., ad esempio, le considerazioni critiche di C. Licini, *Ragioni comunitarie e di ordine pubblico economico che impongono il mantenimento della costituzione di s.r.l. nella forma dell'atto pubblico*, in «Notariato», 2015, pp. 390 ss.

<sup>28</sup> E non già della costituzione *tout court* della società, come invece potrebbe essere per le società di capitali, dandosi in tale caso la possibilità di costituire società unipersonali, invece preclusa nelle società a base personale.

<sup>29</sup> Cfr. artt. 2297 e 2317 c.c. rispettivamente in tema di s.n.c. e s.a.s.

di un pieno diritto in tale senso. La (legittima) assenza di registrazione determina naturalmente che non vi sia un controllo da parte di una autorità italiana rispetto al godimento dei diritti derivanti in ipotesi dalla verifica della condizione di reciprocità, e ciò significa che l'ipotesi di cui si discorre, al netto della invalidità della partecipazione<sup>30</sup>, ben potrebbe darsi in concreto.

Discorso analogo deve essere effettuato anche con riferimento al trasferimento della partecipazione a favore del soggetto non legittimato, che dunque sarà da considerarsi viziato<sup>31</sup>.

Ben più agevole è il discorso in relazione allo straniero regolarmente soggiornante in Italia o per cui sia comunque stata verificata la condizione di reciprocità di cui all'art. 16 preleggi, sia con riferimento all'impresa individuale, sia a quella societaria, vuoi personalistica, vuoi capitalistica. In queste ipotesi, non sussiste dubbio sulla possibilità di essere, alla pari di un cittadino italiano, titolare di attività d'impresa.

### 3. *Il migrante come soggetto passivo dell'impresa*

Il rapporto di una impresa italiana con un soggetto ricompreso nella categoria dei migranti può avere una duplice connotazione, attiva e passiva. Nel primo caso, la persona cui ci stiamo riferendo può essere partecipe dell'esercizio diretto di una attività imprenditoriale, come ben può accadere in specifici casi di migranti c.d. economici, o perché trovano un impiego come lavoratore dipendente, o per propria attitudine in tale senso, e decidano dunque di stabilire in Italia una attività propria, da soli o congiuntamente con altri soggetti. Il secondo caso, invece, si riferisce alle ipotesi in cui una attività d'impresa italiana abbia nel migrante non già una parte attiva del processo imprenditoriale, bensì in qualche modo il beneficiario dell'attività posta in essere dall'impresa. Proprio da quest'ultimo caso prendiamo le mosse.

<sup>30</sup> Che ben potrebbe poi riverberarsi sulla invalidità dell'intera società, ove questa fosse costituita da soli non legittimati, o, ad esempio, da un legittimato e più non legittimati. Cfr. G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, UTET, 2015, p. 4.

<sup>31</sup> Si v. *supra*, nt. 24.

È evidente che qualunque attività di impresa non distingue, di norma, tra i fruitori dei servizi da essa offerti; l'impresa opera sul mercato, e dunque offre servizi a chi ne fa richiesta, senza che la condizione personale dei beneficiari espliciti di norma una particolare importanza sotto il profilo giuridico. Questa regola, tuttavia, può soffrire eccezioni di fatto e di diritto.

Un esempio di eccezione di fatto può essere quello dei servizi di trasferimento di denaro verso Paesi diversi da quello in cui viene effettuato il versamento<sup>32</sup>: i fruitori per così dire «naturali» del servizio saranno sia «a monte» (beneficiari del trasferimento), sia «a valle» (trasferenti) soggetti stranieri.

Ancora, discorso analogo può essere effettuato per le attività commerciali evidentemente connotate da offerte etnicamente orientate: negozi in cui le stesse insegne sovente neppure recano indicazioni in lingua italiana, ma solamente nell'idioma straniero proprio di coloro che sono dall'imprenditore percepiti come i propri clienti potenziali più probabili. In questo caso, naturalmente, nulla previene che un cittadino italiano si serva presso tali esercizi commerciali, ma evidentemente la clientela percepita come potenzialmente più rilevante non è formata da italiani.

Non del tutto coincidente, ma nella prassi non dissimile è il caso di offerte di servizi caratterizzati dal rispetto di talune prescrizioni religiose proprie di confessioni che non sono maggioritarie nel nostro Paese: i fedeli interessati si serviranno dei servizi di tali imprese, per quanto sarà statisticamente probabile che tra essi quelli di nazionalità italiana siano in minoranza.

Ciò che nelle ipotesi qui menzionate rileva è, comunque, non già la qualifica del fruitore del servizio in termini di migrante, bensì di straniero *tout court*; tra essi vi potrà essere *anche* una percentuale di migranti nel senso qui inteso, ma che non muta affatto le caratteristiche del servizio offerto, e tantomeno quelle dell'impresa.

Con specifico riferimento ai migranti in quanto tali come beneficiari «naturali» dell'attività d'impresa, tuttavia, si possono individuare perlomeno due specifiche ipotesi, di recente intro-

<sup>32</sup> Esempi di tali servizi sono quelli offerti dalle imprese *Western Union*, *Money-Gram* ecc.



dotte nella normativa italiana, in cui il tema è affrontato in logica tendenzialmente “premiale”.

Da un lato, la recentemente riformata disciplina in tema di impresa sociale<sup>33</sup>, infatti, indica esplicitamente tra le attività di interesse generale che possono essere svolte «in via stabile e principale» da una impresa, che aspiri ad essere riconosciuta dall'ordinamento come impresa sociale, con i benefici non solo reputazionali che da tale qualificazione discendono, quelle attinenti alla «accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti»<sup>34</sup>, nonché quella finalizzata «all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro» di persone appartenente ad una serie di categorie, tra cui specificamente persone beneficiarie di protezione internazionale<sup>35</sup>. Evidentemente, l'accezione di migrante che il legislatore utilizza per questa categoria di attività è da intendersi orientata, perlomeno primariamente, al migrante in qualche modo svantaggiato, riconoscendo in questa maniera all'impresa nella sua forma sociale un ruolo sussidiario a quello dello Stato nell'accogliere e nel tentare l'integrazione degli immigrati nel tessuto sociale italiano<sup>36</sup>.

Peraltro, la particolare categoria di migranti costituita dai soggetti beneficiari di protezione internazionale è ulteriormente oggetto di attenzione all'interno della disciplina dell'impresa sociale in quanto si prevede che l'attività d'impresa è comunque da considerarsi di interesse generale, indipendentemente dall'oggetto specifico, ove perlomeno il trenta per cento dei lavoratori che vi sono occupati ricadano in categorie specifiche di soggetti svantaggiati<sup>37</sup>. Tra di essi, appunto, sono annoverati i beneficiari di protezione internazionale, che in questo modo potranno avere un accesso facilitato a un impiego in Italia, grazie alle

<sup>33</sup> D.lgs. 3.7.2017, n. 112, Revisione della disciplina in materia di impresa sociale.

<sup>34</sup> Cfr. d.lgs. 112/2017, art. 2, c. 1, lett. r).

<sup>35</sup> Ivi, lett. p); si v. anche *infra* il prossimo paragrafo per maggiori approfondimenti.

<sup>36</sup> Nulla osta, inoltre, al fatto che lo svolgimento di una attività di ausilio ai migranti possa costituire l'oggetto specifico anche di una impresa *for-profit*, e che in quanto tale non è riconducibile all'alveo delle imprese sociali che restano caratterizzate da una forte limitazione del lucro soggettivo anche ove siano costituite in forma societaria (cfr. d.lgs. 112/2017, art. 3, c. 3).

<sup>37</sup> Cfr. d.lgs. 112/2017, art. 2, c. 4 e 5.

agevolazioni riconosciute ai datori di lavoro che in questo modo potranno divenire titolari di imprese sociali.

Al di là della specifica ipotesi della impresa sociale come disciplinata dal d.lgs. 112/2017, il legislatore italiano si riferisce alla attività di «accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti» anche come oggetto di attività «esclusiva o principale» degli Enti del Terzo Settore (ETS), come individuati e disciplinati dal c.d. Codice del Terzo Settore, coevo alla riforma della disciplina dell'impresa sociale<sup>38</sup>. In questo caso, tuttavia, l'attività imprenditoriale è possibile, ma non è necessaria. Ai fini della qualificazione in termini di Ente del Terzo Settore<sup>39</sup>, infatti, non è richiesto inderogabilmente l'esercizio di una attività d'impresa da parte dell'Ente. Al contrario, l'attribuzione della qualifica di ETS dipende esclusivamente dallo svolgimento delle attività elencate all'art. 5 del Codice del Terzo Settore, a patto che esse siano svolte «in via esclusiva o principale». Ora, se l'attività di accoglienza ed integrazione dei migranti è svolta secondo i canoni classici del metodo imprenditoriale (semplificando: professionalmente, economicamente e con l'implementazione di una organizzazione)<sup>40</sup>, ci si troverà dinanzi ad una impresa sociale<sup>41</sup>; ove tali canoni siano mancanti, e dunque l'attività di accoglienza ed integrazione sia svolta, ad esempio, con metodo sostanzialmente erogativo<sup>42</sup>, non si potrà certamente discorrere di impresa. D'altra parte, il fatto che l'ETS debba svolgere la propria attività di interesse generale non necessariamente in via esclusiva, ma possa farlo anche solamente «in via principale» significa che l'ETS potrà esercitare eventualmente anche attività diverse da quelle di interesse generale<sup>43</sup>, ove siano secondarie e strumentali rispetto a quelle, nella misura da fissarsi da parte di un apposito ed allo stato attuale emanando Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali<sup>44</sup>.

<sup>38</sup> D.lgs. 3.7.2017, n. 117, art. 5, c. 1, lett. r).

<sup>39</sup> Che, ancora, attribuisce all'ente una serie di vantaggi anche sotto il profilo fiscale.

<sup>40</sup> Cfr. art. 2082 c.c.

<sup>41</sup> Naturalmente allorquando i rimanenti requisiti per la configurazione di tale fattispecie, ai sensi del d.lgs. 112/2017, siano presenti.

<sup>42</sup> E dunque in assenza del metodo economico inteso come tendenziale copertura dei costi con i ricavi, carattere essenziale dell'impresa *ex* art. 2082 c.c.

<sup>43</sup> D.lgs. 117/2017, art. 6.

<sup>44</sup> Stato a giugno 2019.

Dunque, mentre nel caso dell'impresa sociale l'attività di accoglienza ed integrazione dei migranti è ad ogni effetto oggetto – o meglio, uno degli oggetti possibili – dell'attività dell'impresa, nell'ETS si tratta di attività non svolta a titolo di impresa, ma semmai supportata da una attività imprenditoriale diversa, svolta dall'ente proprio al fine di finanziare lo svolgimento delle proprie attività di interesse generale<sup>45</sup>.

#### *4. Il migrante come soggetto attivo dell'impresa. In particolare, la cooperativa sociale*

Di interesse maggiore è, tuttavia, la tematica del migrante come soggetto attivo dell'impresa. A tale proposito è necessario un previo chiarimento. Una volta che il migrante sia soggettivamente legittimato all'esercizio di una attività lavorativa autonoma nel territorio dello Stato, gli saranno accessibili tutte le forme imprenditoriali disponibili al cittadino italiano. Da questo punto di vista, non vi è una sostanziale differenza tra il migrante (regolarmente soggiornante) imprenditore, ed il cittadino italiano imprenditore. Tuttavia, prima di enunciare brevemente le opzioni imprenditoriali che sono ragionevolmente più plausibili per il migrante imprenditore in ragione di una pluralità di fattori, vale la pena di ricercare se, sotto il profilo soggettivo, vi siano ipotesi di riconoscimento di agevolazioni per l'intrapresa di una attività imprenditoriale da parte del migrante.

A ben vedere, si dà perlomeno un caso in tale senso, fermo restando il fatto che l'accezione di «imprenditore» che in questa sede si utilizza è da intendersi in senso ampio, comprendendo non solamente quella del soggetto che, ai sensi dell'art. 2082 c.c.,

<sup>45</sup> E così analogamente anche quegli enti – ad esempio associazioni – che non abbiano i requisiti per essere annoverati tra gli ETS, ma che comunque abbiano tra i propri scopi quello della accoglienza e dell'integrazione di migranti svantaggiati; anche in questo caso è ben possibile che l'attività di aiuto ai migranti sia supportata dallo svolgimento di una (diversa) attività d'impresa da parte dell'ente.

Si consideri poi brevemente anche la disposizione di cui alla l. 27.12.2017, n. 205, Legge di bilancio 2018, che all'art. 1, c. 109, disponeva agevolazioni per l'assunzione da parte di cooperative sociali, durante il solo anno 2018 e mediante contratti a tempo indeterminato, di soggetti beneficiari di protezione internazionale.

eserciti professionalmente una attività economica ed organizzata di produzione o scambio di beni o servizi, ma anche, ad esempio, la posizione di socio in organizzazioni societarie in cui si dia una centralità a tale posizione rispetto al fattore capitalistico.

La specifica agevolazione di cui si diceva discende dalla disciplina dei cc.dd. *Italia Startup Visa* e *Startup Hub*. Entrambi gli strumenti, elaborati dai Ministeri dello Sviluppo Economico e degli Affari Esteri, sono dedicati a cittadini non appartenenti all'Unione Europea, ma desiderosi di iniziare una attività imprenditoriale in Italia. Le due misure di incentivo sono tra loro differenziate rispetto alla platea dei legittimati alla partecipazione, ma hanno in comune il fatto di prevedere un incentivo per la creazione di sole imprese a carattere innovativo. Lo *Startup Visa*, come intuibile sin dalla denominazione, è indirizzato a soggetti che ancora non risiedano in Italia, e che attraverso il programma in parola ottengono, ove selezionati, un visto per lo svolgimento dell'attività d'impresa in Italia. Al contrario, lo *Startup Hub* è rivolto a chi, già presente sul territorio nazionale ad altro titolo, desideri prolungare il proprio soggiorno per impiantarvi una impresa innovativa<sup>46</sup>. Come è perfettamente evidente, i due programmi in parola senza dubbio forniscono un ausilio, peraltro più sotto il profilo dello snellimento di formalità amministrativo/burocratiche che sul piano del diritto strettamente commerciale/societario, a chi intenda divenire imprenditore in Italia, ma sono focalizzati su soggetti altamente specializzati ed animati dal desiderio di promuovere la cultura della innovazione in Italia. Si tratta, in breve, di una forma di promozione di immigrazione di soggetti caratterizzati dall'essere una sorta di *élite* tecnologica<sup>47</sup>.

Una seconda ipotesi di agevolazione potrebbe invece avere a che vedere con la cooperazione sociale. Ancorché non sia previsto nel testo normativo di riferimento un richiamo esplicito alla

<sup>46</sup> Cfr. <<http://italiastartupvisa.mise.gov.it>>, giugno 2019. Dati riferiti all'utilizzo dell'incentivo in R. Cramerotti, *Start-up Visa: il caso italiano nel quadro europeo*, in IDOS, *Rapporto Immigrazione e imprenditoria 2017. Aggiornamento statistico*, Roma, Idos Edizioni, 2017, pp. 138 ss.

<sup>47</sup> Quanto alle agevolazioni a livello europeo per il reclutamento di lavoratori altamente qualificati, si v. la dir. 2009/50/CE, istitutiva della c.d. "Blue Card", recepita nell'ordinamento italiano attraverso l'inserimento di apposite norme nel TUI, artt. 9-ter e 27-quater.

situazione del migrante<sup>48</sup>, e pure non risulti una menzione esplicita del tema nelle leggi regionali volte a dare attuazione concreta al fenomeno della cooperazione sociale ai sensi dell'art. 9 della l. 381/1991, il principio generale di tali società è quello di perseguire un interesse generale mediante, alternativamente, «la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi, incluse le attività di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a), b), c), d), l), e p) del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112» – ossia le nuove norme in materia di impresa sociale; o «lo svolgimento di attività diverse – agricole, industriali, commerciali o di servizi – finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate». L'incidenza sul fenomeno migratorio delle due tipologie di cooperative sociali, comunemente definite, rispettivamente, di «tipo A» e di «tipo B», è senz'altro evidente sotto il profilo della agevolazione offerta dalla attività svolta da parte della società cooperativa sociale.

In particolare, nelle cooperative di «tipo A», il riferimento all'attività di cui all'art. 2, comma 1, lett. p) della legge sulla impresa sociale, che a sua volta rinvia al comma 4 del medesimo articolo, fa rientrare le persone «beneficiarie di protezione internazionale» tra i soggetti a favore dei quali la cooperativa sociale può svolgere la propria attività di organizzazione di «servizi finalizzati all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro»<sup>49</sup>.

Analogamente, nelle cooperative di «tipo B», nuovamente si rinviene la finalità dell'inserimento o reinserimento lavorativo di persone svantaggiate. In questo caso, tuttavia, l'art. 4, c. 1 della l. 381/1991, nel dettare la definizione di “persona svantaggiata”, non menziona tuttavia esplicitamente alcun soggetto bisognoso di protezione internazionale<sup>50</sup>. Si può ritenere che

<sup>48</sup> Ci si riferisce alla l. 8.11.1991, n. 381, recante la disciplina delle cooperative sociali, di recente parzialmente integrata dal già citato d.lgs. 112/2017.

<sup>49</sup> Peraltro, si ricordi, con l'agevolazione già menzionata *supra*, in nt. 45, per l'inserimento *diretto* dei migranti come lavoratori all'interno della cooperativa.

<sup>50</sup> Bensì si riferisce a: «gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno ai sensi dell'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni. Si considerano inoltre persone svantaggiate i soggetti indicati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di

rientrano nel concetto di persona svantaggiata anche i soggetti beneficiari di protezione internazionale, come previsto dall'art. 4, d.lgs. 112/2017 per l'impresa sociale?

Si potrà essere tentati di ritenere che il quesito sia ozioso, in quanto, ancora una volta, atterrebbe al profilo del migrante come *beneficiario* di attività di impresa e non quale parte attiva della stessa. Così, tuttavia, non è. Nelle cooperative sociali di «tipo B» – e solamente in quelle di «tipo B», essendo la previsione normativa in parola esplicitamente limitata ad esse – infatti, ai sensi dell'art. 4, c. 2, è previsto che le persone svantaggiate a favore del cui inserimento o reinserimento lavorativo opera la cooperativa, *devono* «costituire almeno il trenta per cento dei lavoratori della cooperativa, e, *compatibilmente con il loro stato soggettivo*, essere socie della cooperativa stessa». Si verifica quindi, nell'idea del legislatore, una coincidenza il più possibile ampia tra soggetti beneficiati e soci della cooperativa stessa, donde la necessità, ai fini di questo scritto, di intendere se il soggetto bisognoso di protezione internazionale possa validamente integrare il requisito, e dunque ottenere una sorta di incentivo a divenire socio – in quanto beneficiario – di cooperativa sociale di «tipo B»<sup>51</sup>.

La risposta al quesito non è semplice, e passa anche attraverso la necessità di intendere quale sia la funzione delle normative regionali di attuazione rispetto al dettato normativo dell'art. 4, l. 381/1991<sup>52</sup>. Una apertura in tale senso poteva provenire dalla sentenza della Cassazione, sezione Lavoro, 10506/2012, in cui

concerto con il Ministro della sanità, con il Ministro dell'interno e con il Ministro per gli affari sociali, sentita la commissione centrale per le cooperative istituita dall'articolo 18 del citato decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni», per quanto il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri si cui si discorre non risulti allo stato ancora emanato, a distanza di quasi trent'anni dalla legge istitutiva delle cooperative sociali.

<sup>51</sup> Ancora una volta, a maggiore ragione ove si tengano presenti le agevolazioni di cui alla nt. 45 *supra*, in ragione delle quali dovrebbe verificarsi un consistente aumento delle persone beneficiarie di protezione internazionale quali lavoratori delle società cooperative sociali.

<sup>52</sup> Si v. ad esempio l'art. 13 della L.R. 26.10.2006, n. 20 della Regione Friuli-Venezia Giulia, in cui si riconosce lo *status* di persona svantaggiata non già ai soli soggetti di cui all'art. 4 della l. 381/1991, ma anche alle «altre persone in stato o a rischio di emarginazione sociale segnalate dagli enti locali», definizione in cui naturalmente potranno versare anche i soggetti di cui nel presente studio ci si occupa.

si chiarisce che l'elencazione contenuta nell'art. 4, l. 381/1991 «va intesa come una mera indicazione e non esprime tassatività né preclusione all'integrazione», che può essere legittimamente effettuata ad opera della normativa regionale<sup>53</sup>.

Ciò, tuttavia, fa sì che l'intera questione sia da verificarsi alla luce della presenza di una esplicita menzione da parte della normativa regionale alla categoria che interessa, nel nostro caso quella, generale, dei migranti, o anche solamente quella più ristretta dei soggetti beneficiari di protezione internazionale: in assenza di una norma regionale che consenta esplicitamente l'estensione della categoria delle persone svantaggiate ai migranti, sarà da ritenersi che essi non potranno rientrare nel 30% dei beneficiari *necessari* dell'attività della cooperativa sociale, e dunque neppure tra i suoi soci *necessari* a norma di legge<sup>54</sup>. E ciò, si badi, nonostante il novero dei soggetti svantaggiati o molto svantaggiati di cui all'art. 2, c. 4 del d.lgs. 112/2017 in tema di impresa sociale oggi esplicitamente ricomprenda, come già ricordato, i soggetti beneficiari di protezione internazionale.

Questa situazione determina una sorta di schizofrenia normativa. Si deve infatti ricordare che le cooperative sociali sono

<sup>53</sup> Peraltro già oggetto di sostanzialmente analoga indicazione da parte della S.C. nella sentenza 5472/2005.

<sup>54</sup> Sul tema ci sono perlomeno due ulteriori precisazioni da operare. Da un lato, è interessante verificare cosa si debba intendere con la locuzione «compatibilmente con il loro stato soggettivo» presente all'art. 4, c. 2, l. 381/1991 con riferimento al *dovere*, in capo alle persone svantaggiate beneficiarie e lavoratrici nella cooperativa sociale, di entrare nella compagine sociale della stessa. Evidentemente, per quanto qui interessa, ci si potrà riferire ad una impossibilità legata alla compatibilità con lo stato soggettivo, per quegli stranieri beneficiari dell'attività della cooperativa, che non siano però beneficiari di protezione internazionale e che non godano della reciprocità di cui s'è detto. Il punto pare tuttavia poco più che un caso di scuola, in quanto difficilmente tali soggetti potrebbero essere assunti come lavoratori da parte della cooperativa, e lo *status* di lavoratore deve accompagnarsi a quello di socio, ai sensi della norma di cui si discorre. In ogni altro caso, ove lo straniero sia legalmente soggiornante nel territorio nazionale, non pare che la compatibilità possa essere negata sulla base di una pretesa assenza di capacità giuridica.

In secondo luogo, non risulta chiaro se la quota del 30% di cui all'art. 4, c. 2 citato sia suscettibile di ricomprendere anche quelle fattispecie escluse dal c. 1, ma oggetto di integrazione da parte delle norme regionali di integrazione, e dunque, ai fini che qui interessano, se – ove questo sia ammesso dalla norma regionale – lo straniero svantaggiato lavoratore nella cooperativa sociale *debba* o solamente *possa* divenire socio della cooperativa stessa.

imprese sociali di diritto<sup>55</sup>. Nella loro variante di «tipo B» devono promuovere tuttavia l'inserimento nel mondo del lavoro di una serie di soggetti svantaggiati, la cui elencazione non coincide necessariamente:

- né con quelli di cui alle stesse cooperative sociali, ma di «tipo A», che svolgano l'attività di cui all'art. 2, comma 1, lett. p), d.lgs. 112/2017 – ossia i «servizi finalizzati all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro» (anche) delle persone beneficiarie di protezione internazionale;
- né con quelle delle altre imprese sociali (eventualmente pure in forma di cooperativa)<sup>56</sup>, o degli altri Enti del Terzo Settore, che in forza della medesima previsione normativa<sup>57</sup> svolgono attività a favore di persone beneficiarie di protezione internazionale.

Si arriva quindi ad un'assurda conclusione: se una cooperativa, che volesse definirsi come sociale, ponesse in essere atti di promozione lavorativa impiegando sopra soglia, o anche unicamente soggetti beneficiari di protezione internazionale, in quanto tali esclusi dal novero delle categorie di cui all'art. 4, l. 381/1991, allora essa non potrebbe essere riconosciuta come «cooperativa sociale» ai sensi di tale disposizione normativa, ma semmai come una «cooperativa – impresa sociale»<sup>58</sup>. Già solamente la enucleazione di tale problematica dovrebbe fare comprendere come l'obiettivo di un riordino sistematico del Terzo Settore come immaginato dai provvedimenti riformatori del luglio 2017 abbia perlomeno in parte fallito.

Le due situazioni appena prefigurate, tuttavia, non hanno, ai fini della promozione di un'attività imprenditoriale attiva da parte del beneficiario di protezione internazionale, la medesima

<sup>55</sup> D.lgs. 112/2017, art. 1, c. 4.

<sup>56</sup> Essendo quella di società cooperativa una delle forme che può assumere l'impresa sociale ai sensi del d.lgs. 112/2017, art. 1, c. 1; e si v. pure l'art. 3, c. 2*bis* su cui le motivate critiche di G. Marasà, *Imprese sociali, altri enti del terzo settore, società benefit*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 81 ss.

<sup>57</sup> O, per gli ETS, in ragione dell'art. 5, c. 1, lett. p), d.lgs. 117/2017, dal medesimo tenore letterale della ricordata disposizione del d.lgs. 112/2017.

<sup>58</sup> Non accedendo tuttavia alle agevolazioni specifiche previste per la cooperativa sociale. Sul tema si v. peraltro la Nota del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 10831 del 26.9.2018.



valenza. Come si è ricordato, infatti, la persona svantaggiata che costituisca forza lavoro necessaria perlomeno per il 30% del totale nella cooperativa sociale – categoria da cui sono esclusi, perlomeno in via generale, i beneficiari di protezione internazionale – deve anche essere, di norma, socia della cooperativa stessa. Non altrettanto, per assenza di norma specifica che disponga in tale senso, per il lavoratore di cooperativa – impresa sociale, in capo al quale non vi è alcun obbligo di assunzione della qualifica di socio<sup>59</sup>.

Pure in questa situazione, per cui non sussiste evidentemente per il beneficiario di protezione internazionale un dovere generalizzato di entrare nella compagine sociale di una cooperativa sociale in cui sia impiegato come lavoratore, da un lato non si può negargli la possibilità di farlo ove disponga dei requisiti soggettivi stabiliti per quella data cooperativa; e, dall'altro, si deve rilevare come vi siano esempi di statuti di società cooperative che esplicitamente ammettono la possibilità per i cittadini immigrati di divenire soci della cooperativa<sup>60</sup>. E d'altra parte appare del tutto sensato ritenere che nel momento in cui un soggetto entri a fare parte, in qualità di lavoratore, di una organizzazione caratterizzata da uno spirito che sia genuinamente mutualistico, egli

<sup>59</sup> Nonostante l'intervento della riforma dell'impresa sociale ad opera del d.lgs. 112/2017, pare difficilmente foriero di risultati un tentativo di armonizzazione in via interpretativa della qualifica di «persona svantaggiata» nelle differenti accezioni che tale figura assume nella disciplina propria dell'impresa sociale in generale, e della cooperativa sociale nello specifico. Se da un lato si potrebbe argomentare in linea teorica sulla base della legge successiva (il d.lgs. 112/2017) che avrebbe implicitamente novellato quella precedente (la l. 381/1991), dall'altro una simile conclusione viene smentita dalla lettera della legge ove il d.lgs. 112/2017 esplicitamente riconosce la qualifica di impresa sociale di diritto alle sole cooperative sociali «di cui alla legge 8 novembre 1991, n.381» (art. 1, comma 4), peraltro peritandosi di apportare ad essa, *ubi voluit*, modifiche dettate proprio dalle necessità di aggiornamento e coordinamento (cfr. art. 17, comma 1). E conferma ulteriore pare essere la già ricordata disposizione presente nella Legge di Bilancio per l'anno 2018 osservata *supra* a nt. 45.

<sup>60</sup> Il che sarebbe naturalmente possibile anche in assenza di una specifica previsione statutaria, che ove presente evidentemente è volta a sottolineare il concetto. Ad esempio si v. lo statuto di «La Casa per gli Immigrati» Cooperativa sociale onlus Verona, all'art. 5 del cui Statuto si legge: «Possono altresì essere ammessi come soci i cittadini immigrati regolarmente autorizzati a soggiornare nel territorio nazionale anche se cittadini di Paesi per i quali non sussiste la condizione di reciprocità» (<[, giugno 2019\).](http://www.lacasapergliimmigrati.it/news/statuto-cooperativa-sociale-\)

sia anche in qualche modo incentivato a volere prendere parte anche alla *governance* della stessa a titolo di socio.

Al di fuori di queste ipotesi, lo straniero regolarmente soggiornante in Italia<sup>61</sup>, e dunque pure il beneficiario di protezione internazionale, ha il diritto di accedere all'esercizio di attività imprenditoriale nelle medesime forme in cui ciò è possibile al lavoratore italiano.

L'impresa potrà, allora, essere esercitata in forma individuale, oppure collettiva. Potranno essere in particolare costituite anche società sia di tipo personalistico che capitalistico, e ove ne ricorrano le condizioni potrà anche essere utilizzata la normativa di favore prevista per la costituzione di *start-up* innovative<sup>62</sup>.

Naturalmente, attesa la situazione personale che i soggetti di cui si discorre di norma si trovano a vivere, i costi di accesso all'attività imprenditoriale esplicano una funzione fondamentale nella selezione della forma giuridica prescelta al fine di divenire imprenditore in Italia. Sotto tale profilo, dunque, è ragionevole che l'accesso all'attività d'impresa avvenga attraverso forme il più possibile deprocedimentalizzate – e per questo tendenzialmente richiedenti un costo di accesso meno elevato – per poi strutturarsi secondo modalità organizzative più complesse in un secondo momento.

Tale considerazione di fondo implica l'ipotesi che la forma di intrapresa economica maggiormente praticata sia quella dell'impresa individuale. Nella sua forma basilare, l'impresa individuale si caratterizza per l'estrema flessibilità organizzativa, e l'assenza di specifici costi relativi all'esercizio di attività imprenditoriale; in particolare, non è necessario l'intervento di un notaio per la costituzione dell'impresa, né si richiede la disponibilità di un ammontare specifico di denaro o di altri beni a supporto dell'attività. In tale senso, la garanzia per le terze parti che vengano a contatto con l'impresa è costituito semplicemente dal patrimonio personale dell'imprenditore.

<sup>61</sup> Ma anche, come si ricorderà, lo straniero non regolarmente soggiornante per cui ricorrono i presupposti della condizione di reciprocità di cui all'art. 16 preleggi.

<sup>62</sup> Come già ricordato *supra* nell'occuparci del c.d. *Start-up visa*. La disciplina delle *start-up* innovative trova la propria collocazione normativa nel d.l. 179/2012, conv. c.m. dalla l. 222/2012, artt. 25 ss.

Ora, la mancanza di autonomia patrimoniale dell'attività imprenditoriale rispetto al patrimonio dell'imprenditore determina una sensibilità del patrimonio personale dello stesso rispetto all'andamento dell'attività d'impresa che è sovente, per gli imprenditori italiani, fattore determinante per la scelta di forme d'impresa caratterizzate da un'autonomia patrimoniale perfetta, ossia di società di capitali, in particolar modo sotto forma di società a responsabilità limitata<sup>63</sup>. Classicamente, l'accesso a tali forme societarie implicava la necessità di mettere a disposizione dell'attività di impresa di un capitale minimo non particolarmente elevato, ma comunque sufficiente a scoraggiare l'utilizzo spregiudicato di tali forme organizzative da parte di chi si trovasse in una situazione di ristrettezza economica<sup>64</sup>.

A partire dal 2012, il nostro Paese si è adeguato ad un *trend* in atto nelle economie europee più sviluppate che ha visto la progressiva diminuzione di rilevanza del capitale sociale nelle società c.d. private<sup>65</sup>. Prima con l'introduzione della s.r.l. semplificata<sup>66</sup>, e poi con l'estensione della disciplina anche alle s.r.l. «ordinarie», tra il 2012 e il 2013 è stata resa possibile la costituzione di società a responsabilità limitata dotate di un capitale sociale minimo di partenza pari ad un euro. È pure vero che la costituzione di una società a responsabilità limitata richiede necessariamente di sopportare i costi legati alla forma di atto pubblico che deve rivestire l'atto costitutivo di tale forma societaria<sup>67</sup>; tuttavia è ragionevole ritenere che i costi da sopporta-

<sup>63</sup> È pure vero che, discorrendo in termini generali, la sensibilità rispetto al tema della assenza di autonomia patrimoniale perfetta potrebbe essere significativamente differente nei soggetti italiani rispetto a quelli stranieri/migranti, in ragione dell'entità del patrimonio personale messo a repentaglio da un eventuale esito negativo della attività imprenditoriale.

<sup>64</sup> Il capitale minimo per la costituzione di una s.r.l., sino al 2012, era dal legislatore fissato in 10.000 euro, da versarsi integralmente in caso di società unipersonale.

<sup>65</sup> Sul punto si consenta il rinvio a A. Bartolacelli, *Armonizzazione, concorrenza e convergenza tra ordinamenti: evidenze dal diritto delle società a responsabilità limitata in Europa e in Italia*, in Pederzini (a cura di), *Percorsi*, cit., pp. 139 ss., spec. pp. 147 ss.

<sup>66</sup> Su cui, per tutti, si rinvia a A. Bartolacelli, *L'insostenibile leggerezza dell's.r.l.s.*, in «Riv. ODC», 2/2014, pp. 1 ss.

<sup>67</sup> Con l'eccezione della s.r.l.s. – in cui i costi notarili sono azzerati a fronte dell'utilizzo di un modello tipizzato di atto costitutivo e statuto (cfr. d.l. 24.1.2012, n. 1, conv. in l. 24.3.2012, n. 27, art. 3, c. 3) e delle *Start-up* innovative, in quanto, come

re per la costituzione di società che siano caratterizzate da una struttura tendenzialmente basilare saranno comunque decisamente ridotti in termini assoluti.

Evidentemente, l'evoluzione normativa di cui si è dato conto, volta all'abbattimento di costi di stabilimento di società capitalistiche, potrà avere un impatto anche sull'accesso alla forma societaria da parte di imprenditori non italiani, i quali vedranno in questo modo ridursi in maniera significativa i costi per l'accesso al beneficio della responsabilità limitata, ed al contempo potranno operare nella loro attività avvalendosi di uno strumento – di norma quello della società a responsabilità limitata per i costi inferiori che implica – che agli occhi del mercato sarà dotato di un *appeal* maggiore, in ragione della sua presunta serietà, rispetto alla ditta individuale.

#### *5. Forme privilegiate di esercizio imprenditoriale e dati sull'imprenditoria immigrata in Italia*

Atteso quanto precede, è ora possibile esaminare qualche dato relativo all'impatto dell'imprenditoria immigrata nel nostro Paese. Lo si fa prendendo spunto dalla meritoria opera del Centro Studi e Ricerche IDOS, che annualmente pubblica, tra l'altro, un corposo *Rapporto Immigrazione e Imprenditoria* basato su dati presenti nel Registro delle Imprese<sup>68</sup>. L'ultima versione pubblicata, da cui si attingono i dati presenti in questo paragrafo salvo diversa specificazione, risale al 2017, ed è aggiornata alla fine del 2016. Essa sottolinea sin dal principio come il fenomeno oggetto di indagine non sia univocamente individuabile senza la necessità di scelte discrezionali supportate dalle banche dati del Registro delle Imprese. Per tale ragione, vengono considerate in esso le sole *imprese a conduzione immigrata*, o *imprese immigrate*, così definendo «quelle in cui il titolare, nel caso delle ditte individuali, o la maggioranza dei soci, degli amministratori e dei

già rilevato, possono avvalersi di un atto costitutivo tipizzato da compilarli *on-line*. Si tratta, evidentemente, di casi del tutto residuali e che difficilmente sono significativi ai fini di cui qui si discorre.

<sup>68</sup> Cfr. <<https://www.dossierimmigrazione.it>>, giugno 2019.

detentori di quote di proprietà, nel caso delle altre forme di impresa, sono nati all'estero»<sup>69</sup>. Segnatamente, nelle società di persone e cooperative si considerano a conduzione immigrata quelle in cui oltre il 50% dei soci sia nato all'estero, mentre nelle società di capitali sono considerate a conduzione immigrata quelle ove sia nata all'estero la maggioranza degli amministratori<sup>70</sup>.

Anche nel *Rapporto* si sottolinea come la titolarità d'impresa nel Paese di destinazione costituisca per gli interessati «anche un effettivo inserimento nella società, e quindi svolge un ruolo di cittadinanza sociale, che è molto vicina a quella giuridica» che costituisce quindi una tra le «tappe dello stesso percorso di integrazione»<sup>71</sup>; ed il medesimo discorso può essere riproposto a livello di Unione Europea<sup>72</sup>. E d'altra parte non sfugge «la trasversale funzione di autopromozione socio-economica tipica dell'imprenditorialità: un percorso di emancipazione tramite il quale si tenta il riscatto da posizioni marginali e subalterne»<sup>73</sup>; e, naturalmente, maniera adeguata per tentare una risposta alla

<sup>69</sup> M.P. Nanni, *Nota metodologica*, in IDOS, *Rapporto*, cit., p. 11.

<sup>70</sup> Come nello stesso Rapporto è rilevato, tale metodo di rilevazione ha tuttavia il limite di non consentire di computare, tra l'altro, gli imprenditori stranieri nati in Italia, mentre considera, al contrario, i cittadini (immigrati che abbiano poi ottenuto la cittadinanza, o *iure sanguinis*) italiani nati all'estero: ivi, p. 11. Ulteriore, e ai nostri fini ancor più rilevante criticità è data dal fatto che il rapporto considera immigrato chiunque sia nato al di fuori dei confini nazionali italiani, e dunque anche i cittadini *europei* non italiani che svolgano attività imprenditoriale nel nostro Paese, ovvero siano soci di una società di persone o cooperative italiane, o amministratori di una società di capitali di diritto italiano. Nonostante tali limiti, il *Rapporto* pare tuttavia essere uno strumento di eccezionale importanza per avere una più compiuta idea dell'ordine di grandezza del fenomeno che qui interessa.

<sup>71</sup> T. Treu, *Prefazione al Rapporto Immigrazione e Imprenditoria 2017*, in IDOS, *Rapporto*, cit., p. 6.

<sup>72</sup> Si v. a riguardo il documento della Commissione UE, *Agenda europea per l'integrazione dei cittadini di paesi terzi*, COM/2011/0455, al cui punto 1.2 si legge che «[o]ccorre poi rafforzare l'importante ruolo imprenditoriale degli immigrati, la loro creatività e capacità innovativa». Sul tema si vedano peraltro gli interessanti dati offerti da A. Ricci, *Gli imprenditori immigrati nell'Unione Europea: focus statistico*, in IDOS, *Rapporto*, cit., pp. 126-132, per cui l'Italia si colloca al terzo posto per numero di lavoratori autonomi stranieri, dietro Regno Unito e Germania e davanti a Spagna e Francia (p. 129).

<sup>73</sup> M.P. Nanni, *Le imprese degli immigrati in Italia. Il quadro statistico all'inizio del 2017*, in IDOS, *Rapporto*, cit., p. 14. Sul tema, in generale, anche OECD, *Entrepreneurship and Migrants, Report by the Working Party on SMEs and Entrepreneurship*, OECD, 2010.

penuria occupazionale determinata anche da persistenti conseguenze della crisi economica globale scoppiata nel 2008<sup>74</sup>.

Il fenomeno delle imprese a conduzione straniera in Italia è decisamente rilevante. I dati Unioncamere relativi a giugno 2017 riferivano di oltre 580.000 imprese<sup>75</sup>, superando poi il muro delle 600.000 alla fine del 2018, con una diffusione sul territorio così capillare che solamente 400 dei circa 7.900 comuni italiani non potevano contare su almeno una impresa individuale a titolarità straniera insediata sul proprio territorio<sup>76</sup>. È peraltro significativo che a fronte di una riduzione del numero di imprese a gestione “autoctona” nell’ordine del 2,7% nel periodo 2012/2016, le imprese a gestione immigrata abbiano visto un incremento del 25,8%<sup>77</sup>.

Verificando una ipotesi già formulata, la forma imprenditoriale di utilizzo di gran lunga prevalente è quella dell’impresa individuale, pari al 79,3% delle imprese a conduzione immigrata<sup>78</sup>. Di norma, il passaggio verso una struttura societaria avviene come conseguenza di un consolidamento dell’attività imprenditoriale; resta da verificare verso *quale tipo* di configurazione societaria. Nel *Rapporto* si dà atto che tra il 2011 e il 2016 si è verificato un incremento delle imprese individuali nell’ordine del 23%, delle società di persone a conduzione immigrata di quasi il 10% e ben di quasi il 60% per le società di capitali, che dunque nel 2016 costituivano oltre il 12% delle imprese a conduzione immigrata, e quasi il 4,5% delle società di capitali presenti in Italia<sup>79</sup>.

Tale abnorme incremento del numero delle società di capitali può essere letto in due differenti, ma non necessariamente

<sup>74</sup> Treu, *Prefazione*, cit., p. 6; e, con riferimento a dati che vedono nelle imprese a conduzione immigrata il 9,4% del totale delle imprese italiane Nanni, *Le imprese*, cit., p. 16. Di esse circa il 23,6% è a conduzione femminile: M. Ambrosini, *Nuovi soggetti economici e sociali: donne immigrate titolari d’impresa*, in IDOS, *Rapporto*, cit., p. 25.

<sup>75</sup> <<http://www.unioncamere.gov.it/P42A3471C160S123/sempr-piu-imprese-parlano-straniero.htm>>, giugno 2019.

<sup>76</sup> <<http://www.unioncamere.gov.it/P42A4117C160S123/immigrati--su-7-900-comuni--solo-400-non-hanno-aziende-guidate-da-imprenditori-stranieri.htm>>, giugno 2019.

<sup>77</sup> Nanni, *Le imprese*, cit., p. 16.

<sup>78</sup> Nanni, *Nota*, cit., p. 12.

<sup>79</sup> R. Benini, *Il consolidamento delle imprese immigrate*, in IDOS, *Rapporto*, cit., p. 71.

alternative maniere. Da un lato, in esso può essere rinvenuta una conferma dell'ipotesi *supra* formulata, riguardante l'abbattimento dei costi per la costituzione di una società a responsabilità limitata a partire dal 2012; dall'altro, una divaricazione tra le imprese immigrate, che «o restano molto piccole (scelta più diffusa) o riescono a dotarsi di una maggiore solidità», soprattutto ove si veda il 2016 come primo anno di svolta dopo l'inizio della crisi del 2008<sup>80</sup>. Come accennato, le due letture non sono necessariamente alternative, ma si possono agevolmente combinare; certamente, tuttavia, una nuova conformazione di s.r.l. con dotazione capitalistica minima pari all'unità di euro non è di per sé in grado di garantire una maggiore solidità dell'impresa.

Tema alquanto rilevante è poi quello della provenienza degli imprenditori immigrati. Ancora il *Rapporto* informa che gli immigrati titolari di impresa individuale in Italia provengono, per oltre il 58% del totale, da soli sei Paesi di nascita: Marocco (14,5%), Cina (11,4%), Romania (10,6%); Albania (6,9%), Bangladesh (6,8%), Senegal (4,2%), Egitto (3,9%)<sup>81</sup>. Come è evidente, anche con una rilevazione che considera come immigrati anche imprenditori provenienti da altri Paesi dell'Unione Europea, ciò non falsa particolarmente la rappresentazione del fenomeno, essendo presente tra i primi sette Paesi d'origine la sola Romania, pur con un percentuale decisamente importante<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Ivi, p. 72.

<sup>81</sup> M.P. Nanni, *I Paesi di origine degli imprenditori immigrati*, in IDOS, *Rapporto*, cit., p. 35, ove si rileva anche una forte correlazione tra talune nazionalità e specifici comparti produttivi.

<sup>82</sup> Un dato interessante riguarda la propensione degli imprenditori immigrati alla ibridazione della loro impresa per quanto concerne la componente etnica, ossia il non mantenimento dell'impresa legata ad un unico gruppo etnico, ma la sua apertura a soggetti non co-etnici. Uno studio curato da A. Arrighetti, A. Lasagni, G. Foresti, S. Fumagalli, *Imprese straniere "ibride" in Italia: il ruolo della nazionalità di origine dell'imprenditore*, in IDOS, *Rapporto*, cit., pp. 48 ss., basato su un campione relativamente ridotto di imprese, mostra come la propensione maggiore si riscontri in quelle imprese a gestione immigrata in cui l'imprenditore provenga dall'Europa dell'Est (40,1%), seguita da America Latina (24,4%), Africa (19%) ed Asia (16,5%). Le regioni italiane con maggiore concentrazione di imprese ibride sono Lombardia, Emilia-Romagna e Veneto. Con riferimento alla particolare forma di ibridismo costituita dalla compartecipazione di immigrati e cittadini italiani nella stessa impresa, si deve rilevare che essa occupa una parte ancora numericamente ridotta dello spettro osservato, costituito per il 94,2% del totale da imprese a esclusiva partecipazione

Sotto il profilo settoriale, le imprese a conduzione immigrata si caratterizzano per una prevalenza nei settori del commercio e delle costruzioni (rispettivamente 36,2% e 22,9% per un complessivo 59,1% del totale), seguiti da manifattura (7,8%), alloggio e ristorazione (7,7%) e servizi alle imprese (5,5%)<sup>83</sup>. Scarsissima la presenza in agricoltura (2,7%), anche in ragione del capitale economico non indifferente necessario per l'avvio dell'impresa o l'acquisto dell'azienda.

In conclusione, vale la pena di dare uno sguardo anche alla realtà marchigiana con riferimento alle imprese a gestione immigrata, grazie ai dati aggiornati a fine 2017 del dossier statistico elaborato da IDOS<sup>84</sup>. Il numero di imprese a gestione immigrata costituite sul territorio marchigiano è pari a 16.067, con incidenza del 9,3% sul totale delle imprese marchigiane. Il 78% di esse è gestita da immigrati nati al di fuori dell'Unione Europea. L'80,1% delle imprese gestite da immigrati assume la forma di impresa individuale. I Paesi di origine degli imprenditori sono prevalentemente Cina (14,2%), Marocco (10,6%), Romania (9,6%), Albania (9,1%), Pakistan (4,6%)<sup>85</sup>, Svizzera (4,1%). In Provincia di Macerata si riscontra pure una forte presenza (7%) di imprenditori nati nella Repubblica della Macedonia del Nord<sup>86</sup>. Quanto ai settori di attività, più della metà delle imprese a gestione immigrata (53,7%) si occupa di servizi, il 39,4% di industria, e solamente il 3,5% di agricoltura. Sostanzialmente in linea con il dato nazionale, i comparti di maggiore rilievo sono quelli del commercio (35,6%), dell'edilizia (24,8%), della

immigrata: Nanni, *Le imprese*, cit., p. 18.

<sup>83</sup> Ivi, pp. 19 ss.

<sup>84</sup> <[https://www.dossierimmigrazione.it/wp-content/uploads/2019/01/2018\\_Rapporto-Immigrazione-e-Imprenditoria-Marche.pdf](https://www.dossierimmigrazione.it/wp-content/uploads/2019/01/2018_Rapporto-Immigrazione-e-Imprenditoria-Marche.pdf)>, giugno 2019.

<sup>85</sup> Ma con una presenza fortemente sopra la media (10,7%) nella provincia di Macerata.

<sup>86</sup> I dati dell'Aggiornamento statistico danno comunque conto di una situazione decisamente variegata, con polarizzazioni nazionali assai accentuate a seconda della Provincia che sia considerata. Emerge così la forte presenza di imprenditori bangladesi in Provincia di Ancona (9,3%), che non trova riscontro nelle altre province marchigiane, così come di cittadini tedeschi in provincia di Ascoli Piceno (6,3%), tunisini sia a Pesaro Urbino che ad Ancona (rispettivamente 3,8% e 6,1%) e la significativa ricorrenza di polacchi in provincia di Fermo (2,2%), dove tuttavia l'incidenza di imprenditori cinesi raggiunge quasi il 36%.



manifattura (14,6%, ma a fronte del 7,7% a livello nazionale) e dell'accoglienza alberghiera e ristorazione (5,3%).

## 6. Conclusioni

Si è notato come l'assenza di una nozione univoca di «migrante» all'interno delle fonti normative implichi una sostanziale stratificazione di situazioni disomogenee che rendono l'analisi particolarmente impervia. Ciononostante, il dato di fondo per cui per i soggetti migranti l'auto-imprenditorialità costituisce realmente una alternativa al lavoro dipendente risulta certamente confermato. Il punto, semmai, è se esso sia una alternativa al ribasso o meno.

Nell'osservazione di diversi commentatori, il segmento di mercato in cui si va posizionare di norma l'impresa gestita da immigrati era, perlomeno nella visione "classica", *at the end of the queue*, con caratteri di "marginalità e residualità"<sup>87</sup>. Tale osservazione, anche se nella realtà globale pare oggetto di un certo ripensamento<sup>88</sup>, sembra tuttavia ancora valida per la realtà italiana.

Evidentemente, il segmento su cui di norma si posizionano i migranti nel senso inteso in questo scritto è quello in qualche modo residuale. È vero che attraverso le specifiche misure di cui si è detto, in particolare lo *Start-up visa*, il legislatore italiano ha inteso favorire in qualche modo una immigrazione caratterizzata da un elevato livello di competenze specifiche in ambiti connessi all'innovazione; ciò, tuttavia, è certamente un fattore incentivante per chi intenda trasferirsi in Italia per attuare un progetto imprenditoriale che gli sarebbe altrimenti di più difficile la realizzazione nel Paese di origine, o altrove. Ciò che maggiormente ai nostri fini rileva è, d'altra parte, relativo alla possibilità, per soggetti che già si trovano sul territorio nazionale e che non sono assorbiti dal lavoro dipendente, di accedere ad attività imprenditoriali in proprio<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> Così riferiscono Arrighetti *et al.*, *Imprese straniere*, cit., p. 48, ove bibliografia.

<sup>88</sup> Ivi, pp. 49 ss.

<sup>89</sup> Ancora, pur essendo vero che lo *Start-up visa* già ha al proprio interno misure

Da questo punto di vista, quindi, non può non essere notato che il legislatore non predispone per loro specifiche forme di aiuto, preferendo una incentivazione solamente di attività ad alto valore economico/innovativo; il rischio è che chi ne resta escluso, sia destinato a permanere in una situazione economicamente marginale e di marginalizzazione anche sociale.

Resta comunque interessante il comprendere se vi sia la possibilità di intendere le attività imprenditoriali svolte da soggetti immigrati come realmente promotrici di un'integrazione. Integrazione che non necessariamente deve essere vista solamente in termini di compartecipazione alla medesima attività economica da parte di migranti ed italiani, ma anche – e forse soprattutto – di offerta di servizi anche agli autoctoni e di capacità di costituire una realtà che cooperi stabilmente con strutture economiche locali, anche all'interno delle organizzazioni a ciò preposte, senza che si verifichi una autogheizzazione.

Al contempo, spetta al tessuto imprenditoriale autoctono favorire il più possibile tale compartecipazione, in modo da agevolare una reale integrazione economica dei soggetti imprenditori migranti con il mondo «tradizionale» delle imprese italiane.

di incentivo anche rispetto a questa situazione (v. *supra*, § 4), esse si limitano però all'assai ridotto ambito della impresa altamente innovativa, e dunque non paiono di generalizzata fruibilità, per quanto ben può darsi l'ipotesi di soggetti che, pur nella disagiata situazione che qui particolarmente si considera, abbiano maturato le competenze necessarie per accedere a tali forme di incentivo. In generale, rispetto alle politiche di supporto all'imprenditoria immigrata, si v. M.V. Desiderio, *Policies to Support Immigrant Entrepreneurship*, Migration Policy Institute, 2014.

William Chiaromonte

L'(in)evitabile nesso fra regolazione del lavoro immigrato e diffusione del lavoro sommerso: spunti ricostruttivi\*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Complementarietà e segmentazione del mercato del lavoro immigrato – 3. L'(in)evitabile nesso fra la disciplina in materia di accesso al lavoro degli stranieri e la diffusione del lavoro sommerso – 3.1. Programmazione dei flussi migratori in ingresso e lavoro sommerso – 3.2. Accesso al lavoro subordinato e lavoro sommerso

### 1. *Premessa*

Esiste un nesso univoco fra la disciplina italiana in materia di accesso al lavoro degli stranieri e la diffusione del lavoro sommerso di questi ultimi? Con questo contributo s'intende proprio tentare di dimostrare la tesi secondo la quale il proliferare del lavoro sommerso dei migranti e, prima ancora, della loro condizione d'irregolarità sarebbe determinato, se non addirittura agevolato, anche dal modo in cui è concepita la normativa nazionale in materia di accesso al lavoro degli stranieri.

### 2. *Complementarietà e segmentazione del mercato del lavoro immigrato*

Come è noto, nell'ultimo trentennio, nonostante un andamento economico non sempre particolarmente brillante, l'Italia si è comunque dimostrata attrattiva, specie per i migranti

\* Queste riflessioni riprendono e in parte ampliano quanto già proposto in W. Chiaromonte, *Regolazione del lavoro immigrato e diffusione del lavoro sommerso*, in M. Savino (a cura di), *Per una credibile politica europea dell'immigrazione e dell'asilo*, Roma, Edizioni Fondazione Basso, 2018, pp. 90 ss.

provenienti dai Paesi demograficamente più giovani del Sud del mondo; tale *trend* si è mantenuto costante e indipendente anche rispetto al generale andamento occupazionale<sup>1</sup>. Si tratta, in sostanza, del paradosso, tutto italiano, di un'immigrazione massiccia (anche) senza crescita economica<sup>2</sup>: basti solo pensare che fra il 2008 e il 2016, vale a dire durante gli anni della crisi economica, non solo la presenza dei lavoratori stranieri si è fatta sempre più evidente (siamo passati da 1,7 a 2,4 milioni di occupati, con un incremento del 41%)<sup>3</sup>, ma anche il peso della componente straniera sul totale degli occupati è cresciuto in maniera considerevole, passando dal 7,3% al 10,5%, e ciò a fronte della generale diminuzione del numero di occupati italiani<sup>4</sup>.

Le cause di tale fenomeno sono, evidentemente, molteplici e fra loro interconnesse. Come è stato recentemente sostenuto, le principali determinanti possono probabilmente essere individuate da un lato nel generale aumento del livello di benessere degli italiani, la maggioranza dei quali ha quindi potuto permettersi di rifiutare i c.d. *ddd* (*dirty, dangerous and demeaning jobs*), lasciando di conseguenza tali impieghi, generalmente non qualificati, ai migranti, e dall'altro nell'invecchiamento demografico, che ha comportato una moltiplicazione del numero de-

<sup>1</sup> Cfr., da ultimo, i dati contenuti nella *Nota trimestrale sulle tendenze dell'occupazione* a cura del Ministero del lavoro, dell'Istat, dell'Inps, dell'Inail e dell'Anpal diffusa il 18 settembre 2019 e che fa riferimento al secondo trimestre dello stesso anno.

<sup>2</sup> A. Viscomi, *La disciplina delle migrazioni economiche tra protezione dei mercati e promozione dei diritti. Spunti per una discussione*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Bari, Cacucci, 2015, Tomo II, p. 1030.

<sup>3</sup> Ambrosini ha parlato, a tale proposito, di resilienza dell'immigrazione in Italia di fronte alla crisi: così M. Ambrosini, *Perché e come gli immigrati continuano a lavorare in Italia*, in «Riv. giur. lav.», I, 2017, pp. 569 ss. Sui rapporti fra crisi economica e immigrazione cfr. M. Ambrosini, N. Panichella, *Immigrazione, occupazione e crisi economica in Italia*, in «Quad. soc.», 2016, pp. 83 ss.

<sup>4</sup> Centro Studi e Ricerche IDOS (a cura di), *Dossier statistico immigrazione 2017*, Roma, IDOS. S. Allievi, G. Dalla Zuanna, *Tutto quello che non vi hanno mai detto sull'immigrazione*, Roma-Bari, Laterza, 2016, p. 13, segnalano che durante la recente crisi economica, a fronte della diminuzione del numero di occupati italiani, la quantità di occupati stranieri è rimasta più o meno la stessa. Per un quadro demografico aggiornato cfr. pure S. Strozza, G. De Santis (a cura di), *Rapporto sulla popolazione. Le molte facce della presenza straniera in Italia*, Bologna, il Mulino, 2017 (specie il cap. IV, dedicato al mercato del lavoro).

gli anziani che necessitano di essere accuditi e, quindi, una notevole offerta di lavoro (nei servizi alla persona, ma non solo)<sup>5</sup>.

L'esito di tali fenomeni è rappresentato, in sostanza, da un mercato del lavoro che, schematicamente, presenta due caratteristiche prevalenti: è complementare rispetto a quello degli italiani (che, come si è detto, spesso possono permettersi di evitare taluni lavori particolarmente sporchi, pericolosi o umilianti)<sup>6</sup>, ed è segmentato fra lavoro regolare e lavoro sommerso<sup>7</sup>.

Con riferimento, anzitutto, alla complementarità del mercato del lavoro immigrato rispetto a quello degli autoctoni, si tratta di un fenomeno noto, di recente posto nuovamente in evidenza dai dati contenuti nel *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione* della Fondazione Leone Moressa<sup>8</sup>, dai quali emerge chiaramente – come risulta dalla Tabella 1 – che gli stranieri sono occupati prevalentemente in lavori di media e bassa qualifica: oltre un terzo degli stranieri esercita, infatti, professioni non qualificate (35,6%), circa un terzo ricopre qualifiche operaie e artigiane (29,3%), mentre solo il 6,7% sono professionisti qualificati; a ciò si aggiunge il fatto che essi sono spesso sovraistruiti rispetto alle mansioni svolte<sup>9</sup>.

Quel che, inoltre, balza immediatamente all'attenzione degli osservatori è la concentrazione degli stranieri in alcuni settori,

<sup>5</sup> Allievi, Dalla Zuanna, *Tutto quello che non vi hanno mai detto sull'immigrazione*, cit., p. 9.

<sup>6</sup> Il che ha determinato, fra l'altro, da un lato una crescita delle retribuzioni degli italiani e una conseguente compressione di quelle degli stranieri da tempo presenti in Italia, dal momento che la disponibilità degli stranieri a occuparsi dei *ddd jobs* ha consentito agli italiani di concentrarsi su occupazioni meglio retribuite (oltre che meno faticose e più prestigiose: cfr. F. Cingano, A. Rosolia, *Non sono concorrenti ma complementari*, in «Libertàcivili», 2010, pp. 45 ss.); dall'altro, una sensibile riduzione della distanza fra uomini e donne in termini di tasso di disoccupazione, determinata (anche) dalla disponibilità degli stranieri a svolgere lavori domestici e dalla conseguente possibilità per le donne italiane, specie per quelle più istruite, di lavorare per il mercato: si vedano ancora Allievi, Dalla Zuanna, *Tutto quello che non vi hanno mai detto sull'immigrazione*, cit., pp. 22-23.

<sup>7</sup> Sul mercato del lavoro immigrato si veda, per tutti, E. Reyneri, *Gli immigrati in un mercato del lavoro segmentato*, in Id., *Introduzione alla sociologia del mercato del lavoro*, Bologna, il Mulino, 2017, pp. 251 ss.

<sup>8</sup> Fondazione Leone Moressa, *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione*. Edizione 2017, Bologna, il Mulino, 2017.

<sup>9</sup> Lo è il 37,4% degli stranieri, a fronte del 22,2% degli italiani: così Centro Studi e Ricerche IDOS (a cura di), *Dossier statistico immigrazione 2017*, cit.

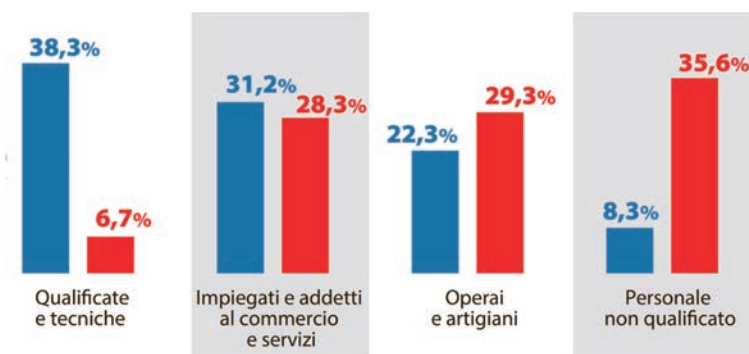


Tabella 1. Occupati stranieri per tipologia di lavoro (anno 2016)

Fonte: elaborazioni Fondazione Leone Moressa su dati Istat.

caratterizzati da lavori poco qualificati e a bassa specializzazione (Tabella 2): sempre in base ai dati della Fondazione Leone Moressa, il 74% dei collaboratori domestici è infatti straniero, come pure il 56,1% dei badanti e il 51,6% dei venditori ambulanti. E ancora: il 39,8% dei pescatori, pastori e boscaioli è d'origine straniera, così come il 29,8% dei braccianti agricoli e il 29,5% dei manovali edili. Si tratta di una vera e propria segregazione occupazionale: gli stranieri restano, difatti, esclusi dalle professioni più qualificate. Non a caso, l'aumento degli occupati stranieri registrato nel periodo 2008-2016, di cui si è detto in apertura, ha riguardato principalmente i servizi alle famiglie, il comparto alberghiero e della ristorazione, il comparto agricolo: si tratta proprio dei lavori, prevalentemente non qualificati, che hanno risentito in maniera minore del recente ciclo economico negativo. Peraltro, i settori nei quali è più alta l'incidenza di lavoratori stranieri finiscono per coincidere con quelli nei quali si riscontra una maggiore presenza di occupati irregolari: edilizia (16,1%), agricoltura (23,4%) e lavoro domestico (58,3%)<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> E. Di Pasquale, A. Stuppini, C. Tronchin, *Migranti economici cercasi*, in «lavoce.info», 13 luglio 2018, testo disponibile al sito: <<https://www.lavoce.info/>>

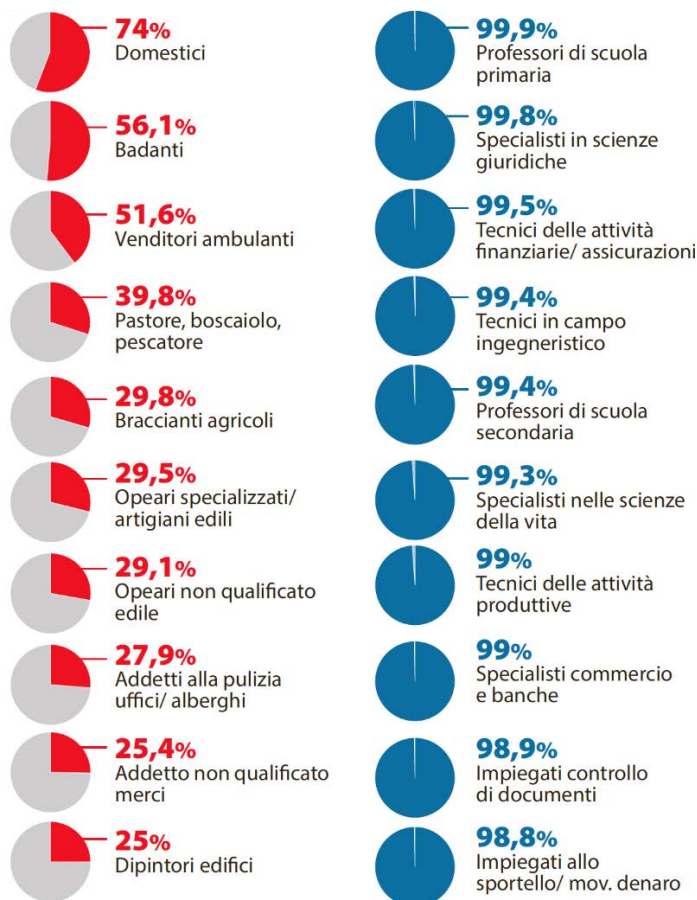


Tabella 2. Prime dieci professioni con maggiore presenza di stranieri e di italiani

Fonte: elaborazioni Fondazione Leone Moressa su dati Istat.

In breve, come i sociologi del lavoro hanno più volte posto in evidenza, possiamo parlare di un sotto-mercato del lavoro caratterizzato da bassi livelli di disoccupazione e, al contempo,

da segregazione occupazionale in lavori di cattiva qualità<sup>11</sup>; il che determina, fra l'altro, pesanti conseguenze anche in termini di differenze salariali<sup>12</sup> e un rallentamento del già faticoso processo di integrazione lavorativa e sociale<sup>13</sup> (generando tale scarsa mobilità sociale, allo stesso tempo, fenomeni di “ghettizzazione” dei migranti)<sup>14</sup>.

Venendo, invece, al secondo aspetto, ossia alla segmentazione del mercato del lavoro immigrato fra lavoro regolare e lavoro sommerso<sup>15</sup>, va detto che la vastità del fenomeno del lavoro sommerso degli stranieri dipende certamente da numerosi fattori, molti dei quali di natura extragiuridica, ma – come si è già cercato di porre in luce altrove<sup>16</sup> – un ruolo di primo piano è stato (ed è tuttora) certamente giocato dal modo in cui è strutturata la disciplina nazionale in materia di lavoro degli stranieri, contenuta principalmente nel t.u. immigrazione (d.lgs.

<sup>11</sup> Cfr. G. Fullin, E. Reyneri, *Low Unemployment and Bad Jobs for New Immigrants in Italy*, in «International Migration», 49, 2011, pp. 118 ss.; Ambrosini, *Perché e come gli immigrati continuano a lavorare in Italia*, cit., p. 561.

<sup>12</sup> Si stima che la retribuzione degli stranieri sia mediamente inferiore del 27,2% rispetto a quella degli italiani: cfr. ancora Centro Studi e Ricerche IDOS (a cura di), *Dossier statistico immigrazione 2017*, cit.

<sup>13</sup> V. Papa, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, in «Dir. rel. ind.», 2017, p. 390.

<sup>14</sup> In questi termini, M. McBritton, *Lavoro extracomunitario, mercato del lavoro, contratti*, in «Riv. giur. lav.», I, 2017, p. 583. Più in generale cfr. pure C. Saraceno, N. Sartor, G. Sciortino (a cura di), *Stranieri e disuguali. Le disuguaglianze nei diritti e nelle condizioni di vita degli immigrati*, Bologna, il Mulino, 2013.

<sup>15</sup> In letteratura si utilizzano locuzioni diverse per descrivere il fenomeno: lavoro irregolare, sommerso, nero e/o non dichiarato, comunque facendo riferimento al lavoro instaurato nell'ambito dell'economia informale e la cui esistenza è ignorata, in tutto o solo in parte (ad esempio, con riferimento agli aspetti contributivi o fiscali), dall'autorità pubblica. Pur nella consapevolezza che tali locuzioni nascondono fenomeni diversi, essendo peraltro labili e spesso non ben definiti i confini fra di essi, si può tuttavia affermare che nel *genus* del lavoro irregolare, inteso come categoria generale comprendente ogni violazione della disciplina del lavoro, rientri la *species* del lavoro sommerso; sulle distinzioni (anche terminologiche) si rinvia a M. Peruzzi, *Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitorie nella prospettiva interna e dell'Unione europea*, in «Dir. lav. merc.», 2015, pp. 115 ss. Sul lavoro nell'economia sommersa, da ultimo, si rinvia ai contributi raccolti in V. Ferrante (a cura di), *Economia “informale” e politiche di trasparenza*, Milano, Vita e Pensiero, 2017.

<sup>16</sup> W. Chiaromonte, *Le misure sanzionatorie di contrasto al lavoro sommerso e la regolamentazione del lavoro immigrato: due mondi lontanissimi*, in Ferrante (a cura di), *Economia “informale” e politiche di trasparenza*, cit., pp. 103 ss.



286/1998), la quale presenta così tante aporie e criticità da rappresentare, essa stessa, un vero e proprio generatore di illegalità. Il principale paradosso che in essa alberga, e che merita di essere fin da subito posto in luce, consiste nel fatto che una disciplina finalizzata, fra l'altro, a restringere l'immigrazione irregolare e il lavoro sommerso finisca per ridurre, viceversa, gli ambiti di azione dell'immigrazione regolare. In altre parole, la vigente disciplina non solo non contrasta il lavoro sommerso degli stranieri, ma addirittura finisce per favorirlo<sup>17</sup>. È a tale normativa, quindi, che sarà dedicata un'attenzione particolare nel successivo paragrafo<sup>18</sup>.

Prima di fare ciò, tuttavia, è necessaria un'ulteriore precisazione, sulla scia di quanto recentemente scritto da Monica McBritton<sup>19</sup>. Il lavoro sommerso non va confuso né necessariamente identificato con quello dello straniero irregolare<sup>20</sup>. Benché, difatti, sovente il lavoro nero sia prestato proprio dallo straniero che è irregolarmente presente in Italia (ad esempio perché entrato irregolarmente o perché divenuto irregolare in conseguenza della scadenza, della revoca, della sospensione o dell'annullamento di un valido titolo di soggiorno), tuttavia la sovrapposizione fra lavoro sommerso e straniero irregolare non sempre si verifica. È il caso, ad esempio, dello straniero che è regolarmente presente sul territorio italiano, ma che è titolare di un permesso di soggiorno che non consente l'esercizio di un'attività

<sup>17</sup> M. McBritton, *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa*, in «Questione giustizia», 2014, p. 172; ma v. già M.G. Garofalo, M. McBritton, *Immigrazione e lavoro: note al T.U. 25 luglio 1998, n. 286*, in «Riv. giur. lav.», 2000, I, pp. 484 ss.

<sup>18</sup> Una lettura critica di tale normativa è stata già proposta in S. Sciarra, W. Chiaromonte, *Migration Status in Labour and Social Security Law. Between Inclusion and Exclusion in Italy*, in C. Costello, M. Freedland (eds.), *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 121 ss., spec. pp. 124-127, ai quali si rimanda per ulteriori approfondimenti. Cfr. pure W. Chiaromonte, M.D. Ferrara, F. Malzani, *The Migration Governance through Labour Law: The Italian Case*, in «Riv. dir. sic. soc.», 2019, pp. 373 ss.

<sup>19</sup> McBritton, *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa*, cit., p. 173.

<sup>20</sup> M.-B. Dembour, T. Kelly (eds.), *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, London and New York, Routledge, 2011; C. Morehouse, M. Blomfield, *Irregular Migration in Europe*, Migration Policy Institute, 2011.

lavorativa (perché rilasciato, ad esempio, per turismo o per cure mediche) o che non consente l'esercizio di un'attività lavorativa diversa da quella autorizzata (come nel caso degli ingressi per lavoro "fuori quota", *ex artt. 27-27 sexies*, t.u. immigrazione)<sup>21</sup>.

D'altronde, è pur vero che, in base alla disciplina vigente, lo straniero irregolarmente soggiornante in Italia, come è noto, non può che prestare la sua attività lavorativa nell'ambito dell'economia sommersa. Al massimo, egli può augurarsi di beneficiare un giorno di una delle tante sanatorie *ex post* che periodicamente il nostro ordinamento ha sperimentato e che, presumibilmente, continuerà a sperimentare<sup>22</sup>, ovvero può sperare che il tempo impiegato a lavorare nell'economia sommersa possa rappresentare una sorta di "periodo di prova", chiaramente irregolare, prima dell'assunzione regolare in base alle procedure descritte dal t.u. immigrazione.

### 3. *L'(in)evitabile nesso fra la disciplina in materia di accesso al lavoro degli stranieri e la diffusione del lavoro sommerso*

Come è noto, storicamente in Italia non si è mai riusciti a predisporre delle efficaci politiche migratorie, e ciò quantomeno fin da quando il fenomeno migratorio, specie per motivi economici, ha iniziato ad interessare in maniera consistente il nostro Paese (vale a dire, a grandi linee, dagli anni Settanta dello scorso secolo, quando l'Italia da paese di emigrazione è divenuto paese di immigrazione)<sup>23</sup>. Il legislatore si è sforzato di inseguire e affermare il fenomeno sposando, tuttavia, prevalentemente una logica

<sup>21</sup> Per qualche considerazione su queste ultime ipotesi si rinvia a W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli, 2013, spec. pp. 176 ss.

<sup>22</sup> A partire dal 1986 il nostro ordinamento ha conosciuto ben sette provvedimenti di sanatoria, l'ultimo dei quali, in ordine di tempo, è stato disposto dall'art. 5 del d.lgs. 109/2012. Il fatto che un tale diffuso utilizzo delle sanatorie sia indice del fallimento delle politiche migratorie è posto in luce, fra gli altri, da S. Carrera, *Integration of Immigrants in EU Law and Policy: Challenges to Rule of Law, Exceptions to Inclusion*, in L. Azoulay, K. de Vries (eds.), *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationales*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 149 ss.

<sup>23</sup> Per una lettura in chiave storica delle politiche migratorie nazionali cfr. M. Colucci, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia*, Roma, Carocci, 2018.

di tipo emergenziale, e non una che lo considerasse come un elemento strutturale che caratterizza il nostro, come gli altri Paesi del c.d. mondo occidentale sviluppato; e i vari provvedimenti legislativi che si sono rincorsi nel tempo, anche a causa di tale vizio originario, non sono quasi mai stati in grado di governarlo adeguatamente, né di stabilire un flusso ordinato di ingressi regolari congruente con l'offerta di lavoro<sup>24</sup>. Anzi, ne è derivata una disciplina legislativa in materia di ingresso e soggiorno per motivi di lavoro particolarmente complessa e macchinosa, talmente rigida e intricata da mettere, nella pratica, gli stranieri nella condizione di trovarsi pressoché impossibilitati a entrare regolarmente in Italia (salvo poi essere periodicamente e sovente “sanati” *ex post*, come si è già detto), specie in un mercato del lavoro come il nostro, notoriamente basato – per gli stranieri, come pure per gli italiani – su procedure di tipo informale.

La carenza di meccanismi legali di ingresso (come pure di espulsione) effettivamente accessibili ha, quindi, comportato la pratica impossibilità di regolarizzare i rapporti di lavoro in essere con gli stranieri, facendo lievitare il lavoro sommerso e sconvolgendo il mercato regolare in settori, come l'agricoltura e l'edilizia, cruciali per il Paese, oltre che facendo ulteriormente prosperare le organizzazioni criminali che da tali fenomeni traggono vantaggio, gestendo gli ingressi e la permanenza irregolare in Italia<sup>25</sup>.

Si tenga, peraltro, in considerazione il fatto che, come già si diceva, e come è stato dimostrato, nel mercato del lavoro italiano esiste una strutturale richiesta di lavoratori stranieri (si pensi – oltre al già citato settore dei servizi alla persona, nel quale il

<sup>24</sup> Per una panoramica sull'evoluzione della legislazione nazionale in materia di migrazioni, in particolare per motivi di lavoro, si rinvia ancora a Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., pp. 97 ss.

<sup>25</sup> Allievi, Dalla Zuanna, *Tutto quello che non vi hanno mai detto sull'immigrazione*, cit., pp. 137-138. Sui legami fra criminalità organizzata e sfruttamento dei lavoratori si veda, di recente, il libro-inchiesta di M. Omizzolo, *Sotto padrone. Uomini, donne e caporali nell'agromafia italiana*, Milano, Feltrinelli, 2019. E. Pugliese, *Braccianti, caporali e imprese*, in E. Rigo (a cura di), *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, Pisa, Pacini, 2015, p. 135, evidenzia «l'assunto – totalmente contrastante con la realtà – che ci siano mai state serie alternative alle assunzioni al nero per soddisfare la domanda esistente».

lavoro sommerso è presente in maniera massiccia<sup>26</sup> – al lavoro stagionale in agricoltura, che rappresenta una realtà decisamente macroscopica<sup>27</sup>. Nonostante ciò, la forbice fra gli ostacoli legislativi che limitano l'accesso al lavoro, tanto subordinato quanto autonomo, da un lato, e la strutturale richiesta di lavoratori stranieri, dall'altro, rimane drammaticamente divaricata. Di conseguenza, le norme, concepite anche per far incontrare domanda e offerta di lavoro, sono state (e sono) sistematicamente eluse, e il numero di stranieri presenti nella nostra economia sommersa è stato (ed è) andato crescendo (mentre è tutto sommato esiguo il numero dei lavoratori stranieri che attualmente soggiornano in Italia avendovi fatto regolarmente ingresso per motivi di lavoro).

### 3.1 Programmazione dei flussi migratori in ingresso e lavoro sommerso

Alcune delle concause di natura legislativa che contribuiscono alla diffusione del lavoro sommerso degli stranieri possono essere individuate già nella procedura attraverso la quale lo Stato determina, periodicamente e in maniera preventiva, la soglia massima di stranieri che esso è in grado di accogliere, in par-

<sup>26</sup> Per tutti, su questo tema, si veda M. Ambrosini, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile. Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, Bologna, il Mulino, 2013.

<sup>27</sup> Cfr. W. Chiaromonte, *Fisiologia e patologia dell'impiego stagionale di lavoratori stranieri in agricoltura*, in W. Chiaromonte, M.D. Ferrara (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, Milano, Franco Angeli, 2018, pp. 127 ss.; Id., «Cercavamo braccia, sono arrivati uomini». *Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela*, in «Giorn. dir. lav. rel. ind.», 2018, pp. 321 ss.; V. Papa, *Regulating Temporariness in Italian Migration Law*, in J. Howe, R. Owens (eds.), *Temporary Labour Migration in the Global Era. The Regulatory Challenges*, Oxford and Portland, Bloomsbury, 2016, pp. 259 ss.; Ead., *Paradossi regolativi e patologie occupazionali nel lavoro agricolo degli stranieri*, in P. Campanella (a cura di), *Vite sottocosto*, Roma, Aracne, 2018, pp. 241 ss. Sulla patologia del fenomeno, che spesso si traduce in intermediazione illecita e/o sfruttamento lavorativo, si veda anche la bella inchiesta di Y. Sagnet, L. Palmisano, *Ghetto Italia. I braccianti stranieri tra caporalato e sfruttamento*, Roma, Fandango Libri, 2015. Sullo sfruttamento come «modo di produzione» in agricoltura cfr. E. Rigo, *Lo sfruttamento come modo di produzione*, in Ead., (a cura di), *Leggi, migranti e caporali*, cit., pp. 5 ss.

ticolare per motivi di lavoro, vale a dire sin dal modo in cui è congegnata la programmazione dei flussi migratori in ingresso.

Come è noto, e senza entrare troppo nei dettagli, il t.u. immigrazione prevede un'articolazione delle politiche migratorie su due livelli: il primo è rappresentato dal documento programmatico triennale «relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato» (art. 3, commi 1-3), volto a determinare i programmi e gli interventi sul fenomeno migratorio nel suo complesso e, in particolare, a definire i criteri generali per la successiva determinazione annuale dei flussi di ingresso e degli interventi per consentire l'integrazione degli stranieri; il secondo, invece, è il c.d. “decreto flussi” (art. 3, comma 4), che annualmente stabilisce le quote massime di stranieri da ammettere per motivi di lavoro, nei limiti delle quali è consentito il rilascio dei visti d'ingresso e dei permessi di soggiorno per motivi di lavoro.

Il fulcro delle politiche migratorie è, quindi, teoricamente rappresentato dal documento programmatico triennale, che dovrebbe stabilire i criteri entro i quali determinare la congruenza fra gli ingressi regolari per lavoro e le reali offerte di lavoro; a tutt'oggi, tuttavia, le disposizioni del t.u. immigrazione che disciplinano tale documento sono rimaste lettera morta, dal momento che l'ultimo documento programmatico che è stato approvato risale al triennio 2004-2006. L'azione governativa degli ultimi anni si è, quindi, mossa in carenza di una reale strategia unitaria e di medio periodo in materia migratoria<sup>28</sup>. Tutto è stato, in altre parole, lasciato nelle mani del “decreto flussi”, l'unico strumento che continua a sopravvivere (e che è stato emanato con cadenza annuale esclusivamente per consentire gli ingressi di lavoratori stagionali, mentre la stessa cadenza non è stata sempre rispettata anche per il lavoro subordinato diverso da quello stagionale o per quello autonomo: cfr. Tabella 3).

<sup>28</sup> Un demografo della caratura di Massimo Livi Bacci ha icasticamente sostenuto che «il governo ha rinunciato a “governare” la migrazione»: M. Livi Bacci, *Cronache di due fallimenti. L'Europa, l'Italia e le politiche migratorie*, in «il Mulino», 2011, p. 437.

Anno	Lavoro non stagionale	Lavoro stagionale	Totale
2007	170.000	80.000	250.000
2008	150.000	80.000	230.000
2009	-	80.000	80.000
2010	104.080	80.000	184.080
2011	-	60.000	60.000
2012	17.850	35.000	52.850
2013	17.850	30.000	47.850
2014	17.850	15.000	32.850
2015	17.850	13.000	30.850
2016	17.850	13.000	30.850
2017	13.850	17.000	30.850
2018	12.850	18.000	30.850
2019	12.850	18.000	30.850

Tabella 3. Quote di stranieri ammessi in Italia per motivi di lavoro  
Fonte: “decreti flussi” 2007-2019.

Il “decreto flussi”, quindi, è stato svuotato quasi del tutto della sua funzione originaria di regolare gli ingressi, dal momento che esso è diventato lo strumento con cui viene annualmente “sanata” la posizione degli immigrati già irregolarmente presenti in Italia, più che determinato preventivamente il numero dei nuovi arrivi dall'estero. L'attuale assetto della regolamentazione delle migrazioni economiche, in altre parole, non pare essere coerente con l'effettiva capacità di assorbimento della forza lavoro straniera. Viceversa, sarebbe anzitutto necessaria una più accurata valutazione – eventualmente a livello europeo – circa il livello di flussi in ingresso ritenuto politicamente e socialmente sostenibile<sup>29</sup>.

Un assetto come quello che, invece, ci troviamo davanti, che contiene drasticamente il numero dei possibili nuovi ingressi per lavoro<sup>30</sup>, non tiene adeguatamente conto della già segna-

<sup>29</sup> M. Savino, *Le condizioni per una credibile politica europea dell'immigrazione e dell'asilo*, in Id. (a cura di), *Per una credibile politica europea dell'immigrazione e dell'asilo*, cit., p. 28.

<sup>30</sup> Per il 2019, ad esempio, il D.P.C.M del 12 marzo 2019 ha previsto un numero assolutamente esiguo di nuovi ingressi per lavoro per motivi diversi dal lavoro stagionale (12.850) e dalle conversioni di permessi di soggiorno (9.850): 2.400 ingressi per lavoro autonomo, 500 per lavoratori subordinati non stagionali che hanno completato programmi di istruzione e formazione nel Paese d'origine e 100 per lavorato-

lata strutturale richiesta di lavoratori stranieri, quantomeno in determinati settori del mercato del lavoro italiano, e contribuisce così a generare lavoro sommerso. Una politica fortemente restrittiva nei confronti degli ingressi degli stranieri, di mero contenimento, difatti, innesca un circolo vizioso che, muovendo dalla esiguità delle quote, determina gli ingressi irregolari<sup>31</sup> e, di conseguenza, alimenta il mercato del lavoro sommerso<sup>32</sup>.

Tale ragionamento è stato di recente fatto proprio anche dall'ex Presidente dell'INPS Tito Boeri il quale, nella sua *Relazione annuale* 2018, ha proprio affermato che, considerate le dinamiche demografiche e la struttura del nostro mercato del lavoro, «c'è una forte domanda di lavoro immigrato in Italia», e che «in presenza di decreti flussi del tutto irrealistici, questa domanda si riversa sull'immigrazione irregolare»<sup>33</sup>.

Inoltre, scelte restrittive in materia di migrazioni economiche hanno prodotto anche ulteriori effetti distorsivi, non ultimo un utilizzo strumentale dei benefici derivanti dalla protezione internazionale o dalla protezione umanitaria anche da parte di quei migranti la cui mobilità non è propriamente indotta da ragioni umanitarie<sup>34</sup>: la drastica riduzione delle quote annuali per i la-

ri subordinati non stagionali o autonomi di origine italiana residenti in Argentina, Uruguay, Venezuela e Brasile.

<sup>31</sup> Savino, *Le condizioni per una credibile politica europea dell'immigrazione e dell'asilo*, cit., p. 23.

<sup>32</sup> C. de Martino, M. Lozito, D. Schiuma, *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, in «Lav. dir.», 2016, p. 315. In questo senso si vedano pure M. Barbieri, *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, in «Riv. it. dir. lav.», 2010, III, p. 88; E. Pugliese (a cura di), *Immigrazione e diritti violati. I lavoratori immigrati nell'agricoltura del Mezzogiorno*, Roma, Ediesse, 2013, p. 15. Sull'economia sommersa come fattore di attrazione delle migrazioni cfr. S. Sassen, *Globalizzati e scontenti*, Milano, il Saggiatore, 2002, spec. pp. 111 ss. Per evitare che gli immigrati irregolari divengano fonte di ulteriore irregolarità c'è chi propone di conferire agli stranieri irregolarmente presenti sul territorio lo *status* di «lavoratori ospiti», consentendo loro di svolgere un lavoro regolare: così P. Collier, *Exodus. I tabù dell'immigrazione*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 264.

<sup>33</sup> T. Boeri, *Relazione annuale del Presidente INPS*, Roma, 4 luglio 2018. Testo disponibile al sito: <[https://www.inps.it/docallegatiNP/Mig/Dati\\_analisi\\_bilanci/Rapporti\\_annuali/relazione\\_presidente\\_XVII.pdf](https://www.inps.it/docallegatiNP/Mig/Dati_analisi_bilanci/Rapporti_annuali/relazione_presidente_XVII.pdf)>.

<sup>34</sup> Sull'accesso al lavoro degli stranieri richiedenti protezione in Italia si rinvia a B. De Mozzi, *L'impiego irregolare di lavoratori extracomunitari*, in M. Brollo, C. Cester, L. Menghini (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2016, pp. 427 ss., spec. pp. 434 ss.

voratori stranieri ha, di fatto, «incanalato anche i migranti economici nelle lunghe procedure di asilo»<sup>35</sup>. Si consideri, poi, che il richiedente asilo, trascorsi sessanta giorni dalla presentazione della domanda di protezione internazionale, può ottenere un permesso di soggiorno per richiesta di asilo (della durata di sei mesi, ma rinnovabile fino alla definizione del procedimento) che gli consente lo svolgimento di un'attività lavorativa, subordinata o autonoma, pur non potendo essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro (artt. 4 e 22, d.lgs. 142/2015). Di conseguenza, si è generata anche una progressiva perdita di significato della distinzione fra migrazioni per motivi economici e migrazioni per motivi umanitari<sup>36</sup>.

Peraltro, l'abrogazione – da parte del c.d. “decreto Salvini” (d.l. 113/2018 conv. in l. 132/2018) – della norma che consentiva il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari nei casi in cui la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, pur non accogliendo la domanda di protezione internazionale, avesse comunque ritenuto sussistenti gravi motivi di carattere umanitario (art. 5, comma 6, t.u. immigrazione), rischia di produrre effetti perversi proprio con riferimento alla diffusione del lavoro sommerso<sup>37</sup>. Si consideri, infatti, che la forma di protezione più frequentemente riconosciuta ai richiedenti asilo era proprio la protezione per motivi umanitari: nel 2017, circa il 60% del totale dei provvedimenti di accoglimento ha concesso il permesso di soggiorno per protezione umanitaria<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Di Pasquale, Stuppini, Tronchin, *Migranti economici cercasi*, cit., i quali segnalano anche che «i permessi di soggiorno (primo rilascio) per motivi di lavoro sono così scesi da 350 mila nel 2010 a 125 mila nel 2011 e addirittura a 13 mila nel 2016».

<sup>36</sup> In tal senso cfr. M. McBritton, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Bari, Cacucci, 2017, pp. 34 ss.

<sup>37</sup> Cfr. W. Chiaromonte, *Ideologia e tecnica della disciplina sovranista dell'immigrazione. Protezione internazionale, accoglienza e lavoro dopo il “decreto Salvini”*, in «Giorn. dir. lav. rel. ind.», 2019, pp. 321 ss.

<sup>38</sup> G. Calvellini, *I richiedenti asilo nel diritto del lavoro italiano*, paper presentato alla IV edizione del seminario «I giovani giuslavoristi e gli studi di diritto del lavoro in memoria del Prof. Mario Giovanni Garofalo» (Bari, 23-24 novembre 2018).



All'abrogazione di questa forma di protezione, abrogazione della cui legittimità costituzionale è peraltro lecito dubitare<sup>39</sup>, è corrisposta l'introduzione – sempre per mano del “decreto Salvini” – di un permesso di soggiorno per «protezione speciale»<sup>40</sup> e di altri permessi di soggiorno (per cure mediche, per calamità e per atti di particolare valore civile)<sup>41</sup>, il cui campo di applicazione, tuttavia, è decisamente più circoscritto rispetto a quello della protezione umanitaria e che, per qualità e quantità, non possono assolutamente ritenersi equivalenti a quello previgente (tanto da lasciare spazio a una potenziale reviviscenza del c.d. “asilo costituzionale”, ossia della portata immediatamente precettiva dell'art. 10, comma 3, della Costituzione). Ciò, presumibilmente, determinerà un aumento di coloro che, non riuscendo a beneficiare di alcuna forma di protezione internazionale, permarranno nell'ombra dell'illegalità e rinfoltiranno le fila dei disperati disposti (per non dire costretti) a lavorare nell'ambito dell'economia informale<sup>42</sup>.

Tornando alle disposizioni del t.u. immigrazione in tema di programmazione dei flussi migratori in ingresso e ai “decreti flussi”, fra le righe di tali norme sembra leggersi il messaggio secondo cui l'Italia non avrebbe bisogno di lavoratori stranieri<sup>43</sup>;

<sup>39</sup> La questione della legittimità costituzionale dell'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari esula dai limiti di questo contributo; per maggiori approfondimenti si veda C. Corsi, *Profili di illegittimità costituzionale*, in F. Curi (a cura di), *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Pisa, Pacini giuridica, 2019, pp. 1 ss.

<sup>40</sup> Il permesso di soggiorno per «protezione speciale» può essere rilasciato solo nei casi in cui la Commissione territoriale ritenga sussistenti il rischio di persecuzione o quello di tortura (art. 19, commi 1 e 1.1., t.u. immigrazione), salvo che, in entrambi i casi, possa disporsi l'allontanamento verso uno Stato che provveda ad accordare una protezione analoga.

<sup>41</sup> Accanto alle nuove tipologie di permesso di soggiorno per cure mediche, per calamità e per atti di particolare valore civile, restano in vigore altre tipologie di permesso di soggiorno, già previste dal t.u. immigrazione, e che ora recano la dicitura «per casi speciali» (il riferimento è ai permessi di soggiorno per protezione sociale, per vittime di violenza domestica e per vittime di particolare sfruttamento lavorativo).

<sup>42</sup> Si consideri che, prima del “decreto Salvini”, con particolare riferimento agli anni 2016-2018, una qualche forma di protezione internazionale è stata riconosciuta, in media, al 40% dei richiedenti e dei relativi familiari: Calvellini, *I richiedenti asilo nel diritto del lavoro italiano*, cit.

<sup>43</sup> A una conclusione di questo tipo pare potersi giungere anche leggendo le disposizioni del t.u. immigrazione (in particolare, l'art. 22) che confermano il

tale *vulgata*, però, non considera adeguatamente le conseguenze negative che – come molti studi hanno posto in luce – verrebbero a prodursi se davvero facessimo a meno dei lavoratori stranieri<sup>44</sup>.

Senza alcuna pretesa di esaustività, considerato che le previsioni demografiche dell'Istat confermano una tendenza all'invecchiamento del nostro Paese, e in particolare un crollo delle nascite e un allungamento delle prospettive di vita, anzitutto si verificherebbe una drastica diminuzione nel prossimo ventennio del numero di soggetti in età lavorativa (da 36 a 29 milioni)<sup>45</sup>.

In secondo luogo, si riscontrerebbe una drastica riduzione delle entrate fiscali (circa 18 miliardi di euro nel 2016, a fronte di una spesa dedicata agli stranieri pari a circa 15 miliardi di euro)<sup>46</sup>: molti studi, infatti, confermano che i costi sostenuti dalla pubblica amministrazione per gli stranieri residenti in Italia siano ampiamente compensati da tasse e contributi versati dagli stessi lavoratori stranieri<sup>47</sup>.

Infine, si verificherebbe una vera e propria crisi del nostro sistema previdenziale: «l'analisi del contributo degli immigrati al sistema previdenziale e il loro basso impatto sulla spesa

principio della preferenza per le assunzioni di lavoratori già presenti sul territorio (e, quindi, lo sfavore verso nuovi ingressi nel mercato del lavoro nazionale): cfr. *infra*, par. 3.2. Sul tema si vedano, più in generale, B. Anderson, M. Ruhs, *Migrant Workers: Who Needs Them?*, in B. Anderson, M. Ruhs (eds.), *Who Needs Migrant Workers? Labour Shortages, Immigration and Public Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2010; C. Boswell, *The Politics of Irregular Migration*, in L. Azoulay, K. de Vries (eds.), *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationales*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 41 ss.

<sup>44</sup> Cfr., da ultimo, N.D. Coniglio, *Aiutateci a casa nostra. Perché l'Italia ha bisogno degli immigrati*, Roma-Bari, Laterza, 2019.

<sup>45</sup> Allievi, Dalla Zuanna, *Tutto quello che non vi hanno mai detto sull'immigrazione*, cit., pp. 10-11.

<sup>46</sup> Più nel dettaglio, nel 2016 l'8,8% del PIL nazionale è stato prodotto da stranieri, dai quali provengono circa 17,7 miliardi di euro di entrate fiscali, a fronte di una spesa a loro dedicata decisamente inferiore (stimata attorno ai 15 miliardi di euro, pari all'1,75% del totale della spesa pubblica: cfr. Fondazione Leone Moressa, *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione. L'impatto fiscale dell'immigrazione*. Edizione 2016, Bologna, il Mulino, 2016).

<sup>47</sup> Cfr., ad esempio, E. Di Pasquale, A. Stuppini, C. Tronchin, *Non solo profughi: l'economia degli immigrati*, *lavoce.info*, 27 gennaio 2017, testo disponibile al sito: <<https://www.lavoce.info/archives/44832/non-solo-profughi-leconomia-degli-immigrati>>.

pensionistica permette [...] di affermare che il rapporto è particolarmente vantaggioso per il sistema previdenziale (come in tutti i paesi sviluppati), almeno finché la distribuzione per età della popolazione straniera rimarrà simile a quella attuale»<sup>48</sup>. Peraltro, con particolare riferimento al versante previdenziale, si consideri che un ulteriore fattore di diffusione del lavoro sommerso è determinato dalla circostanza che l'Italia ha stipulato accordi bilaterali finalizzati al mutuo riconoscimento dei contributi previdenziali versati solo con un numero limitato di Paesi, il che sovente determina (assieme alla prospettiva di non avere davanti a sé un numero di anni lavorativi sufficienti ad accedere ad una prestazione pensionistica) la preferenza per un rapporto di lavoro irregolare<sup>49</sup>.

Tutto ciò lascia intendere quanto sia fuorviante la retorica ideologica, dominante nel dibattito pubblico sull'immigrazione, secondo la quale i migranti sottrarrebbero spazio economico agli autoctoni<sup>50</sup>.

### 3.2 *Accesso al lavoro subordinato e lavoro sommerso*

Se già il meccanismo di programmazione dei flussi in ingresso può essere considerato come una delle concause del proliferare del lavoro sommerso, un discorso analogo può essere sviluppato con particolare riferimento alla disciplina che consente – nel settore privato – l'ingresso e il soggiorno in Italia dei lavoratori stranieri per svolgere prestazioni di lavoro subordinato<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> E. Di Pasquale, A. Stuppini, C. Tronchin, *Gli immigrati? Un affare per l'Inps se regolari e giovani*, in «lavoce.info», 28 novembre 2017, testo disponibile al sito: <<https://www.lavoce.info/archives/49847/gli-immigrati-un-affare-linps-regolari-giovani>>.

<sup>49</sup> Sulla previdenza dei lavoratori stranieri, da ultimo, cfr. M. D'Onghia, *Tutele previdenziali e assistenziali dei lavoratori migranti*, in *Previdenza e assistenza, in Lavoro*, diretto da P. Curzio, L. Di Paola, R. Romei, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 611 ss.; C. de Martino, M. D'Onghia, D. Schiuma, *Condizioni salariali e previdenziali*, in P. Campanella (a cura di), *Vite sottocosto*, cit., pp. 257 ss.

<sup>50</sup> Così, fra gli altri, Fondazione Leone Moressa, *Gli stranieri ci rubano il lavoro? Analisi e considerazioni sul mercato del lavoro degli stranieri in Italia e in Europa*, Mestre, 2019; L. Calafà, A. Garilli, *Introduzione*, in «Riv. giur. lav.», 2017, I, p. 553.

<sup>51</sup> Queste riflessioni sono limitate alla sola assunzione di lavoratori stranieri con contratto di lavoro subordinato, sia a tempo indeterminato, sia determinato, esulan-

Come è noto, la c.d. legge Bossi-Fini (legge 189/2002), che è intervenuta apportando significative modifiche all'originario disposto del t.u. immigrazione, ha generalmente subordinato all'esistenza di un valido contratto di lavoro la possibilità di ingresso e soggiorno regolari in Italia. In particolare, l'aspirante lavoratore straniero da un lato è tenuto a munirsi di un titolo che ne legittimi il soggiorno nel territorio dello Stato per motivi di lavoro, e dall'altro deve essere autorizzato a lavorare da parte dello Sportello unico per l'immigrazione. Ed è proprio questo secondo aspetto, vale a dire la speciale procedura che consente l'assunzione del lavoratore straniero – la quale, peraltro, presenta significative divergenze rispetto al sistema ordinario di collocamento della manodopera nazionale – che merita di essere approfondito, quantomeno con riferimento agli elementi che risultano potenzialmente più idonei a favorire il diffondersi del lavoro sommerso<sup>52</sup>.

Anzitutto, il presupposto dell'intera procedura (delineata dagli artt. 22 ss. del t.u. immigrazione) consiste nel fatto che il primo incontro fra domanda e offerta di lavoro debba necessariamente avvenire quando l'aspirante lavoratore si trova ancora nel suo Paese di origine. Lo straniero intenzionato a ottenere un permesso di soggiorno per motivi di lavoro è, difatti, tenuto a restare nel suo Paese di provenienza sino alla conclusione della lunga e farragिनosa procedura di ingresso, non essendo ammissibile – salvo che lo straniero non sia già regolarmente soggiornante per altri motivi – la richiesta di assunzione presentata nei confronti di un soggetto che già si trovi in Italia. Ciò, tuttavia, contrasta con il fatto che la procedura tipica di assunzione

do dai limiti di questo scritto le ulteriori questioni connesse all'accesso dello straniero al lavoro autonomo. Ugualmente, non è preso in considerazione l'accesso dello straniero al pubblico impiego (rinviando da ultimo, su tale questione, a C. De Marco, *Immigrati e pubblico impiego*, in «Riv. giur. lav.», 2017, I, pp. 599 ss.).

<sup>52</sup> Per una disamina più dettagliata dell'intera procedura, e in particolare degli elementi che determinano un disincentivo normativo all'assunzione di lavoratori stranieri, si rinvia a Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, cit., pp. 163 ss.; cfr. pure, da ultimo, McBritton, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, cit., spec. pp. 118 ss.; M. D'Onghia, *Immigrazione irregolare e mercato del lavoro. Spunti per una discussione*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2019, pp. 463 ss.

si fonda sul meccanismo della chiamata nominativa, la quale ovviamente presuppone che il datore di lavoro abbia già una conoscenza diretta dello straniero, nonostante che – è bene ribadirlo – questi debba necessariamente ancora trovarsi all'estero. Tale congegno, rigido e macchinoso, oltre a non agevolare l'assunzione degli stranieri, preclude ogni tipo di contatto diretto tra domanda e offerta di lavoro. Esso finisce dunque per alimentare l'elusione delle regole e generare – come è stato dimostrato – irregolarità. Nella pratica è molto frequente, difatti, che lo straniero faccia ingresso irregolarmente in Italia, o comunque in virtù di un visto che non consente l'esercizio di un'attività lavorativa, entri poi in contatto con un datore di lavoro e quindi torni nel suo Paese di origine, per rientrare nuovamente in Italia, stavolta legalmente (con il rischio, peraltro, di non poterlo fare, se identificato come irregolare nel momento dell'uscita dal territorio italiano), secondo la procedura descritta dal t.u. immigrazione (e, quindi, nell'ambito delle quote fissate dai “decreti-flussi”). In alternativa al canale di cui al “decreto-flussi”, come si è visto, l'emersione dall'irregolarità è stata periodicamente delegata alle procedure di sanatoria che, nei fatti, dietro la maschera della regolazione di nuovi ingressi, sono servite principalmente a regolarizzare la situazione degli stranieri che già si trovavano irregolarmente in Italia<sup>53</sup>.

Un secondo elemento critico consiste nell'abrogazione, ancora una volta per mano della legge Bossi-Fini, dello *sponsor* e del permesso di soggiorno per ricerca di lavoro. La versione originaria del t.u. immigrazione, all'art. 23, prevedeva difatti l'istituto dello *sponsor*, tecnicamente «prestazione di garanzia per l'accesso al lavoro». Il garante poteva, promettendo certi impegni di sostentamento e alloggio, ottenere – nei limiti delle quote – un'autorizzazione all'ingresso dello straniero per con-

<sup>53</sup> «La grande maggioranza degli stranieri adulti è entrata ed entra in Italia in modo regolare o semiregolare (con visto turistico, permesso di lavoro stagionale, ecc.), è transitata per un periodo più o meno lungo di irregolarità ed è stata poi regolarizzata: con i decreti-flusso, con i periodici provvedimenti di sanatoria, oppure grazie all'allargamento dell'Unione europea, che nel 2007 ha fatto uscire dal limbo centinaia di migliaia di bulgari e rumeni»: così Allievi, Dalla Zuanna, *Tutto quello che non vi hanno mai detto sull'immigrazione*, cit., pp. 136-137.

sentirgli (per un anno) l'inserimento nel mercato del lavoro. Si trattava, quindi, di un'autorizzazione svincolata dal preventivo reperimento di un posto di lavoro. L'abolizione dell'istituto da un lato ha reso ulteriormente stringente il nesso tra soggiorno e lavoro, che si è visto essere il *leit-motiv* del progetto di riforma del 2002, e dall'altro spinge inevitabilmente lo straniero in cerca di un'occupazione verso l'irregolarità e, quindi, spesso verso il sommerso.

Un terzo fattore di criticità attiene alla reintroduzione, sempre a opera della legge Bossi-Fini, del c.d. *test* della necessità economica, ossia della regola della necessaria previa verifica, da parte del datore di lavoro, e al fine del rilascio dell'autorizzazione al lavoro, della indisponibilità di un lavoratore già presente sul territorio nazionale a occupare il posto di lavoro per il quale è stata avanzata una richiesta di assunzione (art. 22, comma 2, t.u. immigrazione, come modificato dal d.l. 76/2013, convertito con modificazioni in legge 99/2013). Tale verifica, «idoneamente documentata», deve essere espletata dal datore di lavoro presso il competente Centro per l'impiego. Si conferma, in tal modo, il principio della preferenza per le assunzioni di lavoratori (italiani o stranieri) già presenti sul territorio, e, quindi, lo sfavore verso nuovi ingressi nel mercato del lavoro nazionale (pur essendo libero, peraltro, il datore di lavoro di rifiutare la disponibilità offerta)<sup>54</sup>. Così facendo, però, si finisce paradossalmente per legittimare un principio che protegge il mercato del lavoro nazionale anche dalla nuova eventuale presenza immigrata regolare, senza che al contempo si ostacoli quella irregolare (che, invece, è proprio quella maggiormente soggetta a essere occupata nell'economia sommersa)<sup>55</sup>. Si rende quindi più onerosa, per il datore di lavoro, la scelta di avvalersi di un lavoratore straniero, dal momento che si appesantisce ulteriormente la procedura burocratica di verifica dell'indisponibilità<sup>56</sup>. Peral-

<sup>54</sup> Viscomi, *La disciplina delle migrazioni economiche tra protezione dei mercati e promozione dei diritti. Spunti per una discussione*, cit., p. 1032.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 1031.

<sup>56</sup> Essa non è più affidata al rapporto diretto fra il Centro per l'impiego e lo Sportello unico per l'immigrazione, coinvolgendo ora in maniera diretta anche il datore di lavoro, il quale dovrà prima rivolgersi al Centro per l'impiego, allo scopo di ottenere

tro, lo stesso ricorso alla manodopera straniera, con tutto ciò che comporta per il datore di lavoro in termini di adempimenti procedurali e burocratici, già di per sé dovrebbe rappresentare una buona garanzia dell'indisponibilità quantomeno di manodopera nazionale<sup>57</sup>.

Un quarto e ultimo aspetto problematico che vale la pena menzionare è quello connesso ai particolari gravami imposti al datore di lavoro che voglia assumere uno straniero in conseguenza dell'introduzione, sempre per mezzo della legge Bossi-Fini, del contratto di soggiorno per lavoro subordinato (art. 5 *bis*, t.u. immigrazione), alla cui stipulazione è subordinato il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro. La vigente disciplina prevede, infatti, che la richiesta di assunzione dello straniero, presentata dal datore di lavoro al competente Sportello unico per l'immigrazione, debba necessariamente essere accompagnata da una documentazione che attesti la garanzia della disponibilità per il lavoratore straniero, fin dal momento della presentazione dell'istanza (e, quindi, ben prima dell'effettiva fruizione da parte del lavoratore), di un alloggio che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica<sup>58</sup>, nonché l'impegno ad accollarsi le spese di rimpatrio del lavoratore straniero, nel momento in cui il rapporto di lavoro cesserà<sup>59</sup>. Tali oneri aggiuntivi, che sono posti a carico del

l'idonea documentazione di indisponibilità, e poi consegnarla allo Sportello unico assieme alla restante documentazione richiesta.

<sup>57</sup> Così N. Castelli, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, in «Lav. dir.», 2003, p. 312.

<sup>58</sup> La giurisprudenza di merito ha generalmente ritenuto discriminatoria la condotta di quei comuni che hanno immotivatamente aumentato, in maniera significativa, il costo per il rilascio del certificato sull'idoneità alloggiativa, necessario per diversi procedimenti amministrativi richiesti ai soli cittadini stranieri (e, per quanto qui rileva, per la stipula del contratto di soggiorno per lavoro subordinato): cfr., fra gli altri, Trib. Brescia, ord. 8 luglio 2016, in *Banca dati ASGI* (<<http://www.asgi.it/giurisprudenza>>), che ha dichiarato discriminatorie le delibere dei comuni di Pontoglio e Rovato le quali avevano aumentato (rispettivamente del 212% e del 624%) i diritti di segreteria relativi al rilascio della certificazione di idoneità alloggiativa, ritenendo che non vi fosse alcuna effettiva corrispondenza fra tale aumento e la prestazione erogata.

<sup>59</sup> Tali elementi rappresentano dunque, in aggiunta a quanto normalmente previsto *ex art.* 2094 c.c., il contenuto essenziale del contratto, che privo di tali dichiarazioni non costituisce valido titolo per il rilascio del permesso di soggiorno. Sull'impossibilità di addivenire a una qualificazione certa del contratto di soggiorno in base agli

datore di lavoro, appesantendo la procedura certamente rappresentano un deterrente al ricorso al lavoro straniero, se non altro dal punto di vista dei costi economici connessi all'instaurazione del rapporto di lavoro: è stato a tal proposito condivisibilmente sostenuto che, imponendo allo straniero condizioni di mercato più svantaggiose rispetto a quelle di cui può fruire il cittadino italiano o dell'Unione europea, il contratto incarna una «rilevante distorsione della libertà contrattuale degli stranieri sul mercato del lavoro»<sup>60</sup>. In sostanza, anche la garanzia dell'alloggio e delle spese di rimpatrio da parte del datore di lavoro finiscono per disincentivare le assunzioni regolari, rendendo, in tal modo, fertile il terreno per la proliferazione del lavoro sommerso.

In breve, la speciale disciplina in materia di accesso degli stranieri al mercato del lavoro nazionale, come modificata dalla legge Bossi-Fini e dagli ulteriori interventi legislativi di correzione del t.u. immigrazione, ha prodotto un aggravamento delle già macchinose procedure di ingresso per motivi di lavoro, principalmente subordinando l'ingresso e la permanenza sul territorio nazionale dello straniero, nonché la concessione allo stesso di diritti, all'effettivo svolgimento di un'attività lavorativa sicura e lecita. Si tratta, come è stato sostenuto, di una «procedura bizantina che rende quasi impossibile l'ingresso regolare per lavoro»<sup>61</sup>, o, ancora, di una burocrazia kafkiana, «impegnata a gestire, spesso in piena e talvolta anche arbitraria autonomia, il difficile *bilanciamento* tra le *ragioni inclusive delle libertà e delle opportunità* e le *ragioni esclusive dell'identità*»<sup>62</sup>. Vanno letti in tale ottica i principali punti critici della normativa vigente, indubbiamente sintomatici della volontà di disincentivare le assunzioni regolari dei lavoratori immigrati, e che allo stesso tem-

ordinari canoni lavoristici cfr. L. Calafà, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 120, che per questo lo definisce «contratto impossibile». Lo definisce, invece, «fantasioso ircocervo normativo» Viscomi, *La disciplina delle migrazioni economiche tra protezione dei mercati e promozione dei diritti. Spunti per una discussione*, cit., p. 1034.

<sup>60</sup> A. Guariso, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, in «Lav. dir.», 2009, p. 564.

<sup>61</sup> M. McBritton, *Prestazione di fatto e lavoro immigrato*, in «Riv. giur. lav.», 2010, II, p. 551.

<sup>62</sup> Viscomi, *La disciplina delle migrazioni economiche tra protezione dei mercati e promozione dei diritti. Spunti per una discussione*, cit., p. 1029.



po finiscono per determinare la diffusione del lavoro sommerso: il riferimento principalmente va, come si è visto, al prevalente meccanismo della chiamata nominativa del lavoratore ancora residente all'estero, all'abrogazione dell'istituto dello *sponsor* e del permesso di soggiorno per ricerca di lavoro, alla reintroduzione del c.d. *test* della necessità economica nonché, infine, all'introduzione del contratto di soggiorno per lavoro subordinato e ai pesanti oneri da esso derivanti e gravanti sul datore di lavoro.

Anche tali elementi, assieme a quelli determinati dal meccanismo della programmazione dei flussi in ingresso, che andrebbe ripensato soprattutto nell'ottica di riaprire i flussi di migrazione regolare, parametrando alle reali esigenze del mercato del lavoro e al fabbisogno del sistema produttivo, giocano innegabilmente un ruolo di concause nel provocare l'espandersi e lo stabilizzarsi del lavoro sommerso degli stranieri.

A tal proposito, la proposta recentemente avanzata da Mario Savino, relativa a un sistema europeo di programmazione dei flussi per motivi di lavoro, a partire dalla programmazione su base triennale di quote nazionali, contiene molti elementi che potrebbero utilmente essere innestati nel nostro ordinamento per consentire una più efficiente gestione dell'afflusso regolare e programmato di lavoratori stranieri, a iniziare dalla individuazione di parametri comuni ai Paesi membri dell'Unione europea nel calcolo del fabbisogno interno di manodopera straniera e dalla predisposizione di un "decreto flussi" annuale dell'Unione<sup>63</sup>; ciò consentirebbe non solo di ridurre l'attuale tendenza all'abuso dell'istituto della protezione internazionale, ma anche di rendere meno fertile il terreno dal quale oggi trae inevitabilmente sostentamento il lavoro sommerso.

Oltre a ciò, le note difficoltà connesse all'assunzione di lavoratori stranieri, imputabili principalmente a un apparato normativo come quello del t.u. immigrazione – che impedisce l'ingresso in Italia per ricerca di lavoro, prevede quote in ingresso del tutto esigue e delinea una procedura amministrativa di

<sup>63</sup> Savino, *Le condizioni per una credibile politica europea dell'immigrazione e dell'asilo*, cit., p. 28.

assunzione particolarmente lunga e complicata – imporrebbero un complessivo riassetto della disciplina sul lavoro dei migranti. In particolare, come si è visto, i vistosi ostacoli giuridici che limitano fortemente l'accesso al mercato del lavoro regolare (e, di conseguenza, la concreta possibilità di esperire le tecniche di tutela dei diritti dei lavoratori stranieri che pure il nostro ordinamento prevede) producono una distorsione del sistema di incontro fra domanda e offerta di lavoro, determinando, fra le altre cose, proprio una proliferazione del lavoro sommerso.

Non pare, tuttavia, che allo stato il legislatore sia intenzionato a dedicare la dovuta attenzione a tale vizio originario della disciplina. Anzi: il “decreto Salvini”, pur non occupandosi direttamente della questione, si muove in una direzione totalmente opposta, dipingendo «un quadro che non può non destare preoccupazione per chi abbia a cuore la tutela dei diritti fondamentali degli stranieri»<sup>64</sup>.

### *Bibliografia*

- Allievi S., Dalla Zuanna G., *Tutto quello che non vi hanno mai detto sull'immigrazione*, Roma-Bari, Laterza, 2016.
- Ambrosini M., *Immigrazione irregolare e welfare invisibile. Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, Bologna, il Mulino, 2013.
- , *Perché e come gli immigrati continuano a lavorare in Italia*, «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», I, 2017, p. 569 ss.
- Ambrosini M., Panichella N., *Immigrazione, occupazione e crisi economica in Italia*, in «Quaderni di sociologia», 2016, pp. 83 ss.
- Anderson B., Ruhs M., *Migrant Workers: Who Needs Them?*, in B. Anderson, M. Ruhs (eds.), *Who Needs Migrant Workers? Labour Shortages, Immigration and Public Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- ASGI, *Le principali novità sui permessi di soggiorno introdotte dal decreto legge n. 113/18*, 2018

<sup>64</sup> L. Masera, *Editoriale*, in «Dir. imm. citt.», 3, 2018, testo disponibile al sito: <<https://www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it/57-fascicolo-n-3-2018/editoriale-n-3-2018>>.

- ASGI, *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018*, n. 113, 2018.
- Barbieri M., *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, «Rivista italiana di diritto del lavoro», III, 2010, pp. 71 ss.
- Boeri T., *Relazione annuale del Presidente INPS*, Roma, 4 luglio 2018.
- Boswell C., *The Politics of Irregular Migration*, in L. Azoulay, K. de Vries (eds.), *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationales*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Calafà L., *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Bologna, il Mulino, 2013.
- Calafà L., Garilli A., *Introduzione*, «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», I, 2017, p. 553 ss.
- Calvellini G., *I richiedenti asilo nel diritto del lavoro italiano*, paper presentato alla IV edizione del seminario «I giovani giuslavoristi e gli studi di diritto del lavoro in memoria del Prof. Mario Giovanni Garofalo» (Bari, 23-24 novembre 2018).
- Carrera S., *Integration of Immigrants in EU Law and Policy: Challenges to Rule of Law, Exceptions to Inclusion*, in L. Azoulay, K. de Vries (eds.), *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationales*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Castelli N., *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, «Lavoro e diritto», 2003, p. 289 ss.
- Centro Studi e Ricerche IDOS (a cura di), *Dossier statistico immigrazione 2017*, Roma, IDOS.
- Chiaromonte W., *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli, 2013.
- , *Le misure sanzionatorie di contrasto al lavoro sommerso e la regolamentazione del lavoro immigrato: due mondi lontanissimi*, in V. Ferrante (a cura di), *Economia "informale" e politiche di trasparenza*, Milano, Vita e Pensiero, 2017, pp. 103 ss.
- , *Fisiologia e patologia dell'impiego stagionale di lavoratori stranieri in agricoltura*, in W. Chiaromonte, M.D. Ferrara (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, Milano, Franco Angeli, 2018, pp. 127 ss.

- , «Cercavamo braccia, sono arrivati uomini». Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela, in «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 2018, p. 321 ss.
  - , *Regolazione del lavoro immigrato e diffusione del lavoro sommerso*, in M. Savino (a cura di), *Per una credibile politica europea dell'immigrazione e dell'asilo*, Roma, Edizioni Fondazione Basso, 2018, p. 90 ss.
  - , *Ideologia e tecnica della disciplina sovranista dell'immigrazione. Protezione internazionale, accoglienza e lavoro dopo il "decreto Salvini"*, in «Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali», 2019, pp. 321 ss.
- W. Chiaromonte, M.D. Ferrara, F. Malzani, *The Migration Governance through Labour Law: The Italian Case*, in «Rivista di diritto della sicurezza sociale», 2019, pp. 373 ss.
- Cingano F., Rosolia A., *Non sono concorrenti ma complementari*, in «Libertàcivili», 2010, p. 45 ss.
- Collier P., *Exodus. I tabù dell'immigrazione*, Roma-Bari, Laterza, 2015.
- Colucci M., *Storia dell'immigrazione straniera in Italia*, Roma, Carocci, 2018.
- Corsi C., *Profili di illegittimità costituzionale*, in F. Curi (a cura di), *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Pisa, Pacini giuridica, 2019.
- De Marco C., *Immigrati e pubblico impiego*, «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», I, 2017, p. 599 ss.
- de Martino C., D'Onghia M., Schiuma D., *Condizioni salariali e previdenziali*, in P. Campanella (a cura di), *Vite sottocosto*, Roma, Aracne editrice, 2018, p. 257 ss.
- de Martino C., Lozito M., Schiuma D., *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, in «Lavoro e diritto», 2016, p. 313 ss.
- De Mozzi B., *L'impiego irregolare di lavoratori extracomunitari*, in M. Brolo, C. Cester, L. Menghini (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2016, p. 427 ss.
- Dembour M.-B., Kelly T. (eds.), *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, London and New York, Routledge, 2011.
- Di Pasquale E., Stuppini A., Tronchin C., *Non solo profughi: l'economia degli immigrati*, in «lavoce.info», 27 gennaio 2017.
- , *Gli immigrati? Un affare per l'Inps se regolari e giovani*, in «lavoce.info», 28 novembre 2017.

- , *Migranti economici cercasi*, in «lavoce.info», 13 luglio 2018.
- D'Onghia M., *Tutele previdenziali e assistenziali dei lavoratori migranti*, in Aa.Vv., *Previdenza e assistenza*, in *Lavoro*, diretto da P. Curzio, L. Di Paola, R. Romei, Milano, Giuffrè, 2017, p. 611 ss.
- , *Immigrazione irregolare e mercato del lavoro. Spunti per una discussione*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2019, pp. 463 ss.
- Einaudi L., *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- Ferrante V. (a cura di), *Economia "informale" e politiche di trasparenza*, Milano, Vita e Pensiero, 2017.
- Fondazione Leone Moressa, *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione. L'impatto fiscale dell'immigrazione*. Edizione 2016, Bologna, il Mulino, 2016.
- , *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione*. Edizione 2017, Bologna, il Mulino, 2017.
- , *Gli stranieri ci rubano il lavoro? Analisi e considerazioni sul mercato del lavoro degli stranieri in Italia*, <<http://www.fondazioneleonemoressa.org/2019/11/11/coffee-break-lavoro>>.
- Fullin G., Reyneri E., *Low Unemployment and Bad Jobs for New Immigrants in Italy*, in «International Migration», 49, 2011, pp. 118 ss.
- Garofalo M.G., McBritton M., *Immigrazione e lavoro: note al T.U. 25 luglio 1998, n. 286*, in «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», I, 2000, pp. 484 ss.
- Guariso A., *Cittadinanza e lavoro pubblico*, in «Lavoro e diritto», 2009, p. 563 ss.
- Livi Bacci M., *Cronache di due fallimenti. L'Europa, l'Italia e le politiche migratorie*, in «il Mulino», 2011, p. 432 ss.
- Masera L., *Editoriale*, in «Diritto, immigrazione e cittadinanza», 3, 2018.
- McBritton M., *Prestazione di fatto e lavoro immigrato*, in «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», II, 2010, pp. 551 ss.
- , *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa*, in «Questione giustiziana», 2014, pp. 172 ss.
- , *Lavoro extracomunitario, mercato del lavoro, contratti*, «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», I, 2017, pp. 582 ss.
- , *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Bari, Cacucci, 2017.
- Morehouse C., Blomfield M., *Irregular Migration in Europe*, Migration Policy Institute, 2011.

- Omizzolo M., *Sotto padrone. Uomini, donne e caporali nell'agromafia italiana*, Milano, Feltrinelli, 2019.
- Palmisano L., *Mafia caporale. Racconti di egemonia criminale sui lavoratori in Italia*, Roma, Fandango, 2017.
- Papa V., *Regulating Temporariness in Italian Migration Law*, in J. Howe, R. Owens (eds.), *Temporary Labour Migration in the Global Era. The Regulatory Challenges*, Oxford and Portland, Bloomsbury, 2016, pp. 259 ss.
- , *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, in «Diritto delle relazioni industriali», 2017, pp. 363 ss.
- , *Paradossi regolativi e patologie occupazionali nel lavoro agricolo degli stranieri*, in P. Campanella (a cura di), *Vite sottocosto*, Roma, Aracne editrice, 2018, pp. 241 ss.
- Peruzzi M., *Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitorie nella prospettiva interna e dell'Unione europea*, in «Diritti, lavori, mercati», 2015, pp. 115 ss.
- Pugliese E. (a cura di), *Immigrazione e diritti violati. I lavoratori immigrati nell'agricoltura del Mezzogiorno*, Roma, Ediesse, 2013.
- Pugliese E., *Braccianti, caporali e imprese*, in E. Rigo (a cura di), *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, Pisa, Pacini, 2015, pp. 129 ss.
- Reyneri E., *Introduzione alla sociologia del mercato del lavoro*, Bologna, il Mulino, 2017.
- Rigo E., *Lo sfruttamento come modo di produzione*, in Ead. (a cura di), *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, Pisa, Pacini, 2015, pp. 5 ss.
- Sagnet Y., Palmisano L., *Ghetto Italia. I braccianti stranieri tra caporalato e sfruttamento*, Roma, Fandango Libri, 2015.
- Saraceno C., Sartor N., Sciortino G. (a cura di), *Stranieri e disuguali. Le disuguaglianze nei diritti e nelle condizioni di vita degli immigrati*, Bologna, il Mulino, 2013.
- Sassen S., *Globalizzati e scontenti*, Milano, il Saggiatore, 2002.
- Savino M., *Le condizioni per una credibile politica europea dell'immigrazione e dell'asilo*, in Id. (a cura di), *Per una credibile politica europea dell'immigrazione e dell'asilo*, Roma, Edizioni Fondazione Basso, 2018, pp. 9 ss.
- Sciarra S., Chiaromonte W., *Migration Status in Labour and Social Security Law. Between Inclusion and Exclusion in Italy*, in C. Costello, M.

- Freedland (eds.), *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 121 ss.
- Strozza S., De Santis G. (a cura di), *Rapporto sulla popolazione. Le molte facce della presenza straniera in Italia*, Bologna, il Mulino, 2017.
- Viscomi A., *La disciplina delle migrazioni economiche tra protezione dei mercati e promozione dei diritti. Spunti per una discussione*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Bari, Cacucci, 2015, Tomo II, pp. 1030 ss.





## Elenco degli autori

- Alessio Bartolacelli, *Professore Associato di Diritto commerciale*, Università degli Studi di Macerata.
- Guido Canavesi, *Professore Ordinario di Diritto del lavoro*, Università degli Studi di Macerata.
- William Chiaromonte, *Ricercatore di Diritto del lavoro*, Università degli Studi di Firenze.
- Francesco de Leonardis, *Professore Ordinario di Diritto amministrativo*, Università degli Studi di Macerata.
- Adriana di Stefano, *Professore Associato di Diritto dell'Unione Europea*, Università degli Studi di Catania.
- Janet Dine, *Professor of International Economic Development Law*, Queen Mary University of London.
- Chiara Feliziani, *Ricercatrice di Diritto amministrativo*, Università degli Studi di Macerata.
- Erik Longo, *Professore Associato di Diritto costituzionale*, Università degli Studi di Firenze.
- Francesco Manganaro, *Professore Ordinario di Diritto amministrativo*, Università degli Studi di Reggio Calabria.
- Fabrizio Marongiu Buonaiuti, *Professore Ordinario di Diritto internazionale*, Università degli Studi di Macerata.
- Monica Stronati, *Professore Associato di Storia del diritto medievale e moderno*, Università degli Studi di Macerata.
- Saša Zagorc, *Professor of Constitutional Law*, University of Ljubljana.



## Dinamiche del diritto, migrazioni e uguaglianza relazionale

Senza pretesa di esaustività, il volume offre un quadro interdisciplinare sul tema attuale e complesso del regime giuridico delle persone immigrate, approfondendo sia i profili pubblicistici sia quelli, a volte meno noti, del diritto privato.

**Guido Canavesi** è ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Macerata, ove dirige la Scuola di specializzazione in Diritto sindacale, del lavoro e della previdenza, attiva da più di cinquant'anni nello studio e nella formazione nel campo della Sicurezza sociale e del *welfare*. Su questi temi ha pubblicato numerosi volumi e saggi, tra cui *Mercato del lavoro e operatori privati*, Torino, 2017; *La previdenza dei liberi professionisti dalla privatizzazione alla legge Fornero*, Torino, 2017; *La dimensione giuridica della solidarietà intergenerazionale nella prospettiva delle casse di previdenza privatizzate* (*Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1/2019); *Le interazioni tra diritto all'assistenza sociale e diritto del lavoro. Un tentativo di ricognizione* (*Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 2/2019); *La vecchiaia nella tutela pensionistica*, a cura di Guido Canavesi e Edoardo Ales, Torino, 2019.



**eum** edizioni università di macerata

ISBN 978-88-6056-640-9



9 788860 566409