



NUMERO SPECIALE 2 2019
25 MARZO 2019

Diritti fondamentali e immigrazione

di Graziella Romeo

Assistant Professor di Diritto costituzionale
Università Bocconi di Milano



Diritti fondamentali e immigrazione

di Graziella Romeo

Assistant Professor di Diritto costituzionale
Università Bocconi di Milano

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

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

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

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

Il riferimento alla cultura giuridica europea merita di essere precisato. Il diritto europeo ha sviluppato un apparato di norme in tema di immigrazione, intesa quest'ultima nel senso del flusso di cittadini di Paesi terzi che avanzano la pretesa a una collocazione più o meno stabile sul territorio dell'Unione europea. Cionondimeno, si tratta di un sistema normativo disarticolato, soprattutto per ragioni legate all'impostazione iniziale dell'assetto competenziale all'interno dell'UE. Infatti, per un verso, l'immigrazione è stata a lungo concepita come una questione di diritto domestico, sottratta alla competenza delle istituzioni comunitarie, a meno di pertenerne a vicende che esibivano i caratteri della transnazionalità¹. Per l'altro, l'introduzione, nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, di

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

norme relative a questa materia² ha condotto alla produzione di normativa secondaria che ha soprattutto finalità di coordinamento delle discipline nazionali esistenti, sebbene con il dichiarato intento di rafforzarne i profili di tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei migranti³. Negli anni più recenti la Commissione, con l'agenda sulla migrazione, ha annunciato un approccio olistico alla gestione del fenomeno, individuando nella protezione dei migranti lungo le rotte e nell'organizzazione della distribuzione dei rifugiati due elementi fondamentali della politica dell'Unione di breve e lungo periodo⁴. L'agenda europea inquadra così le decisioni emergenziali, ovvero l'approccio *hotspot* e la ricollocazione dei richiedenti asilo dai paesi di primo approdo ad altri Stati Membri⁵, in una strategia finalizzata a una gestione integrata delle migrazioni extra-UE. I due meccanismi da ultimo citati, tuttavia, hanno sollevato una lunga scia di resistenze, sia da parte di governi che sarebbero, di lì a breve, divenuti euroscettici⁶, che da parte di paesi in preda a derive illiberali, così rendendo il fenomeno migratorio un potente catalizzatore di sentimenti anti-europeisti o, per essere più precisi, anti-integrazionisti⁷.

Tutto ciò non sembra aver determinato esclusivamente un rallentamento nell'articolazione di una politica migratoria europea comune efficace, ma anche e soprattutto un complessivo effetto di alterazione della percezione della reale consistenza del problema dell'immigrazione clandestina in ciascun paese europeo. I dati dell'Eurobarometro, analizzati dalla Fondazione dell'Istituto Cattaneo rispetto alle vicende italiane, evidenziano come, in quasi tutti gli Stati Membri, i cittadini europei avvertano la presenza degli immigrati provenienti da paesi terzi in proporzioni nettamente superiori ai dati di realtà⁸.

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Esiste una cultura giuridica europea dell'immigrazione?

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

La Corte di giustizia, per esempio, è intervenuta più volte in questa materia. Per lungo tempo, la prospettiva dei giudici di Lussemburgo è stata quella del rafforzamento della posizione del migrante lavoratore⁹ e della situazione giuridica dei cittadini di Paesi terzi che avessero stabilito interessi di vita nel territorio dell'Unione¹⁰. La Corte ha, in certo senso, ripercorso anche in questa materia le tappe dell'evoluzione del concetto di cittadinanza europea che, da istituto incentrato sulla figura del lavoratore attivo, è progressivamente divenuta catalizzatrice (e attivatrice) di un più ampio spettro di tutele. Di recente, infatti, la Corte ha spostato l'attenzione anche sul non cittadino che non sia attivo nel territorio dell'Unione ed ha evidenziato l'esistenza, nel diritto europeo, di garanzie procedurali in favore del migrante che voglia essere riconosciuto come rifugiato¹¹. Ancora, i giudici di Lussemburgo hanno

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

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

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

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

richiamato la necessità del contributo solidaristico da parte di tutti gli Stati Membri alla gestione dei flussi migratori¹², così valorizzando i principi di solidarietà e corresponsabilità contenuti nell'art. 80 TFUE, una delle basi giuridiche per la produzione di norme secondarie in materia di immigrazione. Da questi brevi cenni, appare chiaro che il contributo dell'UE alla costruzione di una cultura giuridica europea dell'immigrazione è sinora stato parziale ed episodico, ma non modesto o irrilevante.

Sul piano del diritto sostanziale dell'immigrazione nello spazio giuridico europeo, molto significativo è stato anche l'apporto della Corte europea dei diritti dell'uomo sia nella definizione dei diritti dei migranti al momento in cui giungono, sprovvisti di titoli di soggiorno, sul territorio nazionale con una prima pretesa di accoglienza¹³, sia nella determinazione del contenuto dei diritti del non cittadino residente, a prescindere dalla natura regolare o irregolare della sua presenza¹⁴, attraverso il ricorso al principio di proporzionalità e la massima valorizzazione del diritto al rispetto della vita familiare. È poi alla Corte EDU che si deve l'individuazione dell'art. 3 CEDU come base giuridica, complementare rispetto a quella fornita dall'art 33 della Convenzione ONU sui rifugiati¹⁵, per il divieto di respingimento alla frontiera e per la proibizione dell'espulsione e dell'extradizione in presenza di rischio di tortura o di trattamenti inumani e degradanti¹⁶.

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

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

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

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

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

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

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

infatti, di delineare una sensibilità costituzionale europea, sintetizzabile nell'adesione all'idea che il costituzionalismo sia per sua natura cosmopolitico¹⁷. Così, il *Conseil constitutionnel* ha sanzionato le limitazioni dei diritti fondamentali del non cittadino che si traducono in discriminazioni irrazionali, esclusivamente fondate sulla nazionalità. Più di recente, il giudice costituzionale francese ha ricostruito, sulla base del principio di *fraternité*, l'esistenza di un obbligo di solidarietà nei confronti dei migranti, in modo da escludere il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nelle ipotesi in cui un cittadino si adoperi per aiutare un migrante irregolare in difficoltà¹⁸.

La Corte costituzionale italiana ha sviluppato una giurisprudenza complessa e articolata in materia di immigrazione, sintetizzabile, ai fini del presente lavoro, nell'individuazione: a) di una serie di posizioni giuridiche fondamentali che non possono essere oggetto di differenziazione di trattamento tra cittadino e non cittadino, quale che sia la natura della sua presenza sul territorio nazionale; b) dell'elemento del radicamento territoriale, esprimibile nei termini dell'esistenza di interessi di vita stabilmente fondati nello stato italiano e capace di qualificare la pretesa di protezione del non cittadino anche nelle ipotesi in cui quest'ultimo non posseda un titolo di permanenza valido¹⁹.

Ora, si è poc'anzi associata questa giurisprudenza al termine "cosmopolitismo". Il riferimento a una sensibilità cosmopolitica intende qui evidenziare l'esistenza di una tesi, diffusa nella giurisprudenza dei giudici delle leggi, secondo la quale il diritto costituzionale intende preservare il radicamento dei processi decisionali nelle comunità politiche anche quando esprime valori di convivenza universale. In altri termini, il cosmopolitismo costituzionale europeo non implica una completa rinuncia all'identità sottesa al testo costituzionale, ma un dialogo continuo e costante tra la comunità politica radicata e l'*altro*. L'identità consiste, insomma, nell'apertura dialogica, piuttosto che nella conversazione di sé o nella perpetuazione di una convivenza tra individui che condividono la medesima origine. Questo dialogo potrebbe, infine, attivare un percorso finalizzato al pieno inserimento del non cittadino in quella comunità²⁰ che ne risulta inevitabilmente trasformata proprio perché, nella prospettiva del cosmopolitismo costituzionale, il processo politico non è "messo fuori gioco" dall'esigenza di tutelare la posizione di coloro che non ne prendono parte, ma è semmai sollecitato a mutare gli strumenti dell'integrazione sociale e le forme della partecipazione alla vita della comunità. Ciò che il cosmopolitismo costituzionale richiede è la ridefinizione della comunità politica su basi diverse da quelle identitarie, a

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

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

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

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

prescindere da quale sia la forma in cui l'identità si aggrega (religiosa, etnica, nazionale, culturale). Il cosmopolitismo costituzionale costruisce il percorso della partecipazione politica nella consapevolezza dell'esistenza di differenze irriducibili in nuclei di identità contrapposti e perennemente in lotta per l'esclusione dell'*altro* da una parte, e la resistenza all'allontanamento dall'altra. Tale consapevolezza, poi, conduce alla necessità di trovare accomodamenti di interessi, che possono ben risolversi – e talvolta si risolvono – nell'assegnazione di priorità a coloro i quali abbiano legami qualificati con il territorio di un determinato stato. Così può succedere che all'immigrato irregolare vengano riconosciute solo le prestazioni essenziali inerenti al diritto fondamentale alla salute²¹ e non la pienezza di quest'ultimo o ancora, e più significativamente, che il percorso di cittadinanza – con il conseguente riconoscimento del diritto di voto – passi attraverso test linguistici e culturali per attestare l'esistenza di un legame profondo tra l'individuo e lo stato²².

Il cosmopolitismo costituzionale deve essere dunque tenuto distinto tanto dall'universalismo, quanto dalla teoria dei diritti umani, in quanto esso tenta di fornire risposta a una domanda diversa da quella affrontata sia dall'universalismo, che dalla *human rights theory*. Questa domanda consiste nella ricerca di formule per assicurare la convivenza politica di individui portatori di interessi e di identità complesse, non necessariamente catturabili dalla formula “diritto umano universale”. Al quadro della complessità delle comunità politiche non sono, in altri termini, sottratti elementi di specificazione al fine di renderlo governabile da un insieme di regole minime comuni o, per meglio dire, di *minimum standard*, come invece propongono di fare le teorie universalistiche dei diritti²³.

Questa cultura giuridica europea dell'immigrazione è un prodotto in buona parte giurisprudenziale e dottrinale, mentre il decisore politico ha un atteggiamento generalmente più oscillante. A una fase di espansione dei diritti del non cittadino, coincidente con gli anni novanta del Novecento²⁴, sono seguite ondate di rimodulazione della legislazione esistente in una duplice prospettiva. Innanzitutto si è assistiti a un progressivo inasprimento delle regole sull'ingresso dei cittadini non europei in ragione della prioritizzazione della sicurezza nazionale, a causa del crescente allarme per la diffusione dell'estremismo jihadista in Europa. In secondo luogo, si è andati incontro a una lenta ma costante riduzione delle tutele

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

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

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

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

sociali, vero motore dell'integrazione, del non cittadino per via della generalizzata contrazione della spesa pubblica associata alla prestazione di servizi essenziali²⁵. L'effetto complessivo prodotto da queste concause sembra essere una divaricazione sempre più evidente tra il trattamento dell'immigrato lavoratore regolare e la condizione dell'insieme degli individui che migrano in Europa alla ricerca di *chances* di vita migliori, vuoi perché fuggono da una qualche forma di persecuzione, vuoi perché mirano a costruire per sé prospettive di realizzazione personale impraticabili nei paesi di origine. Questa divaricazione, a sua volta, segna tendenzialmente il confine tra l'immigrazione regolare, perché assistita da un permesso di soggiorno per motivi di lavoro, e l'immigrazione irregolare perché sprovvista di un titolo di ingresso e di permanenza sul territorio nazionale. In questo contesto, lo *status* di rifugiato è la situazione giuridica che meglio assiste la pretesa di protezione che giunge da coloro che intendono stabilirsi in Europa per fuggire da condizioni di vita insostenibili. Si tratta, tuttavia, di una soluzione inappagante e provvisoria dal momento che essa poggia su di un'interpretazione estensiva di un istituto – il rifugio politico – congegnato per tutelare individui portatori di istanze in buona parte diverse da quelle che giungono ora dal “sud del mondo”. Diversamente detto, vi sono ragioni, distinte dalla consapevolezza della dimensione politica dei problemi che affliggono le popolazioni che decidono di migrare in Europa, che dovrebbero spingere a un ripensamento delle soluzioni giuridiche apprestate a fronte delle ondate di migrazione. Queste ragioni hanno a che fare con le disuguaglianze globali e con le difficoltà di realizzazione lavorativa e personale in una fase di estrema competizione economica tra ordinamenti²⁶. Uno degli interrogativi più complessi ai quali si giunge percorrendo la strada del cosmopolitismo costituzionale è proprio questo: esiste un obbligo, per ciascuno stato nazionale, di solidarietà rispetto a una pretesa di eguaglianza delle *chances* di partenza che non sia radicata nell'appartenenza alla medesima comunità politica?²⁷

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

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

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

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

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

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

Per rimanere entro i confini nazionali, devono essere menzionati: il diniego dell'ingresso ai porti per le navi che trasportano migranti clandestini²⁸, l'introduzione di norme che puniscono il soccorso in mare nella misura in cui questa condotta sia approssimata all'agevolazione dell'immigrazione clandestina²⁹, la riduzione delle forme di protezione internazionale in favore dei rifugiati³⁰, la velocizzazione delle procedure di concessione dello *status* di rifugiato al costo dell'abolizione di un grado di appello³¹, il progressivo trasferimento del controllo delle frontiere presso i luoghi di partenza dell'immigrazione, anche al costo del sacrificio dei più basilari principi umanitari³². L'insieme di questi strumenti rappresenta

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

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

³⁰ Cfr. Art. 1, d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (in Gazzetta Ufficiale, Serie generale, n. 231, del 4 ottobre 2018), nel testo coordinato con la l. di conversione 1 dicembre 2018, n. 132 (in Gazzetta Ufficiale, Serie generale, n. 281, del 3 dicembre 2018), recante Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

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

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

una testimonianza di una sempre più evidente tendenza ad assegnare priorità alla protezione del territorio e, più in generale, della *polis* nazionale ad ogni costo e in assenza di operazioni di bilanciamento degli interessi in gioco ispirate alla tutela dei diritti. Al contempo, le istanze di conservazione delle risorse nazionali in favore dei concittadini, fondate sul presupposto che sia *naturale* indirizzare la solidarietà verso i coloro che appartengono per nascita a una certa comunità politica³³, sono rappresentate nel dibattito pubblico come scelte politiche urgenti ed essenziali per garantire la pace sociale e la stabilità economica degli stati³⁴. E ciò nonostante non siano pochi gli studi e le rilevazioni degli economisti sul contributo degli immigrati alla tenuta finanziaria dei sistemi di *welfare*, soprattutto in una prospettiva di lungo periodo³⁵.

Questi elementi di tensione tra una sensibilità costituzionale europea incline al cosmopolitismo e una crescente riscoperta della comunità politica nazionale definita su base identitaria³⁶ pongono in risalto, ancora una volta, la duplice natura collettiva e individuale del fenomeno migratorio. Si assiste, in altri termini, a tentativi continui di occultare nella dimensione collettiva – l’immigrazione come problema di sicurezza e di ordine pubblico – l’esistenza di sfere di posizioni giuridiche individuali, radicate in un tessuto normativo e giurisprudenziale costruito nel corso degli anni dalle istituzioni nazionali ed europee. Per questa ragione, questo monografico affronta l’immigrazione come evento prima di tutto individuale,

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

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

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

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

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

Questa prospettiva non consiste in un generico appello ai diritti umani. Al contrario, questo progetto editoriale intende circostanziare le pretese di tutela rispetto al preciso momento in cui si esprimono e rispetto alla specifica condizione di chi ne è portatore. Nell'elezione di questo punto di vista è chiara anche l'autonomia concettuale del diritto dell'immigrazione rispetto alla teoria degli *human rights*. Quest'ultima tratta le differenze tra gli esseri umani come sempre meno rilevanti per la definizione di regole di condotta e diritti individuali³⁸, mentre il primo muove dal presupposto che la specifica condizione del singolo, compresa la sua provenienza geografica, abbia un rilievo nel momento di articolare la pretesa di riconoscimento di un diritto a essere ammesso nel territorio di uno stato e, dunque, al godimento delle *chances* di vita e realizzazione personale che possano dischiudersi. Il diritto dell'immigrazione, interpretato alla luce dei diritti fondamentali, cerca di trovare un canale di comunicazione tra la teoria dei diritti umani, quale universo delle possibilità di protezione, e la concreta articolazione di pretese nel contesto di una comunità politica che ha legittimi strumenti di selezione di quella porzione delle istanze di riconoscimento di diritti che può o, in alcuni casi, deve essere accolta.

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

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

4. Considerazioni conclusive

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

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

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

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

significanza politica è soppiantato dal peso delle rivendicazioni individuali, radicate nel diritto costituzionale domestico³⁹, prima ancora che nel diritto sovranazionale.

Questo monografico affronta, dunque, il tema dell'immigrazione eleggendo il punto di vista dei diritti fondamentali, senza però trascurare del tutto l'esistenza di una dimensione collettiva dell'immigrazione poiché lo scopo è, in ultima analisi, affrontare la realtà dei problemi. Le pretese individuali, infatti, si aggregano sino a diventare, talvolta, rivendicazioni di gruppo⁴⁰, così ancora interrogando la comunità politica non solo rispetto alle vicende dei singoli, ma rispetto al movimento storico dei migranti. In questo senso, le soluzioni giuridiche devono esibire un doppio orientamento (e un doppio senso di responsabilità), verso il migrante-individuo e verso i migranti-collettività.

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

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

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

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