



Diritto Civile

I diritti fondamentali sono diritti di tutti? Uguaglianza, solidarietà e stereotipi nel trattamento dei migranti.

di [Rita Russo](#)

10 gennaio 2020

I diritti fondamentali sono diritti di tutti?

Uguaglianza, solidarietà e stereotipi nel trattamento dei migranti[\[1\]](#)

di Rita Russo

Sommario: 1.- Uguaglianza e diritti fondamentali. 2.- I diritti dei migranti, la solidarietà e gli stereotipi. 3.- Il ruolo del giudice e le aree di criticità del processo decisorio: la tipicità delle misure di protezione e l'horror vacui.

1. Uguaglianza e diritti fondamentali

Il tema dei diritti fondamentali dei «non cittadini» e dei migranti in particolare, trova un suo spazio negli studi della dottrina, che si interroga anche su ciò che cambia nel nostro pensiero e nelle categorie giuridiche a noi familiari quando ci confrontiamo con fenomeni di massa come le migrazioni[2]. E chi opera nella pratica non sfugge a questi interrogativi, resi ancora più pressanti dalla necessità di trovare e mantenere un percorso dritto, nel sovrapporsi di disposizioni normative talora carenti, talora contraddittorie, talora apparentemente superflue.

L'art. 3 della Costituzione italiana, nell'enunciare il principio di uguaglianza e di pari dignità sociale, si riferisce invero ai «cittadini»[3]. Sembra qui vedersi una traccia dell'incontro (o dello scontro) tra alcune delle tradizioni giuridico-filosofiche che hanno caratterizzato il dibattito costituyente: la concezione universalistica dei diritti, incline a riconoscere un complesso di pretese originarie direttamente alla «persona umana» in quanto tale, di cui è espressione la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, e la concezione stato-centrica dei diritti, incline, invece, a considerare titolari di taluni diritti costituzionali i soli «cittadini».

La dottrina moderna e la stessa Corte Costituzionale avvertono però che i diritti fondamentali devono essere riconosciuti a tutti, incondizionatamente, poiché spettano «ai singoli, non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»[4]. Se, infatti, si muove dalla premessa del carattere autenticamente fondamentale di alcuni diritti, obbligata è la conseguenza che essi, proprio perché tali, devono essere riconosciuti a tutti, e a tutti nel medesimo modo o grado senza, dunque, distinguere tra parte e parte dei diritti stessi[5].

Questo significa che il principio di uguaglianza sostanziale si applica in eguale misura a cittadini e non cittadini?

Il «non cittadino» infatti, può essere una persona che vive ed è integrata nel tessuto sociale nazionale senza alcuna particolare condizione di svantaggio, ma può essere anche una persona in condizione di speciale vulnerabilità. Per queste persone, il riconoscimento dei diritti fondamentali passa necessariamente attraverso l'attuazione del principio di uguaglianza sostanziale. Ciò che più conta, infatti, non è l'enunciazione di un diritto, ma la misura in cui esso può farsi valere, una volta che sia astrattamente riconosciuto come tale, e ciò dipende da molti fattori, in specie dal contesto in cui si iscrive[6].

Se conveniamo che anche per i non cittadini, in quanto persone, lo Stato deve agire per rimuovere gli ostacoli limitativi, dobbiamo però essere consapevoli che l'impegno che si deve spendere per tutelare i diritti dei soggetti vulnerabili, e dei migranti in particolare, potrebbe rivelarsi particolarmente oneroso. Se è alto l'ostacolo, deve essere alto anche il salto, ed è

risaputo che le risorse non sono illimitate: questo non significa però che non devono essere investite, semmai, che non devono essere sprecate.

Non possiamo fare differenze di trattamento tra cittadini e non cittadini quando sono in gioco i diritti fondamentali.

La Dichiarazione dei Diritti Umani del 1948 avverte che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo e con questo si rimarca definitivamente la distanza tra gli ordinamenti fondati sui diritti umani e quelli fondati sugli status, questi ultimi sulla falsariga del diritto romano, dove il *civis*, libero, cittadino e anche maschio – *pater familias* o idoneo a esserlo- era al vertice della scala sociale: *vir ac vere romanus*. E' vero che non si trattava di un privilegio, nel senso in cui lo intendiamo oggi; l'essere *civis* era caratterizzato da incisivi doveri verso gruppi politico-sociali molto più importanti dell'individuo: la *familia*, la *gens*, la *res publica*. Nondimeno, lo status era ciò che faceva la differenza tra individuo e individuo, e talora anche tra soggetto e oggetto di diritto.

Oggi, invece, la dottrina avverte che i diritti fondamentali agiscono quali agenti dissolutori degli status^[7] e che l'idea di persona umana, nel suo porsi al centro del disegno costituzionale, porta naturalmente a quest'esito^[8].

I diritti fondamentali della persona dunque: diritti che sono inviolabili, nella accezione del termine data dall'art. 2 della Costituzione, e questo significa che essi attraversano le epoche storiche, pur se si storicizzano e positivizzano, caricandosi di valenze diverse da luogo a luogo e nel tempo.

I diritti devono necessariamente storicizzarsi e positivizzarsi: in primo luogo perché, come è stato autorevolmente osservato, occorre fissare degli argini, a presidio dei «veri» diritti fondamentali, avverso la innaturale conversione di certe pretese in diritti costituzionali, dal momento che un uso inflazionistico e dozzinale della categoria finirebbe con il ritorcersi proprio avverso i diritti stessi, con implicazioni negative a largo raggio nei riguardi dell'intero tessuto sociale ed ordinamentale^[9].

Inoltre, il diritto fondamentale rappresenta un valore: l'ordinamento lo riconosce e lo tutela in quanto una certa collettività si riconosce in quel valore di cui esso è espressione.

Qui viene in rilievo una questione storicamente assai dibattuta, prima ancora che dai giuristi, dai filosofi, e cioè quale sia il fondamento dei diritti. Il dibattito è assai complesso, ma vale la pena di ricordare che è oggi abbandonata l'idea giusnaturalistica che i diritti si possano considerare

giustificati perché dedotti da un dato obiettivo e costante quale la natura umana (che in altre prospettive, ad esempio quella teocratica, può essere sostituito dalla ragione divina), ovvero che costituiscano verità per sé stesse evidenti e cioè valori ultimi; oggi si ritiene invece di giustificare i diritti mostrando che sono poggiati sul consenso e quindi il diritto (e il valore) tanto più è fondato quanto più è acconsentito[10]. Il consenso è cristallizzato nelle Carte dei valori o Carte dei diritti fondamentali: basti qui ricordare la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, ma senza per questo sminuire l'importanza della nostra Costituzione.

In queste Carte dei valori la persona è definita dal concetto di dignità umana: essa indica la qualità e il valore che appartengono all'individuo in quanto tale. In diverse decisioni della Corte Costituzionale appare il riferimento alla dignità: ad esempio, è stato detto che «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»[11].

Di recente, anche la Corte di giustizia dell'UE si è soffermata sul concetto di dignità, con particolare riferimento ai diritti dei migranti ed ha affermato che il divieto imposto dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (proibizione di tortura e trattamenti inumani e degradanti) ha carattere generale ed assoluto ed è strettamente legato al rispetto della dignità umana. La Corte rileva che anche nei paesi dell'Unione possono darsi in concreto specifiche carenze sistematiche, generalizzate o che colpiscono gruppi determinati di persone (nella specie i migranti) che raggiungono livelli di gravità tali da integrare trattamento degradante. Ciò in quanto si superi, però, una certa «soglia» di gravità delle carenze[12].

Ed invero, i diritti fondamentali sono inviolabili, ma ciò non significa che non siano soggetti a limiti: la persona, in cui il diritto si immedesima e si concretizza, vive in un contesto sociale e la società moderna è una società pluralistica, con i suoi tipici fenomeni di interessi, bisogni, valori spesso in conflitto tra loro. Si deve allora operare un bilanciamento affinché l'esercizio di un diritto fondamentale non venga a confliggere con altri interessi e diritti di pari rilievo[13].

La Corte Costituzionale ha riconosciuto, ad esempio, la possibilità per il legislatore di introdurre norme limitative dei diritti degli stranieri, volte a regolare i flussi di immigrazione nel territorio dello Stato, purché il bilanciamento operato sia adeguato e ragionevole[14].

Né va trascurata la circostanza che il riconoscimento del diritto ha il suo speculare nell'adempimento del dovere, e che a tutti può chiedersi l'adempimento di doveri inderogabili,

qual è quello di solidarietà, non solo sociale, ma anche economica e politica.

La solidarietà appunto: essa è stata definita come «il collante» che unisce e salda tutti i valori^[15]. Questa potrebbe essere la risposta all'interrogativo -niente affatto retorico- che sopra si è posto: il principio di uguaglianza sostanziale si applica un eguale misura a cittadini e non cittadini? E se i «non cittadini» sono migranti irregolari?

Il contesto in cui si iscrivono i diritti dei migranti irregolari, è invero particolarmente complesso. La definizione di migrante irregolare non è di per sé indicativa di un centro di interessi definito. E' migrante irregolare colui che entra (o si trattiene) nel territorio dello Stato senza avere un permesso di soggiorno; ma all'interno di questo gruppo di persone genericamente definite dall'azione di varcare irregolarmente il confine dello Stato, possiamo individuare soggetti e centri di interessi diversi. Migrante irregolare può essere – nel momento in cui varca il confine- il rifugiato, la persona in fuga dalla guerra; la persona in cerca di una chance di lavoro e di successo economico; la donna rapita o adescata con promessa di lavoro e costretta alla prostituzione; il bambino rimasto privo dei genitori, deceduti durante il viaggio; il minorenne che, considerato adulto nel contesto di provenienza, è mandato dai parenti a cercar miglior fortuna altrove. Vi sono migranti che hanno diritto a ottenere il permesso di soggiorno nonostante l'ingresso irregolare nello Stato, e migranti che questo diritto non hanno. Il tutto poi è da inquadrarsi nel contesto delle regole comunitarie ed internazionali, degli accordi per la identificazione e redistribuzione dei migranti e delle esigenze di sicurezza e di regolamentazione dei flussi di migrazione economica, in relazione alle capacità del mercato interno di assorbire l'offerta di lavoro.

In questo scenario si muovono gli attori istituzionali: il legislatore, cui sono rimesse scelte discrezionali e politiche che tuttavia non possono eccedere quel margine di apprezzamento, oltre il quale si evidenzia il conflitto con le norme costituzionali o con le norme delle convenzioni e dei trattati internazionali; la dottrina, della cui importanza si è detto; e il giudice, chiamato a dare l'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa -ma anche orientata dalle altre Carte dei valori- e, in alcuni casi, anche a svolgere attività integrativa a fronte delle lacune, vere o apparenti, dell'ordinamento.

2. - I diritti dei migranti, la solidarietà e gli stereotipi

Muovendo quindi dall'idea che la solidarietà è il valore circolare che informa di sé gli altri valori costituzionali e che se non «prendiamo sul serio» la solidarietà^[16] non possiamo neppure attuare il principio di uguaglianza sostanziale, proviamo a declinare in concreto la solidarietà nel contesto del fenomeno migratorio, o quantomeno in alcuni aspetti di esso.

E' stato autorevolmente affermato che il soccorso è la prima espressione di solidarietà offerta ai migranti; la seconda è l'accoglienza e la terza è (o meglio *dovrebbe* essere) lo smistamento^[17].

E' facile intendere perché soccorso e accoglienza sono da considerare espressione di solidarietà, specie ove si pensi alle note e drammatiche modalità dell'ingresso, e all'obbligo di soccorso posto dalla Convenzione di Montego Bay del 1982, ratificata dallo Stato italiano con legge n. 689/1994.

Soccorso e accoglienza quindi; ma dopo di ciò anche lo smistamento, e qui qualcuno potrebbe chiedersi cosa questo ha a che fare con i diritti fondamentali, poiché la parola "smistamento" sembra evocare una operazione di distribuzione meramente pratica. Si tratta invece di uno snodo fondatamente per la tutela dei diritti, e per iscrivere la loro tutela nel contesto in cui viviamo e operiamo.

L'Agenda europea sulla migrazione rileva che l'attuale pressione migratoria è caratterizzata da un flusso misto di richiedenti asilo e migranti economici. Gli stereotipi tendenziosi, osserva la Commissione UE, preferiscono spesso guardare solo ai flussi di un determinato tipo, sorvolando sulla complessità intrinseca di un fenomeno che esercita molti e diversi effetti sulla società e che richiede molte e diverse risposte. Tra le risposte che l'UE si è proposta di dare, oltre al salvataggio delle vite in mare, vi è la riduzione degli incentivi alla migrazione irregolare, e una forte e comune politica dell'asilo. Se, in prospettiva, affrontare le cause profonde della migrazione irregolare e forzata direttamente nei paesi terzi può ridurre il flusso migratorio e contenere soprattutto la migrazione economica, non si può però e non si deve derogare al sistema dell'asilo, politica comune che deve anzi essere rafforzata^[18].

Il diritto di asilo è uno di quei diritti che hanno un fondamento, da rinvenirsi non solo nell'art. 10 della Costituzione, ma anche negli artt. 18 e 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'art. 18, volto a proteggere il diritto d'asilo, nel rispetto delle norme poste dalla Convenzione di Ginevra; l'art. 19 sul divieto di allontanamento, espulsione e estradizione se la persona corre il serio rischio di essere sottoposta a pena di morte, torture altri trattamenti inumani o degradanti. Da ricordare poi che l'art. 78 del TFUE stabilisce che l'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione

internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. La Convenzione EDU, infine, rimarca il divieto di espulsioni collettive (art. 4 Prot.4); inoltre, il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, di cui all'art. 3 CEDU (che ha il suo corrispondente nell'art. 4 della Carta di Nizza), è inderogabile e pertanto in nessun caso e per nessuna ragione i migranti possono essere rinviiati verso un paese ove corrono il rischio di subire un trattamento degradante.

Anche il diritto di asilo, come tutti i diritti fondamentali, è soggetto a bilanciamento con altri diritti di pari rango; si è però autorevolmente affermato che esso non può subire limitazioni intrinseche, cioè del suo contenuto, per effetto di considerazioni di carattere generale o generico. Per questo, come per tutti gli altri diritti fondamentali, le condizioni esterne non incidono sul contenuto dei diritti, ma solo sul grado di possibile attuazione pratica degli stessi^[19].

Del resto, il diritto di asilo deve essere visto necessariamente nella sua dimensione dinamica. Esso si concretizza nel momento in cui allo straniero è impedito, nel suo paese, l'effettivo esercizio delle libertà democratiche, e pertanto il suo contenuto è definito dal contenuto di altri diritti fondamentali, lesi o esposti a rischio nel paese di origine: la vita, la incolumità personale, la libertà religiosa, l'identità personale e di genere, solo per citarne alcuni, e naturalmente, la dignità umana, che è la radice stessa di tutti i diritti fondamentali. Questa è la ragione per la quale la legge nazionale, nel quadro delle norme sovranazionali di cui si è detto ed in attuazione delle Direttive UE in materia, prevede forme diverse di protezione, in relazione al rischio cui sono esposti i diritti dello straniero e prevede anche che, al cessare del rischio, termini la misura di protezione. Già questo dovrebbe assicurare sulla non idoneità dell'asilo a divenire un «diritto tiranno»: si tratta di un diritto già di per sé limitato dal fattore tempo e dalla mutevolezza delle condizioni di rischio.

La Commissione UE, nella sopra citata Agenda sulla migrazione, indica la necessità di una forte politica comune dell'asilo e ci mette in guardia dagli «stereotipi tendenziosi». Vale la pena di soffermarsi su questo concetto, non per analizzare le ragioni dell'uso degli stereotipi da parte dei soggetti che a vario titolo si occupano di migrazione, quanto per avvertire dei rischi connessi all'uso dello stereotipo.

Identificare indistintamente tutti i migranti irregolari come migranti economici significa avviarli alla espulsione collettiva senza avere preso in adeguata considerazione la loro storia individuale e quindi, tra l'altro, rischiare le condanne della Corte EDU, come è avvenuto nel caso Hirsi^[20].

Si deve considerare che la persona da tutelare come richiedente asilo non è solo la persona che ha presentato domanda di protezione internazionale, ma anche colui che manifestato la volontà di chiedere tale protezione, o ancora, in taluni casi, la persona per la quale sussistono «indicazioni» sul desiderio di richiedere protezione[21]. La Corte EDU ha in più occasioni rimarcato che «la mancanza di informazioni costituisce l'ostacolo maggiore all'accesso alle procedure d'asilo»[22]. Il migrante, infatti, non sempre è in condizione di esprimere una volontà libera, informata e consapevole: la sua volontà può essere viziata da ignoranza, da stati transitori di incapacità, spesso legati al trauma del viaggio, dalle altrui minacce o pressioni. Si pensi alle donne vittime di tratta, che sono molto restie a rivelare di essere state trattate per paura di ritorsioni -anche sulla famiglia rimasta in patria- o per superstiziosa soggezione a riti magici[23] e che ignorano che esistono percorsi di speciale tutela per la loro situazione. In questi casi è particolarmente importante prestare attenzione agli indicatori di una situazione di speciale vulnerabilità, offrire le informazioni pertinenti, ma anche dare tempo, per elaborare la decisione di svincolarsi dai trafficanti.

Altrettanto insidioso però, può essere lo stereotipo del migrante irregolare visto come soggetto avente diritto per definizione all'asilo o quantomeno da avviare, quasi automaticamente, alle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale. Anche per l'asilo vale infatti la profonda osservazione della dottrina,[24] già sopra esposta, sull'uso inflazionistico del diritto, che si ritorce avverso il diritto stesso, con implicazioni negative a largo raggio nei riguardi dell'intero tessuto sociale ed ordinamentale; avviare indistintamente tutti i migranti alle procedure di asilo rischia di rendere indistinta la configurazione del diritto stesso. Sul piano pratico poi, ciò contribuisce a rallentare le procedure di riconoscimento gonfiando a dismisura i ruoli degli organi giudicanti. Con l'effetto perverso finale che molte persone che vivono e soggiornano regolarmente in Italia (come richiedenti asilo) e quindi maturano in condizioni di piena legalità una integrazione sociale ed economica, si trovano, dopo sei o sette anni di regolare permanenza sul territorio, a dover fare i conti con la definitività di un rigetto della domanda di asilo e con un possibile rimpatrio. Con quel che segue, anche in termini di capacità del nostro Stato di rendere effettivo il rimpatrio: si tratta di persone che, se non rimpatriate, diventano fantasmi senza identità, facile preda di sfruttamento lavorativo e della criminalità organizzata.

3. - Il ruolo del giudice e le aree di criticità del processo decisorio: la tipicità delle misure di protezione e l'horror

vacui

Il ruolo del giudice in questa materia è particolarmente complesso.

In termini generali, il giudice è chiamato ad applicare la legge secondo una interpretazione orientata, oltre che dalla logica e dalla individuazione della *ratio legis*, anche dai principi e dai valori. La presenza di una pluralità di principi, dati da più Carte dei valori, comporta l'esigenza del bilanciamento, che è operato in primo luogo dalla Corte costituzionale, ma anche dal giudice comune[\[25\]](#).

Vi è poi un'area di possibile espansione dell'intervento del giudice e si tratta dei casi in cui, a causa della mancanza di norma di legge idonea a valere per la singola vicenda processuale, la norma stessa viene desunta dai principi costituzionali[\[26\]](#). Nondimeno, avverte la Corte di legittimità, il compito del giudice non è quello di sostituirsi al legislatore: il giudice comune è «chiamato, non a produrre un *quid novi* sulla base di una libera scelta o a stabilire una disciplina di carattere generale, ma a individuare e dedurre la regola del caso singolo, bisognoso di definizione, dai testi normativi e dal sistema»[\[27\]](#).

Alla luce di queste considerazioni, si può esaminare una rilevante area di criticità del processo decisorio che è quello della tutela dei soggetti specialmente vulnerabili nel sistema della protezione internazionale.

Prima del D.L. 113/2018 (decreto sicurezza) convertito con modificazioni dalla L. 132/2018, il sistema dell'asilo era considerato completo e perfettamente attuativo del disposto dell'art. 10 Cost., perché alle misure di protezione tipiche (status di rifugiato, protezione sussidiaria) se ne aggiungeva una atipica, ma avente comunque il suo fondamento nella legge, comunemente chiamata protezione umanitaria, dal nome del permesso di soggiorno previsto dall'art. 5, comma 6, del D.lgs. 286/1998 (oggi abrogato). Si trattava di una tutela a carattere residuale posta a chiusura del sistema, in posizione di alternatività rispetto alle due misure tipiche di protezione internazionale. I motivi di carattere umanitario per il rilascio del permesso di soggiorno si identificavano con riferimento alle Convenzioni internazionali che autorizzano o impongono al nostro Paese di adottare misure di protezione a garanzia dei diritti umani fondamentali e che trovano espressione e garanzia anche nella Costituzione, in forza dell'art. 2 Cost.[\[28\]](#).

La Corte di Cassazione, nell'esaminare il caso forse più discusso, e cioè l'inserimento sociale e lavorativo in Italia e l'inevitabile regresso socioeconomico che comporterebbe il rimpatrio, ha

fatto riferimento alla dignità, quale parametro essenziale della valutazione. In particolare si è affermato che il giudice deve operare una valutazione comparativa effettiva al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile, costitutivo dello statuto della dignità personale, in comparazione con la situazione d'integrazione raggiunta nel paese di accoglienza[29].

Questo era il quadro, fino alla emanazione del D.L. 113/2018, che ha disposto l'abrogazione dell'art. 5, comma 6, del TU immigrazione nella parte in cui consentiva il rilascio del permesso di soggiorno per «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano». Sono state, invece, mantenute alcune ipotesi tipiche di permesso di soggiorno: «per motivi di protezione sociale» (art. 18 TU), «per le vittime di violenza domestica» (art. 18 bis TU) e per «ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo» (art. 22, comma 12 quater TU). Unitamente a questi, sono stati inseriti nel TU altri casi speciali di permesso di soggiorno: il permesso «per cure mediche» (art. 19, comma 2, lett. d bis TU), «per calamità» (art. 20 bis TU) e «per atti di particolare valore civile» (art. 42 bis TU). Secondo la circolare del Ministero dell'Interno del 19.1.2019 è solo all'interno perimetrale di tali ipotesi che attualmente le forme di tutela complementare trovano applicazione, fatti salvi i casi di riconoscimento della protezione internazionale.

Una prima questione che la giurisprudenza ha affrontato è quella dell'applicazione di questa disciplina legislativa ai giudizi in corso e sulla quale vi è stato contrasto interno alla prima sezione della Corte di Cassazione; pertanto, su questo punto, l'ultima parola è stata rimessa alle sezioni unite[30]. Qui si deve osservare tuttavia che la questione sembra riguardare più il *nomen iuris* della misura di protezione, e quindi le modalità di rilascio del correlativo permesso di soggiorno, che il dovere dello Stato di tutelare, senza soluzioni di continuità temporale, il diritto fondamentale esposto a rischio. Autorevole dottrina osserva che il fatto costitutivo del diritto del richiedente non è la domanda, né il provvedimento dell'autorità, bensì il verificarsi delle condizioni del diritto al permesso di soggiorno[31]. Queste condizioni possono individuarsi anche in quei gravi motivi umanitari che determinano una situazione esistenziale di bisogno della persona; ma, nota sempre la stessa dottrina, oggi il quadro protettivo è incompleto, perché le ipotesi di permesso di soggiorno, come previste dal decreto sicurezza, sono specifiche e tassative[32].

E' infatti da chiedersi se un sistema dell'asilo sfornito –come lo è oggi- di una misura di chiusura atipica, che consenta di proteggere situazioni di vulnerabilità non codificate, ma saldamente ancorate al valore primo che è il rispetto della dignità umana, sia interamente attuativo dei

principi costituzionali.

Nel nostro sistema, la tipicità delle fattispecie a rilevanza giuridica è propria del diritto penale, che ha finalità repressive. Il diritto civile è invece connotato dall'*horror vacui*: nella tutela dei diritti civili non si può escludere a priori che si diano nella realtà dei fatti casi non direttamente regolati dalla legge, ma comunque meritevoli di tutela e per i quali bisogna trovare la regola o mediante analogia oppure desumendola dai principi generali dell'ordinamento.

Possono farsi degli esempi.

I minori stranieri non accompagnati sono soggetti specialmente vulnerabili, e il nostro attuale sistema normativo prevede –fermo restando il diritto a chiedere lo status di rifugiato o la protezione sussidiaria ove ne sussistano i presupposti- che al minore migrante, che non si può espellere, è riconosciuto un permesso di soggiorno per minore età (legge n. 47/2017). I minori migranti, in attuazione del principio della preminenza dei *best interests of the child*, hanno diritto alla nomina di un tutore, al ricongiungimento familiare, all'assistenza sanitaria, all'istruzione e - a determinate condizioni- alla integrazione sociale con la conversione del permesso di soggiorno per minore età in permesso di soggiorno per studio e lavoro[33].

Deve però ricordarsi che non tutti i minori versano nella stessa condizione. Ci sono bambini in tenera età, anche neonati, che perdono i genitori durante il viaggio e che una volta giunti in Italia si avviano, con presumibile successo, ad un percorso di adozione. E poi ci sono minori che nel paese di provenienza sono considerati adulti o quasi e migrano perché privi di legami familiari o perché il contesto familiare è ostile, ovvero troppo povero per mantenerli. Per questi minori possono darsi situazioni di vulnerabilità atipiche: si pensi ad esempio a chi inizia il viaggio verso l'Europa da minorenni e giunge in Italia non appena compiuti i diciotto anni; si pensi a quei minori che una volta divenuti maggiorenni non riescono -per le più varie ragioni- a fruire della protezione dei tribunali minorili e della possibilità di affidamento ai servizi sociali fino all'età di anni ventuno[34].

Discorso analogo potrebbe farsi per le vittime di tratta e sfruttamento di prostituzione. Le vittime di tratta, come si è detto, spesso hanno una forte resistenza ad autoidentificarsi come tali e preferiscono (o sono indotte a) presentare richiesta di asilo sulla base di storie stereotipate quale ad esempio la fuga d'amore con un fidanzato invisibile alla famiglia, liti familiari, vendette private. In questi casi, in precedenza, la vicenda poteva essere risolta riconoscendo -nelle more dell'avvio dell'appropriato percorso di tutela- un permesso di soggiorno per motivi umanitari[35].

Ma oggi, in simili casi, *quid iuris*?

Parte della dottrina ha evidenziato possibili profili di incostituzionalità del decreto sicurezza in particolare per la «sostituzione» del permesso di soggiorno per motivi umanitari con i permessi di soggiorno speciali[36]. E' stato osservato che ogni scelta legislativa che impedisce al giudice di valutare la concreta sussistenza dei diritti riconosciuti, imbrigliandole nella rete di clausole chiuse o di tipizzazione, rende irragionevoli le norme introdotte, esponendole alla sanzione di incostituzionalità[37].

Tuttavia, prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale, il giudice è obbligato a verificare se sussiste la possibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata[38].

Il Consiglio Superiore della Magistratura, nel parere sul decreto sicurezza reso il 21 novembre 2018, avverte che l'abrogazione dell'istituto della protezione per motivi umanitari potrebbe condurre ad una riesplorazione dell'ambito di operatività dell'art. 10, comma 3 della Costituzione, immediatamente azionabile innanzi al giudice ordinario, ricordando che prima della introduzione nella legge nazionale della tutela umanitaria, era data attuazione all'asilo costituzionale mediante l'applicazione diretta dell'art. 10, configurato dalla giurisprudenza come un «vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo, anche in mancanza di una legge che, del diritto stesso, specifichi le condizioni di esercizio e le modalità di godimento».[39] Solo il successivo recepimento delle direttive europee, infatti, aveva portato la giurisprudenza di affermare che, una volta resa esaustiva la tutela normativa, non sussisteva più alcun margine di residuale diretta applicazione del disposto di cui al citato art. 10.[40]

Anche il Presidente della Repubblica, nella sua lettera di accompagnamento all'emanazione del decreto sicurezza, ha autorevolmente notato che il decreto non può far venire meno «gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'articolo 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia».

Sembra concretizzarsi qui un paradosso: perseguendo l'obiettivo di rendere certi e predefiniti i casi di permessi di soggiorno, e di ridurre il numero, si apre un ambito di discrezionalità ancora più ampio, pari all'intera area coperta dall'ombrello dell'art. 10 Cost. Ma non è priva di asperità la via della diretta applicazione della norma costituzionale: tra l'altro, è necessario evitare ingiustificate disparità di trattamento, e individuare in concreto quale permesso di soggiorno, con quale durata e quali diritti conseguirebbe al riconoscimento diretto del diritto di asilo costituzionale[41].

Interessante sembra invece lo sviluppo del principio di non respingimento, sulla falsariga sentenza della CGUE sopra ricordata^[42]. Il principio di non respingimento opera anche in assenza del riconoscimento dello status di rifugiato, ed è strettamente legato al rischio che siano violati i diritti fondamentali sanciti dall'articolo 4 e dall'articolo 19 della Carta di Nizza^[43]. Con la sentenza del marzo 2019, la Corte europea offre una interpretazione dell'art. 4, vincolante per il giudice nazionale, che include nel concetto di trattamento inumano e degradante anche la situazione di estrema privazione materiale, non dipendente dalla volontà del soggetto, ma dalla sua condizione di vulnerabilità. Il permesso di soggiorno per protezione speciale, di cui all'art. 32 del D.lgs. n. 25/2008, come modificato dal decreto sicurezza, potrebbe quindi essere rilasciato in tutti quei casi in cui il rinvio al paese di origine comporterebbe una estrema privazione materiale, gravemente lesiva della dignità umana.

[1] Contributo destinato agli scritti in onore di Antonio Ruggeri

^[2] A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri* in Rivista AIC, 2/2001; A. RUGGERI *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in Consulta on line 1/2015; A. RUGGERI, *I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra linearità del modello costituzionale e le oscillazioni della esperienza* in Consulta on line, 2/2017; A. RUGGERI, *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in Consulta on line 3/2017; A. RUGGERI, *I diritti sociali al tempo delle migrazioni* in Rivista AIC, 2/2018 M. LOSANA, *“Stranieri” e principio costituzionale di eguaglianza*, in Rivista AIC, 1/2016; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli 2007;

^[3] Sul concetto di cittadinanza, v. L. PANELLA, *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*, Napoli, 2008

^[4] Corte Cost. sent. n. 105/2001; v. anche sent. n. 120/1967; sent. n. 104/1969; sent. 249/2010

^[5] A. RUGGERI: *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, op. cit. 10,ss.

^[6] A. RUGGERI *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, op. cit., 12 ss.

^[7] C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e “status” della persona*, in Riv. crit. dir. priv., 1/2015, 7 ss.

^[8] A. RUGGERI, *I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra linearità del modello costituzionale e le oscillazioni della esperienza*, op.cit., 370 ss.

[9] A. RUGGERI, *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, op. cit., 3 ss.

[10] N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 19 ss. In termini di consenso fondato sulla lezione della Storia si esprime anche la Dichiarazione del 1948 laddove premette che *“il disconoscimento e il disprezzo dei diritti umani hanno portato ad atti di barbarie che offendono la coscienza dell'umanità”*.

[11] Corte Cost. sent. n. 309/1999

[12] CGUE, sentt. del 19.3.2019, nelle cause C-163/17 e C-297/17 e altre. Nella fattispecie si trattava di migranti che contestavano il rinvio rispettivamente verso l'Italia e la Bulgaria, da loro ritenuti paesi con gravi carenze sistemiche nelle procedure per il riconoscimento dell'asilo e nell'accoglienza. Secondo la Corte, è possibile che in concreto si abbia tale livello di gravità quando *“una persona completamente dipendente dall'assistenza pubblica si verrebbe a trovare, a prescindere dalla sua volontà e dalle sue scelte personali, in una situazione di estrema privazione materiale che non le consentirebbe di far fronte ai suoi bisogni più elementari quali, segnatamente, nutrirsi, lavarsi e disporre di un alloggio, e che pregiudicherebbe la sua salute fisica o psichica o che la porrebbe in uno stato di degrado incompatibile con la dignità umana”*.

[13] Corte Cost. sent. n. 1/1956, ove si afferma che il limite è insisto nel concetto stesso di diritto.

[14] V. Corte Cost. sent. n. 62/1994; Corte Cost. sent. n. 254/2011; Corte Cost. sent. 306/2008; Corte Cost. sent. n. 187/2010; Corte Cost. sent. n. 329/2011; Corte Cost. sent. n. 40/2013.

[15] A. RUGGERI, *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, op. cit., 450 ss. v. anche J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà*, Roma- Bari, 2013 ove si ipotizza che la solidarietà, ponendo fine all'odio tra paesi creditori e paesi debitori, potrebbe risolvere l'attuale crisi europea. Ancora, v. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari 2016, 23 ss.; l'A. evidenzia lo stretto nesso tra principio di solidarietà e principio di dignità, e che il sacrificio del primo si converte immediatamente in violazioni del secondo.

[16] A. MORELLI *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in Consulta on line, 3/2018, 533 ss.

[17] A. RUGGERI, *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, op. cit., 451 ss.

[18] *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*, Agenda sulla migrazione, 13.5.2015, in <https://eur-lex.europa.eu>

[19] G. SILVESTRI, *Il diritto fondamentale di asilo e alla protezione internazionale*, relazione all'incontro della Scuola Superiore della Magistratura: Il diritto ad una tutela giudiziaria effettiva dei richiedenti protezione internazionale, Catania, 14.9. 2018 , in *Questione Giustizia*, ottobre 2018.

[20] Corte EDU, Grande Chambre, 23.2.2012, Hirsi Jamaa vs. Italia

[21] Cass. civ. sent. n.5926/2015; ord. n. 10743/2017

[22] Corte EDU, M.S.S. vs. Belgio e Grecia 21.1. 2011; la già ricordata Hirsi vs. Italia; Khlaifia vs. Italia, Grande Camera, 16.12.2016

[23] Report EASO ottobre 2015, *Country of Origin Information. Nigeria, sex trafficking of women*

[24] A. RUGGERI, *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, op. cit.

[25] v. Cass. civ. sez. un. sent. n. 217999/2010; R. CONTI, *L'interpretazione conforme e il giudice dai tre cappelli*, in La Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, Roma 2011

[26] Cass. civ. sent. 21748/2007

[27] Cass.civ. sez. un. sent. n. 1946/2017

[28] Cass. civ. sez. un. sent. n. 19393/2009; Cass. civ. sent. n. 4139/2011; Cass. civ. sent. n. 15466/2014; Cass. civ. sent. n. 15466/2014

[29] Cass. civ. sent. n. 4455/2018

[30] Cass. civ. sent. n. 4890/2019 si esprime per la irretroattività; *contra* Cass. civ. n. 11750/2019. Le sezioni unite hanno ritenuto corretta la soluzione della irretroattività, per cui le domande presentate prima della entrata in vigore della nuova legge saranno scrutinate sulla base della normativa precedentemente in vigore quanto all'accertamento dei presupposti, pur se ciò comporterà il rilascio di un permesso di soggiorno per "casi speciali"(Cass. s.u. 29459/2019).

[31] C.M. BIANCA *La legge non dispone che per l'avvenire (art. 11 disp. prel. c.c.): a proposito del decreto sicurezza*, in *Questione giustizia*, 17.6.,2019

[32] C.M. BIANCA *La legge non dispone che per l'avvenire, cit.*

[33] Sul tema si veda: M.CIRESE, *Minori migranti*, in *IlFamiliarista* (Giuffrè), 2.1.2019; M. QUATTROCCHI *I minori senza famiglia davanti ai giudici*, 8.6.2013 in www.gruppodipisa.it

[34] In tema di diritti dei giovani adulti a mantenere l'integrazione sociale e condizioni di vita dignitose, si esprimono App. Catania 27.11.2018 e App. Catania 16.1.2017, inedite.

[35] Trib. Firenze 14.12.2017, in *Questione Giustizia*, 12.2.2019.

[36] M. RUOTOLO *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del D.L. n. 113 del 2018 (c.d. decreto "sicurezza e immigrazione)* *Rivista AIC*, Fasc. 3/2018 del 17.10. 2018; G. AZZARITI *A proposito della nuova normativa in materia di migrazioni: le incostituzionalità non discusse.* *Questione Giustizia*, 18.1.2019. Si veda anche Corte Cost. sent. n. 49/2000 in tema di abrogazione delle norme dirette a "rendere effettivo un diritto fondamentale della persona".

[37] F. MANGANO *L'interpretazione dei giudici nella disciplina dei permessi di soggiorno per motivi umanitari*, in *Questione giustizia*, dicembre 2019

[38] La Corte Costituzionale avverte che l'applicazione della nuova normativa in conformità ai principi costituzionali potrebbe far sì che il "paventato effetto restrittivo" sia contenuto entro margini costituzionalmente accettabili, diversamente dovrebbe sollevarsi la questione di costituzionalità (Corte Cost. n. 194/2019)

[39] Cass. civ. sez. un. n. 4674/1997; BENVENUTI in *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri*, in *Dir., Imm., Citt.* 1/2019, parla di un possibile "grande ritorno" nelle aule giudiziarie del diritto di asilo costituzionale.

[40] Cass. civ. n. 10686/2012.

[41] v. S. ALBANO, relazione al convegno "*Abrogazione della protezione umanitaria, asilo costituzionale ed obblighi internazionali dell'Italia*" Roma, 12.3.2019.

[42] CGUE, sent. 19.3.2019 cit.

[43] CGUE, grande sezione, cause riunite C-8209; 391/16 e altre