

# Migranti e tutela dei diritti fondamentali: poche luci e molte ombre

di Lucia Aleni

## I. La nozione “residuale” di migrante

Tradizionalmente, nel diritto internazionale, con il termine “migrante” si designa lo straniero che attraversa le frontiere per ragioni economiche, tant’è che esso risulta quasi sempre associato alla qualifica di “lavoratore”<sup>1</sup>. In tal modo si usa distinguere questa figura da quelle di rifugiato, richiedente asilo o profugo in fuga da situazioni di guerra o da disastri ambientali, in quanto destinatari di norme che – a diversi livelli – ne sanciscono un regime di protezione internazionale, in ragione delle loro specifiche esigenze. Si tratta, in realtà, di una definizione empirica, ricavata per “differenza” dalle altre figure appena ricordate (vale a dire quelle di rifugiato, richiedente asilo, profugo o persona avendo altriamenti diritto alla *protezione sussidiaria*) e alle quali è connesso uno *status* giuridico determinato e un corrispondente regime di protezione.

Il migrante, invece, non gode di uno specifico regime di protezione a livello internazionale; piuttosto, una serie di convenzioni internazionali, oggi di ampia diffusione, sono intervenute a disciplinare, da una parte, i fenomeni di sfruttamento dei migranti in quanto gruppo (ad esempio le convenzioni contro il *traffico di migranti* e la tratta di esseri umani), e dall’altra un nucleo di diritti (salute, famiglia, abitazione) del *migrante lavoratore*, preoccupandosi in qualche modo di assicurargli uno standard minimo di trattamento nel paese in cui lo stesso soggiorni e lavori.

A livello nazionale, poi, il termine migrante scompare (quasi) del tutto dalle disposizioni in materia di immigrazione<sup>2</sup>, che hanno piuttosto come destinatario lo straniero, e prevedono una distinzione fondamentale tra

1. Si pensi, ad esempio, alla *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie*, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 45/158 del 18 dicembre 1990.

2. Anche a livello nazionale, infatti, il ricorso al termine *migranti* è principalmente utilizzato per definire il gruppo nel suo insieme, come avviene nelle disposizioni relative alla lotta al traffico di esseri umani.

straniero provvisto di titolo di ingresso e soggiorno e straniero irregolarmente presente sul territorio. Tuttavia, volendo individuare un “valore” giuridico da attribuire al termine migrante a livello interno, può dirsi che esso, quando sporadicamente viene utilizzato, è comunque considerato un sinonimo di straniero, riproponendosi così nell’ordinamento interno la stessa dicotomia esistente a livello internazionale, che vede il migrante o straniero da una parte, e il rifugiato, richiedente asilo, profugo, dall’altra<sup>3</sup>. Tra tutti coloro che varcano la frontiera dell’Italia, in cerca di protezione o di un miglioramento delle proprie condizioni di vita, il migrante rimane insomma destinatario del più basso livello di garanzie, dal momento che il suo *status* si definisce per differenza: migrante è, infatti, colui che non ha diritto al riconoscimento dello *status* di rifugiato e, quindi, alla protezione internazionale; che non può godere di altro regime di protezione, accordata in relazione a determinati rischi esistenti nel paese d’origine (ad esempio *protezione sussidiaria*); che non è un profugo proveniente da un paese in guerra o da una situazione generalizzata di pericolo, e così via.

Oltre a questa già pericolosa tendenza, consistente appunto nel definire lo *status* del migrante per differenza, e quindi al “minimo” dei diritti fondamentali, l’ordinamento interno sta sperimentando l’ancor più pericolosa tendenza a cancellare di fatto – poiché, com’è ovvio l’Italia non potrebbe sottrarsi apertamente ai propri obblighi internazionali in materia – la tradizionale distinzione tra la figura del migrante e quelle di rifugiato, richiedente asilo, profugo, indebolendo anche il sistema di protezione di questi ultimi. Tale indebolimento dipende dalla circostanza che lo straniero quando – a seguito di accertamenti che sovente si rivelano a dir poco sommari – non sia riuscito ad accedere ai meccanismi di protezione internazionale vigenti, diventa per lo Stato un “semplice” migrante, ovvero un individuo che non ha alcun titolo per soggiornare sul territorio dello Stato. Tale condizione diviene, così, il presupposto per esercitare il potere sovrano di allontanamento dello straniero dal territorio, declinato nelle sue molteplici forme di respingimento in frontiera, espulsione con accompagnamento alla frontiera, trattamento funzionale al successivo accompagnamento, ordine di abbandonare il territorio.

3. Sulla definizione di “straniero” in diritto internazionale e interno, cfr. B. Nascimbene, *Il trattamento dello straniero*, Giuffrè, Milano 1984; E. Grossi, *Straniero (Status dello)*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 5787 ss.; C. Favilli, B. Nascimbene, *Straniero (“Tutela internazionale”)*, in ivi, pp. 5796 ss.; nonché, in generale, sulla disciplina della materia il più recente B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova 2004.

A ben guardare, peraltro, le diverse qualifiche e le distinzioni sopra indicate acquistano rilievo solo dal momento in cui lo Stato di ingresso abbia operato una, seppur sommaria, istruttoria: al momento dell'arrivo, infatti, tutti gli stranieri sono genericamente migranti, tanto più quando si tratta di arrivi di massa, che avvengono per il tramite dei trafficanti di esseri umani, sulle rotte dei quali – come è noto – si raccolgono persone con le nazionalità e le storie più disparate alle spalle.

## **2. I diritti assicurati al rifugiato o al migrante avente diritto a un regime di protezione sussidiaria**

Allo scopo di comprendere la portata della questione *de qua*, occorre innanzitutto accennare brevemente ai casi in cui uno Stato, e in specie l'Italia, sia obbligata ad accogliere il migrante che, in qualsiasi modo, faccia ingresso sul territorio nazionale, o in acque territoriali, o a bordo di una nave in forza ad autorità italiane (poiché quest'ultima – anche qualora si trovi in acque internazionali – esercita giurisdizione extra-territoriale dello Stato<sup>4</sup>).

In primo luogo, ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951, l'Italia è obbligata a non respingere (cosiddetto divieto di *refoulement*) lo straniero che chieda il riconoscimento dello *status* di rifugiato, in quanto abbia fondato timore di una persecuzione personale nel paese di origine, per una serie di ragioni originariamente identificate con questioni di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale, opinioni politiche, e oggi riguardanti anche altri ambiti, quale ad esempio quello delle discriminazioni di genere.

Nel caso in cui non si ravvisino i requisiti per il riconoscimento di tale *status*, ma sussistano comunque fondati motivi per ritenere pericoloso per la vita o l'incolinità dello straniero il ritorno nel paese d'origine, l'Italia riconosce lo *status* di *protezione sussidiaria*<sup>5</sup>. Inoltre, anche in assenza di una minaccia di gravi danni alla persona, l'Italia può autonomamente valutare la sussistenza di ulteriori e serie ragioni umanitarie (ad esempio una situazione di diffusa e generalizzata insicurezza legata a mutamenti di governo nel paese d'origine, o dovuta all'assenza di un'equa distribuzione delle risorse), in presenza delle quali viene co-

4. La Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare, ha affermato che le azioni svolte in alto mare da un'unità navale dello Stato costituiscono un caso di esercizio della giurisdizione extra-territoriale e possono comportare il sorgere della responsabilità dello Stato coinvolto (cfr. *Al-Saadoon e Mufdbi c. Regno Unito*, sentenza del 30 giugno 2009, parr. 85-88).

5. Cfr. art. 5, comma 6°, D. Lgs. del 25 luglio 1998, n. 286 e successive modifiche (T.U. sull'immigrazione).

munque concesso un permesso di soggiorno, in questo caso definito per motivi di *protezione temporanea*<sup>6</sup>.

Va detto, poi, che la Costituzione italiana, all'art. 10, comma 3<sup>o</sup>, assicura allo straniero il diritto di asilo politico in Italia, qualora nel paese d'origine gli sia impedito l'esercizio delle libertà democratiche, come garantite dalla stessa Costituzione italiana. La disposizione costituzionale, com'è agevole desumere già dal tenore del testo, offrirebbe dunque un livello di protezione ben più elevato, poiché garantirebbe protezione da tutti i governi non democratici a prescindere dalla valutazione della situazione personale del richiedente asilo.

In realtà, però, non è mai stata adottata in Italia una legge organica sull'asilo che, in attuazione del dettato costituzionale, fissasse le condizioni, i termini, i modi e gli organi competenti in materia di concessione del predetto diritto. In assenza di tale legge, rimane possibile chiedere in via giurisdizionale il riconoscimento di tale diritto. La giurisprudenza di legittimità, però, con un'interpretazione estremamente restrittiva della norma (in cui le ragioni della politica sono sicuramente prevalse su quelle del diritto), ha in più occasioni ribadito che il diritto di asilo debba intendersi quale diritto di accedere nel territorio dello Stato al fine di ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato o altre forme di protezione internazionale<sup>7</sup>.

Oltre ai casi appena esaminati, ne esistono altri in cui, a prescindere dall'espletamento delle procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o di altre forme di protezione sussidiaria, vige un divieto di *refoulement*, ovvero un divieto di respingimento dello straniero verso il paese da cui proviene (così come verso il paese cosiddetto intermedio, ovverosia verso un paese che lo rimanderà nel paese di provenienza). Il più rilevante, ai fini della presente analisi, è il divieto di respingimento verso un paese ove la persona sia esposta al rischio di tortura o di trattamenti disumani o degradanti. Tale divieto è esplicitamente previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti<sup>8</sup>. Il medesimo divieto, poi, è ricavabile implicitamente dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: secondo

6. Questo è il caso, ad esempio, del D.P.C.M del 5 aprile 2011 – Protezione temporanea, recante *Misure umanitarie di protezione temporanea per i cittadini provenienti dal Nord-Africa affluiti nel territorio italiano dal 1 gennaio 2011 alla mezzanotte del 5 aprile 2011*, pubblicato in "Gazzetta Ufficiale", 81, 8 aprile 2011.

7. Cfr. Cass. ss.uu. sent. n. 4674 del 26 maggio 1997, e tutta la giurisprudenza successiva. Da ultimo, cfr. Cass. ss.uu. ord. n. 11535 del 19 maggio 2009, e, solo per un esempio, *ex multis*, Trib. di Milano, sez. I, 27 settembre 2011.

8. La convenzione è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 ed è entrata in vigore il 26 giugno 1987.

la Corte di Strasburgo, infatti, la norma in esame vieterebbe non solo di sottoporre una persona a tortura o a trattamenti disumani o degradanti, ma altresì di respingerla verso Stati in cui correrebbe il rischio di subire trattamenti del genere (cosiddetta protezione *par ricochet*).

Ad oggi, il divieto di *refoulement* verso paesi che possano praticare forme di persecuzione o di tortura è pacificamente considerato norma di diritto consuetudinario, e in quanto tale vincola anche gli Stati che non siano convenzionalmente obbligati al rispetto del medesimo, come in ogni caso già era per l'Italia<sup>9</sup>. È evidente quale possa essere la portata di tale norma, se correttamente applicata, nella verifica e nel riconoscimento della protezione a favore del migrante da parte del paese d'arrivo.

### **3. Segue: difficoltà di accesso alla protezione internazionale o sussidiaria ed effettività dei diritti**

Le diverse forme di protezione, sopra brevemente descritte, sono garantite in Italia attraverso un complesso *iter* procedimentale che, in ogni caso, deve sempre essere attivato dal migrante, a mezzo di una istanza presentata alle autorità competenti all'arrivo sul territorio italiano. È evidente, quindi, che la prima difficoltà nel garantire effettività alle predette disposizioni risiede proprio nella necessità che il migrante sia consapevole dei propri diritti, o ne sia opportunamente informato all'arrivo, cosa che non sempre avviene.

In questa luce, appare evidente l'illegittimità della prassi dei respingimenti in alto mare (ovverosia prima ancora che l'imbarcazione, a bordo della quale si trovano i migranti, entri nel mare territoriale), oggi illegittimamente praticata e impropriamente ricondotta agli accordi cosiddetti di esternalizzazione, ovvero agli accordi con cui il pattugliamento delle frontiere marittime viene affidato alle forze di polizia dei paesi frontalieri. Non è questo, però, l'unico punto nodale delle disposizioni oggi vigenti che contribuisce ad affievolire un sistema predisposto per la protezione

9. A. Gianelli, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in "Rivista di Diritto Internazionale", 2008, 2, pp. 449-56; e ancora, sempre sulla giurisprudenza della CEDU, cfr. O. Delas, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droit de l'homme: de la consécration à la contestation*, Bruylant, Bruxelles 2011; sullo specifico problema del rispetto del principio di *non-refoulement* durante i cosiddetti pattugliamenti in mare, cfr. G. S. Goodwin-Gill, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, in "International Journal of Refugee Law", 2011, 3, pp. 443-57; e, più ampiamente, anche B. Ryan, V. Mitsileas (eds.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Nijhoff, Leiden 2010.

dei diritti dei migranti, e che ha poi subito innumerevoli – spesso neanche ben coordinati – rimaneggiamenti, sempre approvati in virtù di obiettivi “securitari” e di lotta al terrorismo.

Ora, non è possibile in questa sede esaminare nella sua interezza la procedura prevista, ma può sinteticamente dirsi che di recente, con l'emanazione del D. Lgs. del 28 gennaio 2008, n. 25, dettato per dare attuazione alla direttiva “procedure”<sup>10</sup>, sono stati introdotti alcuni sostanziali miglioramenti alle norme precedentemente in vigore (si fa riferimento al sistema delineato dalla legge del 30 luglio 2002, n. 189, e dal decreto attuativo della medesima), tra i quali appaiono centrali l'eliminazione del trattenimento dei richiedenti asilo nei centri d'identificazione ed espulsione, in virtù della quale i medesimi sono oggi *accolti* in appositi centri<sup>11</sup> (misura in linea teorica da salutare con soddisfazione, anche se, in concreto, rimane molto sottile la linea di demarcazione tra l'accoglienza con parziale limitazione della propria libertà personale e il trattenimento); la previsione di un effetto sospensivo del ricorso presentato avverso il provvedimento delle commissioni territoriali<sup>12</sup> di diniego di riconoscimento dello *status*, che impedisce quindi l'adozione di misure espulsive; la definitiva conferma della giurisdizione del giudice ordinario a conoscere di tale ricorso.

In definitiva, però, i miglioramenti apportati non modificano i principi di fondo che reggono l'intero sistema europeo di immigrazione e asilo, che, seppur con qualche limitata concessione in tema di protezione dei rifugiati e di tutela dei diritti fondamentali, rimane fondato sulla chiusura e sul rigido controllo della frontiera esterna dell'UE, nonché sull'incentivazione (soprattutto economica) dei paesi di transito o di partenza alla riammissione dei migranti.

10. Si tratta della Direttiva n. 2005/85/CE, recante *Norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*.

11. Si distinguono, nell'attuale impianto legislativo, i centri di accoglienza (CARA), nei quali finiscono con l'essere “ospitati” tutti i richiedenti asilo, dei quali sia incerta l'identità o la nazionalità, o che risultino sprovvisti di titolo di viaggio, dai centri di identificazione ed espulsione (CIE), dove sono invece trattenuti coloro che risultino già destinatari di un provvedimento espulsivo o abbiano altrimenti già violato le norme interne in materia di immigrazione.

12. La normativa introdotta dalla legge del 30 luglio 2002, n. 189 (e dal relativo regolamento di attuazione del 16 settembre 2004, n. 303) ha previsto il decentramento dell'organo decisionale attraverso l'istituzione di 7 commissioni territoriali preposte all'esame delle istanze per il riconoscimento dello *status* di rifugiato: inizialmente le commissioni territoriali sono state istituite, in una prima fase, presso le prefetture – uffici territoriali del governo (UTG) di Gorizia, Milano, Roma, Foggia, Crotone, Siracusa e Trapani. Successivamente, con il D.L.gs. del 28 gennaio 2008, n. 25 e la relativa circolare dell'11 marzo 2008, sono state individuate altre 3 commissioni territoriali (a Torino, Caserta e Bari). La commissione nazionale per il riconoscimento della protezione internazionale, invece, esercita oggi compiti di coordinamento e di indirizzo per le commissioni territoriali.

#### 4. I diritti fondamentali garantiti a tutti i migranti: un sistema di protezione per lo più fondato su “obblighi negativi”

A prescindere, poi, dallo specifico regime di protezione accordato a coloro cui è stato riconosciuto lo *status* di rifugiato o quello di protezione sussidiaria, esistono alcune norme internazionali che tutelano lo straniero nel paese in cui si trovi. Tradizionalmente queste norme prevedevano uno standard minimo da rispettare nel trattamento dello straniero e dei suoi beni (e investimenti), e si definivano, appunto, nel loro complesso, norme sul trattamento dello straniero. Si trattava, però, essenzialmente di norme dirette a disciplinare la protezione di stranieri regolarmente residenti sul territorio, e strettamente correlate alla protezione delle attività economiche da questi svolte. Tuttavia, oltre ad essere esigue, queste norme si sono presto rivelate del tutto inadeguate a disciplinare le diverse esigenze derivanti dal fenomeno (prima sconosciuto) di massicci flussi migratori diretti verso l’Italia. In realtà, il principale limite delle norme tradizionali sul trattamento dello straniero risiede nella loro stessa natura e origine: non solo si tratta di norme interstatali, ma anche di norme derivanti dal principio di sovranità dello Stato sul territorio, nelle quali l’individuo rimane relegato in una posizione del tutto secondaria rispetto agli Stati, e ai rapporti tra questi ultimi<sup>13</sup>.

Il diritto internazionale contemporaneo ha così assistito a un progressivo *effetto di sostituzione* dei diritti umani rispetto ai diritti degli stranieri: dal momento che i diritti umani sono in linea di principio assicurati a tutti gli individui, dunque anche al migrante (e a prescindere dalla regolarità o meno del soggiorno di questi), e considerato pure che essi offrono protezione proprio rispetto alle esigenze di tutela più ricorrenti poste all’arrivo dai migranti medesimi, si è appunto verificato che le norme a tutela dei diritti umani intervenissero a coprire parzialmente il settore del diritto degli stranieri, di per sé “bisognoso” di nuove norme che lo disciplinassero<sup>14</sup>.

13. Il potere di espellere lo straniero deriva direttamente dal principio di sovranità dello Stato, in virtù del quale quest’ultimo è libero di decidere sull’allontanamento dello straniero dal proprio territorio. Corollario di questo principio è l’obbligo di riammissione del cittadino espulso, vigente appunto in capo allo Stato di cittadinanza; in tal modo, gli Stati si garantivano reciprocamente l’effettività del potere di espulsione, in quanto vi sarebbe sempre stato almeno uno Stato (quello di cittadinanza) obbligato a riammettere il cittadino espulso.

14. Sull’effetto di sostituzione dei diritti umani rispetto ai diritti degli stranieri e, in generale, sui diritti umani degli stranieri, cfr. R. Pisillo Mazzeschi, *Sui rapporti tra i diritti umani ed i diritti degli stranieri e dei migranti nell’ordinamento internazionale*, in R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Editoriale Scientifica, Napoli 2010, pp. 13 ss.

Si è venuto così delineando un primo, e ristretto, nucleo di diritti fondamentali, assicurati a tutti gli individui, e dunque anche agli stranieri che, non godendo di nessuno specifico regime di protezione, possono individuarsi come *migranti*, a prescindere dalla legittimità del loro ingresso o soggiorno nello Stato. Questo “nocciolo duro” di diritti, oggi, appartiene alle norme di *ius cogens*, ovvero a quelle norme aventi portata generale, in quanto di natura consuetudinaria, e ritenute inderogabili. Viene innanzitutto in rilievo, in questo senso, il *diritto alla vita*, in virtù del quale gli Stati sono obbligati sia ad astenersi da azioni che possano mettere in pericolo la vita degli individui, sia ad adottare misure preventive e repressive necessarie a evitare non solo circostanze concrete di pericolo, ma anche minacce o attentati. In applicazione di tale disposizione, devono ritenersi illecite le espulsioni verso paesi nei quali il migrante sia esposto al rischio di applicazione della pena di morte<sup>15</sup>. Tuttavia, è stato giustamente osservato che l’obbligo di rispettare il diritto alla vita vige anche *durante* le migrazioni, e che quindi i paesi di origine, di transito e di destinazione di un determinato convoglio di migranti sono obbligati ad adottare tutte le misure necessarie per la protezione della vita dei migranti stessi, nelle diverse fasi del viaggio da essi affrontato<sup>16</sup>.

Devono, poi, considerarsi il *divieto di tortura e di trattamenti disumani o degradanti*, e il *divieto di schiavitù*. È incontestato che entrambi i divieti abbiano acquisito, oggi, il rango di norme inderogabili. Per quanto riguarda il divieto di tortura, si è già detto di come esso vada interpretato anche come divieto di espulsione verso paesi ove il migrante possa essere soggetto a pene o altri trattamenti disumani e degradanti. È anche noto che la permanenza nelle carceri in attesa dell’esecuzione della pena di morte (e, a maggior ragione, l’esecuzione della stessa misura) sia stato qualificato come trattamento disumano e degradante<sup>17</sup>. Sotto questo aspetto, il divieto di respingimento vige, per lo meno a livello internazionale, a favore di tutti i migranti, e non solo dei rifugiati.

Quanto al divieto di schiavitù, esso dovrebbe coprire le forme più gravi di tratta, contrabbando e traffico di migranti<sup>18</sup>; tuttavia, ad oggi, non esiste

15. Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Öcalan c. Turchia*, sentenza del 12 marzo 2003.

16. Pisillo Mazzeschi, in *Diritti umani degli immigrati*, cit., p. 17.

17. Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Soering c. Regno Unito*, sentenza del 7 luglio 1989.

18. Per l’individuazione delle condotte cui si fa riferimento, si vedano, per tutti, il *Protocollo sul contrabbando dei migranti*, e il *Protocollo per prevenire, reprimere e punire il traffico di esseri umani, in particolare di donne e bambini*, annessi alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, firmata a Palermo il 15 dicembre 2000.

una prassi applicativa paragonabile a quella sviluppatasi a proposito del divieto di tortura, per cui non risultano altrettanto definiti gli obblighi vigenti in capo agli Stati in applicazione del medesimo.

Oltre a questo ristrettissimo nucleo di norme di *ius cogens*, esistono, poi, alcuni altri diritti che le norme convenzionali sui diritti umani garantiscono a ogni individuo, e dunque anche ai migranti irregolarmente presenti in frontiera o sul territorio di uno Stato. Sotto questo profilo rilevano, innanzitutto, il *diritto alla libertà e sicurezza* dell'individuo che, sia nella sua ampia e dettagliata formulazione di cui all'art. 5 della CEDU, sia così come sancito in altri strumenti internazionali<sup>19</sup>, pone alcune essenziali garanzie in tema di detenzione, che si rivelano fondamentali per i migranti, la cui libertà personale viene – in gradi diversi – ristretta nel corso delle procedure di identificazione, di esame delle domande di protezione avanzate, e in tutti gli altri casi che prevedano la permanenza obbligatoria presso centri di accoglienza, o di identificazione ed espulsione. Tra le garanzie più importanti, vi è l'obbligo di informare il migrante sulle ragioni del suo trattenimento (o detenzione), il diritto di ricorso a un'autorità giudiziaria per verificare la legittimità di tale misura restrittiva, l'obbligo di prevedere una durata non irragionevole della stessa.

Queste garanzie si rivelano tanto più significative, proprio in considerazione della natura amministrativa dei provvedimenti di detenzione o restrizione del migrante, e dunque del più basso livello di controllo e di garanzia che l'ordinamento interno si preoccupa di fissare su tali misure. Si pensi alla detenzione nei CIE (Centri di identificazione ed espulsione) così come oggi disciplinata nel T.U. sull'immigrazione, che prevede la reclusione nei predetti centri in tutti i casi in cui sussista rischio di fuga del destinatario di un provvedimento di espulsione<sup>20</sup>.

19. Cfr. art. 9 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, nonché art. 9 del Patto sui diritti civili e politici.

20. L'art. 13, comma 5<sup>o</sup>-bis, del D. Lgs. del 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. sull'immigrazione), nella sua attuale formulazione, recita: «Nei casi previsti al comma 4<sup>o</sup> [ si tratta di una serie di casi di violazione delle norme sull'ingresso, ma è sufficiente anche che sussista un rischio di fuga] il questore comunica immediatamente e, comunque, entro quarantotto ore dalla sua adozione, al giudice di pace territorialmente competente il provvedimento con il quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera. L'esecuzione del provvedimento del questore di allontanamento dal territorio nazionale è sospesa fino alla decisione sulla convalida [...]. Il giudice provvede alla convalida, con decreto motivato, entro le quarantotto ore successive, verificata l'osservanza dei termini, la sussistenza dei requisiti previsti dal presente articolo e sentito l'interessato, se comparso. In attesa della definizione del procedimento di convalida, lo straniero espulso è trattenuto in uno dei centri di identificazione ed espulsione, di cui all'art. 14, salvo che il procedimento possa essere definito nel luogo in cui è stato adottato il provvedimento di allontanamento anche prima del trasferimento in uno dei centri disponibili [...]».

Viene, infine, in rilievo il *divieto di espulsioni collettive* sancito dall'art. 4, Protocollo n. 4 alla Convenzione europea, nonché oggi dall'art. 19, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, tale divieto comporta l'obbligo per gli Stati di eseguire una istruttoria individuale (ovvero di svolgere un esame *ragionevole e obiettivo*) e di stabilire, per ciascun migrante, identità e nazionalità, in modo tale da emanare, poi, un provvedimento che sia stato *in concreto* adottato in virtù della situazione personale<sup>21</sup>. Il divieto di espulsioni collettive diventa, in tal modo, norma che pone a carico dello Stato di accoglienza un obbligo positivo, di *facere*, ovvero appunto l'onere di condurre la predetta istruttoria; non solo, ma in tal modo il divieto di espulsioni collettive si pone anche come baluardo per la difesa dei diritti dei rifugiati e richiedenti asilo, poiché è proprio grazie all'obbligo di istruttoria e identificazione che essi avranno modo di avanzare la propria domanda di protezione internazionale.

A questo proposito, non può non menzionarsi nuovamente la prassi dei respingimenti in alto mare, di recente divenuta tristemente celebre in Italia, che proprio per i caratteri di estrema sommarietà e di massività degli interventi, risultano praticati in palese violazione del divieto ora menzionato, oltre che di altri obblighi internazionali<sup>22</sup>. Per inciso, bisogna anche considerare che la prassi dei respingimenti in alto mare presenta anche sul

21. Si tratta, quindi, di un controllo che verte essenzialmente sull'iter procedurale che ha preceduto l'adozione dei provvedimenti espulsivi. Se inizialmente, attraverso l'applicazione restrittiva di questo parametro, il giudice di Strasburgo era in più occasioni pervenuto alla conclusione che non vi fosse stata violazione della norma in esame (cfr. *Becker c. Danimarca*, decisione del 3 ottobre 1975; *Alikabs et autres c. Pays-Bas*, decisione del 16 dicembre 1988; *B. e altri c. Pays-Bas*, decisione del 16 dicembre 1988; *Kunzi-Brenzikofer e altri c. Danimarca*, decisione del 13 luglio 1987), in tempi più recenti la Corte si è invece orientata per un esame più "garantista" dei provvedimenti adottati, in cui si tenga conto non solo del dato procedurale, ma anche del contesto in cui essi sono stati emessi e dell'insieme delle circostanze (*Čonka c. Belgio*, sentenza del 5 febbraio 2002); in questo caso, la Corte ebbe modo di osservare che, in primo luogo, le autorità amministrative avevano ricevuto istruzioni riguardanti specificamente i nomadi di origine slovacca; in secondo luogo, numerose famiglie slovacche di nomadi erano state convocate tutte contemporaneamente al Commissariato, per la notifica dei provvedimenti di allontanamento; infine, questi provvedimenti avevano tutti un'identica motivazione: l'insieme di questi elementi, dunque, anche in presenza di provvedimenti adottati nei confronti dei singoli espellendi, faceva concludere a favore di un provvedimento che avesse sostanzialmente natura collettiva).

22. Sul tema si vedano, tra i molti contributi recenti, per i profili internazionalistici, A. Terrasi, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea sui diritti umani*, in "Diritti umani e diritto internazionale", 2009, 3, pp. 591 ss., e S. Trevisanut, *Immigrazione clandestina via mare e cooperazione tra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare*, ivi, pp. 609 ss.; e per un profilo di diritto interno, e specificamente penale, F. Palazzo, *Scriminanti e immigrazione clandestina (a proposito dei cosiddetti respingimenti in alto mare)*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2011, 2, pp. 458 ss.

piano interno profili di illegittimità, in quanto la disposizione di cui all'art. 12, commi 9°-bis, -ter, -quater, -sexies, del T.U. sull'immigrazione prevede espressamente che le navi italiane, dopo avere esercitato il potere di fermare e ispezionare il natante sospettato di trasporto di migranti clandestini, abbiano l'obbligo di riaccompagnarla in un porto dello Stato.

Occorre ancora ricordare che anche il *diritto all'unità familiare* può, in taluni casi, impedire l'espulsione del migrante, quando questi, pur non avendo altro titolo per soggiornare nello Stato ed essendo per questo destinatario di provvedimento espulsivo, possa vantare un concreto interesse a tutelare la propria unità familiare, non separandosi dagli altri membri della sua famiglia (ad esempio, il coniuge) che si trovino regolarmente sul territorio, o con figli minori, il cui interesse superiore sia di rimanere all'interno dello Stato. Non si tratta, però, di un diritto inderogabile, bensì di un diritto soggetto al margine di apprezzamento statale, ovvero di un'ipotesi nella quale lo Stato ha il potere di bilanciare l'interesse del migrante con il proprio opposto interesse alla tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico<sup>23</sup>.

<sup>23</sup>. In applicazione dell'art. 8, par. 1, della Convenzione europea, lo Stato italiano è obbligato a riconoscere all'individuo, e quindi anche allo straniero, il diritto al rispetto della vita privata e familiare. In base a tale articolo, le decisioni incidenti su uno dei diritti previsti e protetti dalla stessa disposizione devono essere giustificate da un bisogno sociale imperioso, e devono risultare proporzionate al fine legittimo perseguito (*Beldjoudi c. Francia*, sentenza del 29 marzo 1992, par. 24; *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, sentenza del 28 maggio 1985, par. 67). Pertanto, qualora la tutela di uno di tali diritti debba essere compresa per ragioni di pubblica sicurezza, lo Stato deve operare un bilanciamento tra l'esigenza di soddisfare i compiti inerenti la sicurezza dei cittadini e l'interesse del singolo al rispetto della vita privata e all'unità familiare. La Corte europea ha più volte posto in rilievo che la valutazione della pericolosità dell'individuo e quindi della necessità del suo allontanamento – ovvero della sua non ammissione – deve essere accertata in modo particolarmente rigoroso. Lo Stato è tenuto a fornire la prova della necessità dell'adozione del provvedimento di allontanamento (sulla necessità di ragioni particolarmente gravi e di una stretta interpretazione delle norme, tra le molte cfr. *Klass et al. c. Germania*, sentenza del 6 settembre 1978, par. 42); in altre parole, lo Stato deve dimostrare che l'allontanamento dello straniero, o il diniego dell'autorizzazione al soggiorno, è *indispensabile*, in una società democratica, per la tutela della sicurezza nazionale, la sicurezza pubblica, il benessere economico del paese o la prevenzione dei reati. La giurisprudenza di Strasburgo ha anche individuato i parametri precisi in base ai quali tale valutazione deve essere effettuata, doverosi tenere conto dei seguenti criteri: *a)* la natura e la gravità dell'infrazione commessa; *b)* la durata del soggiorno nel paese ospite; *c)* il periodo trascorso tra la commissione dell'infrazione e la misura punitiva; *d)* il comportamento dello straniero durante questo periodo; *e)* la situazione familiare dell'interessato, per verificare, in particolare, il carattere effettivo della vita familiare e le difficoltà che l'interessato e i familiari riscontrerebbero nel paese di espulsione (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Boultif c. Svizzera*, sentenza del 2 agosto 2001). Inoltre, in relazione a immigrati entrati da giovani nel paese ospitante, o addirittura di seconda generazione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene che debba tenersi conto di criteri ulteriori, quali i legami particolari e le relazioni sociali stabilite nel

Come si vede, il catalogo dei diritti del migrante è piuttosto esiguo, e non può, in nessun caso, consentirgli un soddisfacente livello di protezione dei propri diritti. Si tratta, inoltre, di garanzie che essenzialmente operano come limiti al potere di respingere, allontanare o espellere lo straniero, e che quindi non sono in grado, nel loro insieme, di disegnare un regime di tutela del migrante, ma soltanto di bloccare l'adozione o l'esecuzione di una misura di allontanamento, mentre il godimento di un più elevato standard di protezione dipende dall'esistenza di un valido titolo di soggiorno. Il migrante irregolare che si trovi sul territorio, invece, rimane sprovvisto di tutela anche rispetto ad alcuni dei più elementari diritti.

### **5. I diritti fondamentali che necessitano di una normativa interna di dettaglio**

Gli strumenti convenzionali di tutela dei diritti umani prevedono che alcuni diritti fondamentali, tra cui il diritto alla salute, all'istruzione, il diritto al lavoro e alcune fondamentali garanzie a favore dei lavoratori, siano garantiti a tutti, quindi anche agli stranieri irregolarmente presenti sul territorio, che risultino *de facto* sottoposti alla giurisdizione dello Stato. Trattandosi, però, di diritti che necessitano di norme interne di attuazione (ovvero di norme che ne disciplinino le modalità di godimento), com'è ovvio, il livello di garanzia che essi effettivamente ottengono all'interno dei singoli Stati è estremamente variabile.

In Italia, sono garantiti a tutti gli stranieri *presenti* (o *dimoranti*, secondo altra definizione) sul territorio gli interventi socio-assistenziali urgenti e indifferibili, necessari per garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti a ogni individuo in base alla Costituzione e alle vigenti norme internazionali. Si tratta, in primo luogo, del diritto a usufruire delle cure urgenti, essenziali e continuative, sancito a livello nazionale<sup>24</sup>, e affidato poi al legislatore regionale, cui spetta il compito di stabilire quali presta-

paese d'accoglienza, dove si è trascorso l'essenziale della propria esistenza e si riceve la propria educazione, l'assenza di legami col paese d'origine, fatto salvo il legame meramente formale della cittadinanza (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mehemi c. Francia*, sentenza del 26 settembre 1997; *Boujlifa c. Francia*, sentenza del 21 ottobre 1997).

24. Cfr. artt. 35, comma 3° del T.U., e 43, comma 2° del D.P.R. del 31 agosto 1999, n. 394, recante *Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'art. 1, comma 6° del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286*, in "Gazzetta Ufficiale", 258, 3 novembre 1999, e successivamente modificato (D.P.R. del 18 ottobre 2004, n. 334). Sulla tutela del diritto alla salute dello straniero irregolare, cfr. L. Chieffi, *La tutela della salute degli immigrati irregolari*, in *Diritti umani degli immigrati*, cit. (cfr. *supra*, nota 11), pp. 183 ss.

zioni offrire allo straniero temporaneamente presente<sup>25</sup>. Viene, poi, in rilievo l'accesso ai servizi educativi per l'infanzia e ai servizi scolastici, di regola garantiti a tutti i minori presenti sul territorio regionale<sup>26</sup>. È evidente l'impatto positivo e “includente” che misure di tale genere possano avere sulla popolazione straniera, formalmente irregolare ma in realtà radicata sul territorio, dove svolge attività lavorativa e ha costituito nuovi nuclei familiari.

Tuttavia, a prescindere dai molti conflitti insorti tra le regioni (intervenute a precisare le modalità di godimento dei diritti considerati fondamentali, spesso ampliandoli in senso “garantista”) e il governo, che in più circostanze ha lamentato una pretesa – quasi mai riscontrata dalla Corte Costituzionale<sup>27</sup> – lesione della propria competenza esclusiva in materia di immigrazione, si tratta comunque di interventi minimi: così, ad esempio, del diritto alla salute, si è finito con l'assicurare solo il diritto alle presta-

25. Acquistano così primaria importanza quelle disposizioni regionali che prevedono l'iscrizione presso il distretto socio-sanitario con scelta del medico e del pediatra di fiducia, nonché la possibilità di usufruire dei servizi dei consultori a tutela della maternità e della gravidanza, delle prestazioni dei centri vaccinali, dei centri di salute mentale e dei servizi per la tossicodipendenza, nonché delle prestazioni per la riabilitazione post-infortunistica. Si veda, ad esempio, l'art. 10 della L.R. Puglia (L.R. 4 dicembre 2009, n. 32, recante *Norme per l'accoglienza, la convivenza civile e l'integrazione degli immigrati in Puglia*, in Bollettino Ufficiale della Regione Puglia”, 196, 7 dicembre 2009)

26. Sul diritto dei minori stranieri all'istruzione e sul tema della discriminazione scolastica, cfr. A. Saccucci, *Diritto all'istruzione e discriminazione scolastica di minori stranieri alla luce delle norme internazionali sui diritti umani*, in *Diritti umani degli immigrati*, cit. (cfr. *supra*, nota 11), pp. 297 ss.

27. Tra le controversie derivanti da interventi delle regioni volti ad *ampliare* l'accesso degli stranieri al sistema di servizi e prestazioni sociali, il più recente ha riguardato la legittimità costituzionale della legge regionale campana (L.R. 8 febbraio 2010, n. 6), su cui la Corte si è pronunciata con sentenza del 25 febbraio 2011, n. 61. Le pronunce della Corte su tale questione sono, in ogni caso, numerose; le prime e più risalenti, nel solco delle quali si è poi sempre espresso la Corte, sono la sentenza sulla L.R. Emilia Romagna (sentenza del 25 marzo 2005, n. 300) e sulla L.R. Friuli Venezia Giulia (sentenza del 14 aprile 2006, n. 156); conformi anche le più recenti pronunzie sulla L.R. Liguria (sentenza del 15 aprile 2010, n. 134), sulla L.R. Toscana (sentenza del 22 luglio 2010, n. 269), sulla L.R. Marche (ordinanza del 22 luglio 2010, n. 275), sulla L.R. Puglia (sentenza del 22 ottobre 2010, n. 299). Non sono, poi, mancati casi in cui il conflitto è stato sollevato in senso opposto, e cioè in relazione a leggi regionali utilizzate per *restringere* e limitare la fruibilità delle provvidenze sociali a favore degli stranieri; censure in questo caso accolte dalla Corte Costituzionale. Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza del 9 febbraio 2011, n. 40, relativa all'art. 4 della L.R. Friuli Venezia Giulia, così come modificato dall'art. 9, commi 51°, 52° e 53°, della L.R. 30 dicembre 2009, n. 24 e alla sentenza del 28 novembre 2005, n. 432, con la quale è stata dichiarata illegittima la disposizione della L.R. Lombardia (art. 8, comma 1°, legge della Regione Lombardia 12 gennaio 2002, n. 1, e successive modifiche) che subordinava al possesso della cittadinanza la concessione di un beneficio, consistente in una tessera per il trasporto gratuito sui mezzi della rete di trasporto regionale rilasciata alle persone con invalidità totale.

zioni indifferibili e urgenti, del diritto all’istruzione solo quello relativo all’istruzione primaria. Altro esempio illuminante è quello della libertà di matrimonio, che viene sì riconosciuta anche a livello interno, ma subordinandola – all’evidente scopo di scoraggiare i matrimoni di comodo – all’esplicitamento di procedure complesse e spesso defatiganti per l’accertamento dell’ stato civile nel paese di origine. In altre parole, nel passaggio dal livello internazionale a quello interno, questi diritti si sono *impoveriti*, nel senso che lo Stato, nel definirne le modalità di godimento, ha finito col limitarne sensibilmente il contenuto. E ciò senza contare che dei numerosi diritti fondamentali sanciti a livello internazionale, e teoricamente destinati a proteggere tutti gli individui, compresi i migranti, molti non sono stati ancora opportunamente disciplinati da norme interne che ne chiarissero il contenuto e le modalità di godimento.

Inoltre, un limite insormontabile nel godimento di questi diritti per gli stranieri irregolarmente presenti sul territorio è rappresentato dalla scarsa – o, meglio, praticamente inesistente – possibilità di tutela giurisdizionale: è chiaro, infatti, che il migrante irregolarmente presente sul territorio, non appena “emerge” dalla clandestinità per rivendicare i propri diritti, rischia di essere destinatario di un provvedimento di espulsione, con la conseguenza che difficilmente sceglierà di adire l’autorità giudiziaria.

## **6. La (scarsa) tutela giurisdizionale dei diritti del migrante**

Un cenno deve, infine, esser fatto alle gravi carenze che l’attuale sistema interno rivela in tema di meccanismi di tutela giurisdizionale. Oltre alla questione cui si è appena fatto riferimento, ovvero all’effetto deterrente che il rischio di espulsione esercita sul migrante irregolare, inibendone l’azione, esistono infatti una serie di ipotesi in cui è l’ordinamento stesso a non prevedere alcuna via di ricorso giurisdizionale avverso i provvedimenti adottati nei confronti del migrante. Si tratta, ancora una volta, di materia estremamente ampia, che non può essere compiutamente esaminata in questa sede<sup>28</sup>.

Due casi risultano, tuttavia, particolarmente significativi, nell’esemplificare i limiti ora indicati.

Il primo è quello dell’espulsione ministeriale per cause legate al terrorismo, così come prevista nel decreto legge Pisanu: non solo il presupposto per l’adozione di tale provvedimento è quello vago – e assolutamente discrezionale – del *sospetto* di terrorismo, e la misura è di esecuzione

28. Per una disamina approfondita e sottile della questione, cfr. R. Pugiotto, “Purché se ne vadano”. *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in “astrid-online.it”.

immediata e senza possibilità di sospensione; laddove ricorrono ragioni di segreto di Stato o di indagine, l'eventuale giudizio di legittimità che il sospettato voglia (dall'estero) promuovere può essere sospeso per almeno due anni<sup>29</sup>.

Il secondo è il caso del respingimento differito in frontiera, che riguarda sia *a)* il migrante che, dopo essere sfuggito ai controlli della polizia di frontiera, sia stato poi fermato subito dopo l'ingresso nel territorio dello Stato; sia *b)* il migrante temporaneamente ammesso sul territorio per necessità di pubblico soccorso<sup>30</sup>. In entrambi i casi, il migrante sarà destinatario di un provvedimento – di natura amministrativa – di respingimento con ordine del Questore di accompagnamento alla frontiera che, non qualificandosi formalmente come espulsione, non è soggetto né a convalida (pur prevedendo una misura coercitiva), né a controllo di merito (sia pur affidato al giudice di pace, come avviene per il corrispondente provvedimento di espulsione), ma prevede soltanto l'eventuale controllo di legittimità del giudice amministrativo.

Si tratta di due esempi che ben dimostrano come l'assenza di tutela giurisdizionale, quando essa operi congiuntamente a una misura di allontanamento dal territorio, abbia l'effetto di porre nel nulla qualsiasi altra tutela prevista a favore del migrante, rendendone materialmente impossibile il godimento per quest'ultimo, in quanto oramai (irrimediabilmente) allontanato dal territorio nazionale. Da questo punto di vista, appare del tutto illusorio (quando non volutamente ozioso) lo sforzo dell'ordinamento interno di precisare e disciplinare il godimento di più raffinati – e, in ogni caso, secondari – diritti, laddove esso non sia collegato alla rimozione di istituti del genere di quelli appena esaminati.

<sup>29</sup>. Cfr. art. 3 del D.L. del 27 luglio 2005, n. 144, convertito con modificazioni nella legge 31 luglio 2005, n. 155.

<sup>30</sup>. Cfr. art. 10, comma 2°, lett. *a*) e *b*) del T.U. sull'immigrazione.