

Le garanzie procedurali per la tutela dei diritti dei migranti¹

SOMMARIO: 1. Il ruolo centrale dei giudici e degli avvocati. – 2. Bilanciamento e tecniche di interrelazione normativa. – 3. Il diritto di difesa: “stella polare” della normativa e della giurisprudenza riguardanti la condizione giuridica degli stranieri. – 4. Protezione delle “frontiere” e non delle persone. – 5. Il sonno della ragione. – 6. Il razzismo genera violenza. – 7. Democrazia in pericolo. – 8. La tolleranza UE verso prassi sbagliate degli Stati membri. – 9. La situazione italiana “sotto i riflettori” della UE e del Consiglio d’Europa. Uno sguardo di insieme. – 9.1. Le più evidenti criticità. – 9.2. Il controllo in ambito UE. – 9.3. Il controllo nell’ambito del Consiglio d’Europa. – 10. La fase dell’arrivo nel territorio nazionale. – 11. In particolare: le violazioni del diritto ad un “ricorso effettivo”. – 11.1. L’assenza di un provvedimento impugnabile. – 11.2. Il sistema nazionale di sospensione dell’ordine di espulsione. – 11.3. Altre situazioni critiche. – 12. La persistente molteplicità di giurisdizioni nella tutela degli stranieri extracomunitari. – 13. Tentativi di unificazione delle giurisdizioni per via giurisprudenziale. – 14. Conclusioni.

1. Il ruolo centrale dei giudici e degli avvocati.

Sono davvero contenta di essere qui e ringrazio molto gli organizzatori di questo importante Convegno per avermi voluto gentilmente coinvolgere.

Nella mia relazione mi concentrerò sulla tutela del diritto di difesa dei migranti inteso in senso ampio, quindi non solo nel processo ma anche prima e “a fianco” del processo, cioè in sede amministrativa (all’ingresso ovvero durante il soggiorno) nonché nell’accesso al giudice, muovendo dalla premessa che, se è indubitabile che i cittadini extracomunitari e gli apolidi rientrano fra le categorie sociali fortemente a “rischio discriminazione” – come è stato affermato in sede UE e come il nostro legislatore mostra di condividere, tanto da richiamare il t.u. dell’immigrazione nelle premesse di tutti i decreti legislativi attuativi di direttive antidiscriminazione degli ultimi anni – spesso la discriminazione comincia nel momento in cui si tenta di accedere al territorio nazionale, (visto che questo è il momento da cui dipende anche l’accesso alla protezione internazionale per chi ne ha diritto), oppure, se si supera questa fase, emerge nel momento in cui si è “ospitati” in un Centro per stranieri e/o si manifesta quando si cerca di avere accesso alla giustizia.

È noto, infatti, che da quando, per effetto di una “distorsione” dei principî e delle norme del trattato di Lisbona e del coevo Programma di

¹ Relazione tenuta al Convegno di presentazione dei risultati della ricerca *Osservatorio sulla giurisprudenza del Giudice di Pace in materia di immigrazione*, svoltosi presso l’Università degli Studi Roma Tre, Facoltà di Giurisprudenza, Sala del Consiglio, nei giorni 4 e 5 dicembre 2014.

Stoccolma, i Governi degli Stati UE – nelle loro prassi – hanno interpretato le politiche comuni in materia migratoria come fortemente sbilanciate sul versante poliziesco-securitario, dimenticando la tutela dei diritti fondamentali, che invece era anch'essa presa in considerazione nei Trattati e che pure la Carta dei diritti fondamentali UE contemplava – affermando la centralità della persona nelle politiche dell'Unione e ribadendo il carattere comune delle politiche sulle frontiere, l'asilo e le migrazioni – il trattamento riservato ai migranti risulta dominato – nel nostro come negli altri Stati UE – da quello che è stato efficacemente definito come l'ostile “ossimoro allontanamento-trattenimento” nei Centri di permanenza.

In entrambi questi due settori estremi, nei quali non si risparmiano violazioni dei diritti fondamentali degli interessati, emerge, in modo particolarmente evidente, quella che è una caratteristica tipica della tutela dei diritti fondamentali, cioè il fatto che per la loro effettiva garanzia un ruolo prioritario è da attribuire non tanto alle norme – che, spesso, sono garantiste, specialmente in Europa – quanto soprattutto al momento dell'applicazione delle norme e alle prassi che ne conseguono.

Sono queste le fasi in cui si può registrare il massimo *deficit* di tutela e molto dipende da coloro che le gestiscono siano essi poliziotti, dipendenti amministrativi, medici, operatori vari ma, soprattutto, avvocati e giudici.

Infatti, gli avvocati e i giudici, ciascuno nel suo specifico ruolo, sono chiamati a fare molto per evitare o limitare le violazioni dei diritti fondamentali dei migranti non solo perché hanno gli strumenti tecnici per addentrarsi nella questioni giuridiche molto complesse – processuali e sostanziali – che si pongono nel diritto dell'immigrazione, ma soprattutto perché svolgono delle attività nelle quali si manifesta nel modo più significativo la finalità propria del diritto, quale scienza da includere nel novero delle scienze sociali le quali, nell'ambito della categoria delle c.d. “scienze umane”, sono caratterizzate dal fatto di studiare comportamenti collettivi.

E credo che, per avere conferma di questo, sia sufficiente ricordare le parole di Piero Calamandrei che nel bellissimo libro “*Elogio dei giudici scritto da un avvocato*” scritto nel 1935, ma tuttora di grande attualità, ha sottolineato come queste due professioni, diverse ma complementari, non si possano fare impegnando solo il cervello e non anche il cuore.

Infatti, da un lato, è il “mutevole cuore del giudice” che comanda nel margine di scelta che l'esegesi delle leggi lascia all'interprete, e, d'altra parte “l'avvocato deve essere prima di tutto un cuore: un altruista, uno che sappia comprendere gli altri uomini e farli vivere in sé, assumere i loro dolori e sentire come sue le loro ambascie. L'avvocatura è una professione di comprensione, di dedizione e di carità”.

In entrambi i casi, quindi, non basta avere capacità o efficienza tecnica – che, comunque, sono “precondizioni” ineludibili – ma è necessario che, oltre all’intelligenza cognitiva, vi sia l’impegno dell’intelligenza emotiva, che – come si desume dal bellissimo libro di Daniel Goleman in materia – è quella che veicola la conoscenza.

E se questa è una regola da applicare a tutti gli ambiti materiali in cui si è chiamati a svolgere quelle attività – così come tutte le attività che sono applicazioni delle scienze sociali – è del tutto evidente che tale regola valga, a maggior ragione, quando si tratta di intervenire come giudici o come difensori in controversie nelle quali vengono in considerazione diritti fondamentali, quali sono di solito quelle in materia di immigrazione.

2. Bilanciamento e tecniche di interrelazione normativa.

Infatti, alla soluzione del suddetto tipo di controversie è connaturale – come è stato autorevolmente sostenuto, fra gli altri, da Luigi Mengoni alla fine del suo mandato di Giudice costituzionale – la ricerca di un punto di equo bilanciamento tra principi o diritti fondamentali, cui si deve pervenire con l’obiettivo di assicurare la «massima espansione delle garanzie» di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali, sovranazionali e internazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca (Corte cost. sentenze n. 85 e n. 170 del 2013; n. 264 del 2012).

Al fine di giungere alla combinazione più virtuosa tra le diverse norme, è opportuno tenere conto del metodo – desunto principalmente dalle indicazioni della Corte costituzionale e delle Corti europee “centrali” – che l’interprete deve utilizzare al fine di svolgere il primario compito, delicato e complesso, relativo alla regolazione delle interazioni e/o dei contrasti che possono rinvenirsi tra norme del diritto nazionale, del diritto internazionale (specialmente, Convenzioni ONU), del diritto UE e/o della CEDU, ambiti per i quali, rispettivamente, valgono regole ermeneutiche non del tutto coincidenti.

Benché normalmente tali problematiche si pongano in sede giudiziale, tuttavia, la espressa finalità del suddetto metodo all’ampliamento delle garanzie dei titolari dei diritti fondamentali, ne attribuisce un ruolo da protagonista nell’ambito dell’intero diritto dell’immigrazione.

E, per averne conferma, basta solo ricordare i coraggiosi provvedimenti emessi a partire dal 6 luglio 2011 dal Giudice di pace di Agrigento, in materia di respingimenti differiti disposti ai sensi dell’art. 10, comma 2, lettera a), del t.u., per ingresso avvenuto eludendo i controlli di frontiera rilevato “subito dopo” il fatto, con i quali sono stati accolti i

ricorsi proposti dai migranti e sono stati annullati gli impugnati provvedimenti di respingimento con accompagnamento alla frontiera, previa affermazione della sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, effettuata molto prima che tale giurisdizione fosse dichiarata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione (vedi Cass., sez. un., 17 giugno 2013, n. 15115 e 10 giugno 2013, n. 14502).

Va, infatti, rilevato che uno degli argomenti attraverso i quali il Giudice di pace di Agrigento è pervenuto alla suindicata conclusione è stato quello secondo cui “i presupposti del respingimento differito devono oggi, ancora di più, essere interpretati restrittivamente”, dal momento che lo Stato italiano – in occasione dell’attuazione della direttiva 2008/115/CE, avvalendosi della facoltà di cui all’art. 2, paragrafo 2, della direttiva medesima – ha deciso di non applicare agli stranieri sottoposti a respingimento alla frontiera le disposizioni contenute nella direttiva stessa, certamente più favorevoli per i cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno nel territorio dello Stato membro sia irregolare rispetto a quelle preesistenti.

Sicché, come si vede, il Giudice di pace, onde garantire al meglio la posizione dei ricorrenti, ha interpretato la normativa nazionale alla luce non solo di quella costituzionale, ma anche di quella europea.

La situazione esemplificativamente richiamata – che è solo una delle tante analoghe che si potrebbero ricordare, anche se è particolarmente interessante – mi porta a considerare opportuna una illustrazione preliminare – rispetto alla trattazione del tema del presente intervento – delle principali caratteristiche di citato “metodo” relativo alle modalità di utilizzazione degli strumenti astrattamente a disposizione per la soluzione delle suddette questioni di interrelazione normativa, nell’idea che è un buon uso di tale metodo che consente il raggiungimento di un risultato conforme ai principî e alle norme del settore.

Tali strumenti, in ordine di priorità, sono i seguenti: a) l’interpretazione conforme (del diritto nazionale rispetto alla Costituzione e alle norme UE e/o CEDU rilevanti, come interpretate, rispettivamente dalle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo) b) eventuale disapplicazione della norma interna asseritamente contrastante con il diritto UE (strumento che, nel nostro ordinamento, non è utilizzabile per le norme contrastanti con la CEDU); c) l’incidente di costituzionalità; d) il rinvio pregiudiziale (che ha applicazione generale solo con riguardo al diritto UE rilevante nella specie, mentre per la CEDU sarà praticabile solo nei limiti previsti dal Protocollo n. 16 della Convenzione, che non è ancora entrato in vigore).

Deve essere, in primo luogo, precisato che, in base alla consolidata giurisprudenza costituzionale, l’applicazione alla singola fattispecie della normativa comunitaria (direttive o Carta UE) così come della CEDU – con

l'utilizzazione dei suindicati strumenti, nel modo stabilito – presuppone che, almeno in tesi, sia ipotizzabile la eventuale operatività di un *plus* di tutela convenzionale o comunitaria rispetto a quella interna (sentenza n. 317 del 2009 e ordinanza n. 11 del 2011). Il che significa che il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU o UE sulla legislazione italiana deve derivare un aumento di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali.

Tale impostazione, trova riscontro:

1) per i rapporti diritto interno-diritto UE, anche nel “principio di equivalenza”, come inteso dalla CGUE, alla cui stregua negli Stati membri la tutela dei diritti attribuiti ai cittadini da norme comunitarie deve essere quantomeno pari a quella dei diritti attribuiti dalle norme nazionali, salvo restando che tale principio “non può avere per effetto di dispensare i giudici nazionali, al momento dell'applicazione delle modalità procedurali nazionali, dal rigoroso rispetto dei precetti derivanti dall'articolo 267 TFUE, in materia di rinvio pregiudiziale alla CGUE” (vedi, per tutte: CGUE, sentenza 11 settembre 2014, C-112/13, cit.);

2) per i rapporti diritto interno-CEDU, nell'art. 53 della stessa Convenzione, secondo cui l'interpretazione delle disposizioni CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali.

L'argomento relativo alle tecniche di interrelazione normativa è molto complesso, ma ha anche un ruolo determinante per individuare la strada da percorrere onde pervenire ad una combinazione virtuosa delle tutele offerte ai diritti fondamentali, la cui violazione è sempre implicata quando si denunciano delle discriminazioni.

In estrema sintesi può dirsi che il giudice di uno Stato europeo membro sia della UE sia del Consiglio d'Europa che sia chiamato a risolvere una controversia in materia di diritti fondamentali – controversia che, per sua natura, lo obbliga ad effettuare un bilanciamento tra principî e diritti fondamentali rilevanti nella specie – deve, in via gradata, procedere alle seguenti operazioni:

a) determinare il contenuto sostanziale del diritto fondamentale (o dei diritti fondamentali) in questione;

b) stabilire, dopo aver cercato di sviluppare le potenzialità insite nelle norme costituzionali nazionali in materia (Corte cost. sentenza n. 317 del 2009), se è necessario, o meno, ricorrere, nella specie, a fonti sovranazionali e/o internazionali;

c) in caso negativo (applicazione dei soli principî costituzionali interni ovvero dei principî sovranazionali e/o internazionali recepiti dal legislatore

nazionale, che offrono una tutela non inferiore a quella offerta dalle fonti sovranazionali e/o internazionali), se la disposizione di legge da applicare non risulta conforme a tali principi, tentare di dare alla disposizione stessa una interpretazione conforme alla Costituzione e, solo ove ciò non è possibile, percorrere la strada dell'incidente di costituzionalità;

d) in caso affermativo (necessità di fare ricorso a fonti sovranazionali e/o internazionali, per attribuire una tutela migliore), determinare quale delle suddette fonti offre un livello di protezione più adeguato, tenendo in considerazione anche la giurisprudenza pertinente delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo e muovendo dal presupposto secondo cui il confronto tra tutela UE e/o convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento (Corte cost., sentenze n. 191 del 2014; n. 170 e n. 85 del 2013, n. 264 del 2012);

e) nell'ipotesi in cui la disciplina della fattispecie *sub judice* sia il frutto di una combinazione tra norma nazionale e norma europea, il giudice comune deve rispettare l'obbligo di dare alle norme interne una interpretazione conforme al diritto UE (primato del diritto UE) e/o ai precetti della CEDU, sempre nella interpretazione delle Corti europee centrali e, a tal fine, può ricorrere, in via graduata, a:

1) la interpretazione adeguatrice (al diritto UE primario oppure dotato di efficacia diretta e/o alla CEDU);

2) la disapplicazione (solo per le norme interne contrastanti con il diritto UE, non essendo tale possibilità ammessa, nel nostro ordinamento, per le norme contrastanti con la CEDU vedi, per tutte, Corte cost., sentenze n. 348 e n. 349 del 2007);

3) l'incidente di costituzionalità, strada da percorrere, nel caso di violazione della CEDU, subito dopo la riscontrata impossibilità della soluzione interpretativa, mentre, nel caso di violazione del diritto UE, all'incidente di costituzionalità si deve ricorrere dopo il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*;

4) il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, che consente ai giudici nazionali di interrogare la CGUE sulla interpretazione o sulla validità del diritto europeo, che devono applicare nel giudizio pendente dinanzi a loro;

5) la richiesta di un parere consultivo alla Corte europea dei diritti dell'uomo su "questioni di principio" riguardanti l'interpretazione o l'applicazione dei diritti e libertà definiti nella Convenzione o nei suoi Protocolli, strada che diverrà praticabile quando (e se) entrerà in vigore il

Protocollo n. 16 della CEDU, e che comunque è riservata alle Autorità giudiziarie al vertice del sistema giudiziario nazionale, appositamente designate dallo Stato di appartenenza.

Per quel che riguarda il rinvio pregiudiziale alla CGUE, va tenuto presente che la sua utilizzazione normalmente è facoltativa per i giudici nazionali avverso le cui decisioni possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, mentre è obbligatoria per i giudici di ultima istanza. Peraltro, tale obbligatorietà non è assoluta ma relativa perché, come chiarito dalla stessa CGUE (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Soc. Cilfit, 283/81), deve essere intesa nel senso che il giudice di ultima istanza in presenza di una questione di diritto della UE deve adempiere il suo obbligo di rinvio, soltanto dopo aver constatato alternativamente, che:

1) la suddetta questione esegetica è rilevante ai fini della decisione del caso concreto;

2) la disposizione di diritto UE di cui è causa non ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della CGUE;

3) la soluzione della questione non sia ricavabile “da una costante giurisprudenza della Corte che, indipendentemente, dalla natura dei procedimenti da cui sia stata prodotta, risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di stretta identità fra le materie del contendere”;

4) la corretta applicazione del diritto europeo non è tale da imporsi “con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata”, con l’avvertenza che la configurabilità di tale ultima eventualità deve essere valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto dell’Unione, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze di giurisprudenza.

Inoltre, sempre dalla giurisprudenza della CGUE (vedi, di recente: sentenza 18 luglio 2013, Consiglio nazionale dei geologi c. Autorità garante della concorrenza e del mercato, C-136/12, punto 28), si desume che al procedimento di cui all’art. 267 del TFUE – che è stato concepito come uno strumento volto a favorire una cooperazione diretta tra la CGUE e i giudici nazionali – estranea ogni iniziativa delle parti. Pertanto una eventuale richiesta, proveniente dalle parti, di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia non necessariamente deve essere accolta dal giudice nazionale neppure di ultima istanza, il quale ben potrà respingerla.

Però, la decisione di rigetto deve essere congruamente motivata – facendo riferimento ad una delle quattro suindicate ipotesi – sussistendo, in caso contrario, una violazione dell’art. 6 della CEDU, come tale rilevabile dalla Corte di Strasburgo (vedi, per tutte: Corte EDU, sentenza 20

settembre 2011, *Ullens de Schooten e Rezabeck c. Belgio*; decisione 10 aprile 2012, *Vergauwen c. Belgio*; sentenza 8 aprile 2014, *Dhahbi c. Italia*). Del resto, l'obbligo di motivazione adeguata, come conseguenza del diritto ad un equo processo, non è sancito soltanto dall'art. 6 della CEDU, ma anche dall'art. 47, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali della UE, letto in combinato disposto con l'art. 52, par. 3, della Carta stessa, in base al quale, laddove la Carta prevede diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi debbono essere uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. Anche la CGUE ha affermato che la garanzia dell'obbligo di motivazione è sancito anche dalla Carta dei diritti fondamentali della UE la quale ha lo stesso valore dei trattati per le autorità giurisdizionali degli Stati membri (vedi, per tutte: CGUE, 6 settembre 2012, *Trade agency Ltd*, C-619/10, punto 52).

Operazioni del tipo descritto sono quelle che normalmente devono compiersi quando vengono in considerazione problemi attinenti la tutela dei diritti fondamentali – in genere e dei migranti, in particolare – visto che, come si è detto, la loro disciplina è composita, oltre a presupporre comunque una operazione di bilanciamento.

3. Il diritto di difesa: “stella polare” della normativa e della giurisprudenza riguardanti la condizione giuridica degli stranieri.

Se del metodo illustrato tenessero conto anche le Amministrazioni pubbliche probabilmente il contenzioso in questo ambito non sarebbe così abbondante, sia presso le Corti europee “centrali”, sia presso i Giudici nazionali.

Del resto, soprattutto dopo che la legge n. 241 del 1990 ha espressamente introdotto il “principio del giusto procedimento”, non possono nutrirsi dubbi sulla sua generale operatività. Ciò comporta che la determinazione del pubblico interesse si debba realizzare grazie ad una attività della pubblica amministrazione improntata, in primo luogo, alla trasparenza nell'istruttoria amministrativa, affinché il destinatario del provvedimento cittadino comprenda l'iter decisionale seguito dalla pubblica amministrazione, anche grazie alla relativa motivazione che, per i provvedimenti amministrativi a carattere discrezionale (tanto più se dotati di indubbia lesività per le situazioni giuridiche del soggetto che ne è destinatario), ha un ruolo fondamentale poiché consente al giudice di comprendere il procedimento logico seguito dall'autorità amministrativa e verificare la legittimità dell'atto.

Al riguardo, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 310 del 2010, ha

ribadito con forza che attraverso la motivazione – che è lo “strumento volto ad esternare le ragioni e il procedimento logico seguiti dall’ autorità amministrativa” – si realizza l’ esigenza di conoscibilità dell’ azione amministrativa, che è intrinseca ai principî di buon andamento e d’ imparzialità.

Infatti, soltanto la motivazione può rendere accessibile e controllabile dagli stessi protagonisti – oltre che ed eventualmente dagli organi giurisdizionali – le modalità attraverso le quali gli organi amministrativi si sono attenuti all’ obbligo di favorire un contraddittorio democratico e partecipativo con i soggetti coinvolti nei processi decisionali pubblici, che è essenziale per prevenire eventuali problemi derivanti dalla inevitabile penetrazione dell’ attività amministrativa di tipo autoritativo negli spazi individuali dei singoli destinatari,

Non va, del resto, dimenticato che la Corte costituzionale – in più occasioni e, in particolare, nella citata sentenza n. 310 del 2010 – ha affermato che, ai principî di pubblicità e di trasparenza dell’ azione amministrativa “va riconosciuto il valore di principî generali, diretti ad attuare sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell’ amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.; sul principio di pubblicità, sentenza n. 104 del 2006, punto 3.2 del Considerato in diritto)”.

Del resto, l’ applicazione delle norme sulla partecipazione al procedimento amministrativo, contenute nella legge n. 241 del 1990, conformando l’ azione amministrativa al principio della trasparenza (in quanto i destinatari dei provvedimenti sono messi in condizione di intervenire nel procedimento orientando il provvedimento finale), tendono anche ad indirizzare tale azione al rispetto dei principî di economicità ed efficacia, per il conseguente deflazionamento del contenzioso e per il miglior conseguimento delle finalità pubbliche con l’ acquisizione dei fatti rilevanti ai fini dell’ adozione del provvedimento finale.

In altri termini, uniformandosi a tali principî si può favorire “cambiamento culturale”, in virtù del quale la PA consideri la partecipazione dei destinatari dei propri provvedimenti come un contributo utile per la determinazione finale e così offra un migliore servizio, riducendo le impugnative.

Ma, purtroppo, ancora tale cambiamento culturale non si è verificato e così spesso accade che i migranti – che, come tutti i soggetti deboli, dovrebbero essere quelli in cui i suddetti principî dovrebbero trovare più scrupolosa applicazione – fin dal loro primo arrivo nel territorio nazionale, possano subire violazioni dei propri diritti fondamentali, a partire dal

diritto di difesa, inteso in senso ampio, cioè non legato alla realtà processuale.

Per tale ragione, diversamente da ciò che normalmente accade, nel diritto dell'immigrazione la disciplina procedurale e processuale, con le relative pronunce interpretative delle varie Corti supreme nazionali ed europee hanno un ruolo prioritario – e anche “condizionante” (in termini definitivi della situazione giuridica protetta) – rispetto alla disciplina sostanziale.

Del resto, non va dimenticato che la prima tappa del cammino verso una migliore tutela dei diritti degli immigrati, nell'ordinamento nazionale, si suole individuare in una pronuncia in materia processuale e, precisamente, nella storica Cass., sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463 (in tema di diritto alla salute e centrali nucleari) che, sulla scorta della dottrina tedesca, ha, per la prima volta, configurato una categoria di diritti fondamentali “inaffievolibili” per effetto dell'esercizio del potere autoritativo dell'Amministrazione, con conseguente radicamento in capo al giudice ordinario della giurisdizione sulle controversie riguardanti i provvedimenti amministrativi lesivi di tali diritti.

Infatti, si fa risalire all'accettazione da parte del legislatore di tale indirizzo interpretativo – consolidatosi nel tempo — la previsione, prima nella legge 6 marzo 1998, n. 40 e successivamente nel testo unico di cui al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, di situazioni nelle quali il diritto soggettivo dello straniero non può subire compressioni a causa dell'intervento del potere amministrativo, effettuata in un momento in cui la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi era ancora molto netta nel nostro ordinamento.

Comunque l'anzidetto ruolo prioritario del diritto di difesa è del tutto comprensibile anche ove si consideri che i migranti – che sono per definizione soggetti deboli, anche quando non appartengono a specifiche categorie protette (es. minori, invalidi etc.) – fin dalla fase di arrivo nel nostro territorio si trovano ad essere destinatari di una serie di norme di segno diverso dettate, rispettivamente, a tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica (e contenute principalmente nel t.u. sull'immigrazione) e dei diritti fondamentali dell'immigrato (contenute principalmente nella nostra Costituzione, nella normativa UE, nella Carta dei diritti fondamentali UE, nella CEDU, oltre che nelle convenzioni ONU ratificate dall'Italia), il cui coordinamento – che è tutt'altro che agevole anche per gli “addetti ai lavori” – risulta spesso incomprensibile (anche per ragioni linguistiche) agli interessati e contribuisce ad indebolirne la già precaria condizione.

Per tutte le indicate ragioni, non credo si possa parlare di giurisdizione in materia di immigrazione – a qualunque livello – senza avere uno

sguardo ampio, aperto all'internazionale e al sovranazionale.

Solo in questo modo, infatti, è possibile comprendere quale sia stata l'evoluzione delle garanzie procedurali in favore degli immigrati applicabili nell'ambito sia delle controversie in materia ingresso, di soggiorno e di espulsioni sia di quelle in materia di protezione internazionale e apprezzarne le criticità persistenti, pur dopo le modifiche di tipo processuale introdotte dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69) e la interpretazione evolutiva della Corte di cassazione in materia di riparto di giurisdizione sulle controversie riguardanti i provvedimenti di trattenimento illegittimi (a partire dalle ordinanze delle Sezioni unite 13 giugno 2012, n. 9596 e 12 dicembre 2012, n. 22788) e sui respingimenti (Cass., sez. un., 17 giugno 2013, n. 15115 e 10 giugno 2013, n. 14502, citate).

4. Protezione delle “frontiere” e non delle persone.

Molte di queste criticità derivano dall'impostazione che è stata data alle politiche dell'immigrazione nell'Unione europea mentre altre sono specificamente ascrivibili alla normativa nazionale, comunque tutte sono il portato di una scelte governative e legislative di tipo prevalentemente securitario.

Sappiamo, infatti, che – come più volte ha sottolineato anche la Corte costituzionale (vedi, per tutte: sentenza n. 148 del 2008) – la disciplina della condizione dei stranieri migranti si caratterizza per la coesistenza di ragioni di ordine pubblico e controllo delle frontiere con ragioni di tutela di diritti fondamentali, che vanno tra loro bilanciate e considerate in modo non separato, visto che le politiche riguardanti il primo aspetto hanno inevitabili ripercussioni anche su quelle che concernono il secondo.

La suddetta “coesistenza” si riscontra nei confronti di tutti gli immigrati, anche di quelli che arrivano nel nostro Paese essendo in condizione di richiedere l'asilo e/o la protezione internazionale o umanitaria.

Prima del trattato di Lisbona e del coevo Programma di Stoccolma, l'indicato bilanciamento veniva effettuato, in via prioritaria, dai diversi legislatori nazionali, mentre per effetto del trattato le politiche in materia di protezione delle frontiere, di gestione delle migrazioni (regolari e irregolari) e di asilo sono state configurate come politiche “comuni” della UE, che, fra l'altro, sono stabilite, nella maggior parte dei casi, a maggioranza qualificata degli Stati UE e in co-decisione con il Parlamento

europeo.

Peraltro, secondo i Trattati, le politiche comuni in materia migratoria sono state concepite come riguardanti entrambi gli aspetti che caratterizzano la materia, cioè le ragioni di ordine pubblico e controllo delle frontiere, da un lato, e quelle di tutela dei diritti fondamentali, dall'altro lato.

Infatti, nel TFUE è stata prevista una responsabilità diretta della UE in materia di gestione integrata delle frontiere (art. 77), di gestione di tutte le fasi del processo migratorio (art. 79), di accoglienza delle persone (art. 78) e si è stabilito che le politiche della UE in questa materia e la loro attuazione siano “governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità” tra tutti gli Stati membri, non solo sul piano finanziario (art. 80).

Invece, nella prassi, tale impostazione è stata del tutto dimenticata, disattendendosi anche la Carta dei diritti fondamentali UE, nella quale è stata affermata la centralità della persona nelle politiche dell'Unione ed è stato ribadito il carattere comune delle politiche sulle frontiere, l'asilo e le migrazioni.

Ciò è avvenuto perché la UE nel suo complesso e i diversi legislatori nazionali seguendo – anziché indirizzare – l'opinione della maggior parte dei rispettivi corpi elettorali si sono principalmente preoccupati di garantire l'effettività delle misure di allontanamento dal territorio nazionale degli immigrati irregolari, attribuendo alle rispettive Amministrazioni grande discrezionalità al fine di privilegiare la via più efficace per perseguire il suddetto obiettivo di fondo, anche se non conforme al diritto internazionale e ai valori comuni della Unione, sanciti dall'art. 2 del TUE e sui quali si basa la stessa Unione.

E le istituzioni UE non hanno mai pensato di fare ricorso ai mezzi che i Trattati (art. 7 del TUE e art. 354 del TFUE) forniscono loro per garantire l'effettività dei suddetti valori fondanti perché il suindicato obiettivo di fondo corrisponde al “comune sentire” della maggior parte dei cittadini europei, al di là della presenza o meno di uno specifico reato di ingresso o soggiorno illegale nei rispettivi ordinamenti nazionali.

Così, la concordata “comunitarizzazione” della materia è stata, nei fatti, interpretata come elemento di ulteriore implementazione della cooperazione tra gli Stati UE di tipo amministrativo-poliziesco, con l'adozione o il potenziamento di molteplici strumenti operativi, destinati ad affiancare quelli legislativi, nei quali sono state investite ingenti risorse, anche di recente.

In tale ambito si è anche provveduto a istituire diverse Agenzie specializzate, tra le quali anche FRONTEX, EUROPOL e così via, tutte

volte a rendere più efficiente il carattere securitario della impostazione attribuita dalla UE alla politica dell'immigrazione.

La anzidetta situazione è ulteriormente peggiorata dopo il manifestarsi nel 2008 della crisi economica, non ancora superata, tanto che la questione maggiormente divisiva nel dialogo tra gli Stati UE è diventata quella riguardante le politiche dell'immigrazione e ciò impedisce di affrontare con chiarezza i punti critici del CEAS – Common European Asylum System (Sistema Europeo Comune di Asilo), noti da molti anni.

Pertanto, non si riesce ad intraprendere con convinzione il cammino verso un rinnovamento di tipo strutturale della politica UE dell'immigrazione da cui dipende il reale raggiungimento di un Sistema Comune Europeo di Asilo al quale l'Unione Europea sta lavorando dal 1999, con il dichiarato obiettivo di armonizzare le politiche di asilo e di assicurare che casi simili tra loro vengano trattati nello stesso modo e portino agli stessi risultati in tutti gli Stati membri dove le richieste di asilo siano presentate.

E questo è dimostrato in modo emblematico, in primo luogo, dalla c.d. riforma del CEAS varata a giugno 2013, nella quale sono state adottate definizioni più ampie della categoria dei “familiari” e normative più favorevoli all'effettuazione del ricongiungimento familiare, ma senza una reale intenzione di affermare una maggiore solidarietà e condivisione di responsabilità tra gli Stati UE.

Infatti, non solo tale riforma – preceduta da tre anni di estenuanti negoziati – è stata approvata solo quando il Parlamento europeo ha ceduto su quella che è stata la maggiore preoccupazione manifestata dai Governi nel corso delle trattative, rappresentata dalla possibilità di ottenere l'accesso delle forze di polizia nazionali alla base dati con le impronte digitali dei richiedenti asilo (EURODAC), ma in essa è prevista l'estensione generalizzata della detenzione amministrativa a tutti i richiedenti asilo per i quali la Polizia ritenga sussistente un “rischio notevole di fuga”, nella fase di esame dell'istanza di protezione, che risulta basata su un apprezzamento meramente discrezionale della Polizia, tale da poterne fare diventare l'applicazione prassi ordinaria.

Tali preoccupazioni sono avvalorate anche dalla normativa contenuta nella direttiva 2013/32/UE che, nel disciplinare (come rifusione della precedente normativa e delle modifiche apportate) le procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale e nel mostrare una maggiore attenzione per le garanzie procedurali e per l'esercizio effettivo dei diritti di difesa, tuttavia, rispetto alla precedente direttiva 2005/85/CE sulle procedure, amplia i casi di detenzione amministrativa o di limitazione della libertà di circolazione,

come il soggiorno obbligato, per i quali la nuova direttiva sulle procedure rinvia alla direttiva 2013/33/UE sull'accoglienza, stabilendo comunque l'esigenza di "un rapido controllo giurisdizionale" (art.26).

Nel frattempo la situazione dei richiedenti la protezione internazionale è divenuta sempre più critica specialmente nei Paesi di approdo dalle coste africane.

Ma, in ambito UE e in ambito nazionale, gli atteggiamenti dei Governi non sono sostanzialmente cambiati, anche dopo il naufragio del 3 ottobre 2013 nei pressi di Lampedusa, nel quale sono morte più di 360 persone e le successive catastrofi marittime nel Mediterraneo, come quella del 14 settembre di quest'anno, quando, in pieno alto mare, tra Creta e Malta (il punto esatto non sarà mai trovato) circa 500 persone, da una nave sono state deliberatamente annegate dai trafficanti, dopo aver lottato per 4 giorni e 4 notti per la sopravvivenza.

Infatti, anche la operazione MARE NOSTRUM – avviata il 18 ottobre 2013 ed elogiata anche dall'UNHCR – è stata effettuata senza alcuna condivisione tra gli Stati UE dei costi elevatissimi che essa ha comportato per il nostro Paese e, quindi, in violazione del citato art. 80 del TFUE.

5. Il sonno della ragione.

È, pertanto, evidente che il cammino verso una riforma strutturale del CEAS – il cui esito condiziona tutta la politica migratoria UE e quindi quella dei singoli Stati membri – ancora si prospetta lungo e impervio ed è anche chiaro che questo dipende da precise scelte della maggior parte dei Governi UE che si sono allontanati dall'idea di Platone secondo la quale il politico sapiente è colui che viene liberamente scelto dai governati per prendersi cura delle loro esigenze con il ruolo di "pilota dei suoi passeggeri", esperto nello schivare e prevenire i pericoli e non è invece colui che è capo di un gregge di animali e che si limita ad evitare di perdere qualche capo di bestiame e a godere della sua posizione di privilegio.

Di conseguenza, la politica "comune" in materia di asilo della UE è da tempo "inceppata" sul fronte della solidarietà in due direzioni – cioè sia tra gli Stati, sia nei confronti dei migranti – in quanto la maggior parte dei Governi non vuole, in realtà, modificare la situazione attuale e d'altra parte, i Governi dei Paesi di confine – come il nostro – non si riescono a convincere, in modo efficace, gli altri Stati ad approvare un sostanziale cambiamento della normativa nel suddetto senso, a partire da un adeguamento del settore al principio di solidarietà "anche finanziaria", previsto dall'art. 80 TFUE, osteggiato soprattutto dai Paesi del Nord

Europa.

Va considerato che questa prospettiva maggioritaria dei Governi degli Stati UE è stata ed è, in parte, contrastata dalla giurisprudenza della CGUE e della Corte di Strasburgo, le cui decisioni hanno dato origine a molte delle modifiche introdotte nel giugno 2013 al CEAS.

Ma così come le suindicate modifiche normative non sono state risolutive, analogamente non si può pensare di mutare la attuale situazione – intrisa di diseguaglianze, violenze e spreco di risorse – percorrendo soltanto la via giudiziaria.

Tale strada, infatti, è fisiologicamente volta a colpire le “patologie” – che, peraltro, sono in continuo aumento, come dimostra l’aumento del contenzioso in questa materia che si registra sia dinanzi alle Corti europee “centrali” sia dinanzi ai giudici nazionali – mentre nel settore dell’immigrazione come in tutti gli altri ambiti del vivere civile si deve puntare a diffondere prassi degli Stati e comportamenti dei singoli “fisiologicamente” corretti e rispettosi del principio di uguaglianza e per fare questo non si può più rimandare l’adozione di scelte di “lungo periodo” e strategiche, che i Giudici – internazionali, comunitari o nazionali – non sono chiamati istituzionalmente a compiere.

Sarebbe necessario mostrare il coraggio di fare autocritica – come fanno tutti i “grandi” – e quindi di cambiare rotta, prima che sia troppo tardi, facendo tesoro degli errori commessi, per mancanza di coraggio e preveggenza, da ultimo, con l’epidemia dell’ebola in Africa occidentale, con la guerra siriana e con l’ISIS.

Si dovrebbe prendere in mano la situazione, anche perché non farlo può costare molto non solo ai migranti, ma a noi tutti.

Infatti, l’immigrazione e l’inclusione sociale sono il vero “banco di prova” della UE perché sono temi che – trasversalmente – vengono a toccare le fondamenta stesse dell’Unione e, quindi, ne condizionano lo sviluppo economico e culturale, come si recente ha ribadito anche Jürgen Habermas.

Pertanto, solo se tali tematiche verranno trattate con un approccio diverso, più responsabile e coraggioso, l’Europa dimostrerà di rappresentare effettivamente “il faro di civiltà, la globalizzazione della civilizzazione”, secondo la descrizione fatta dal Presidente del Consiglio Matteo Renzi a Strasburgo, il 2 luglio scorso, in apertura del semestre italiano di presidenza del Consiglio europeo.

Questo è il nostro “compito”, la nostra missione comune, che viene prima e condiziona il rispetto dell’impegno di non superare il limite del 3% nel rapporto deficit-PIL, assunto reciprocamente da tutti gli Stati UE in posizione di parità e, come tale, anche, in ipotesi, rinegoziabile, a

differenza del primo.

E fare finta di ignorare tale situazione, mentre si continua ad includere tra gli obiettivi della UE quello della trattazione della immigrazione legale, come una “opportunità”, è piuttosto inconcludente, visto che dovrebbe ormai essere chiaro a tutti che è poco probabile che l’immigrazione possa essere realmente vissuta come una “opportunità” se l’interessato non può esprimere la propria opinione sulla scelta del Paese di approdo.

E, quindi, se non si interviene sulla norma di base del CEAS, relativa alla individuazione del Paese competente per l’esame delle domande di asilo.

Ma anche se questo è chiaro da tempo, si continua ostinatamente a percorrere la strada tradizionale.

Basta pensare che nel Consiglio UE del 25 e 26 giugno 2014 – nel quale, con l’accordo di tutti, sono state poste le basi per poter finalmente dare vita alla operazione FRONTEX PLUS ora chiamata TRITON e quindi per porre fine dell’isolamento dell’Italia nel Mediterraneo – tuttavia, sotto la pressione degli Stati Nord UE, non sono state esaminate le proposte del Governo italiano in materia di asilo e, in particolare, quella del “mutuo riconoscimento” delle decisioni sull’asilo, punto sul quale l’Italia aveva insistito, nell’idea che un’armonizzazione di procedure e standard, nel medio-lungo periodo avrebbe potuto portare al superamento del rigido regime imposto dal Sistema di asilo UE, fin dalle sue origini, per la individuazione del Paese competente ad esaminare le domande di asilo.

Così, ancora una volta, si è persa l’occasione per fare una scelta la cui esattezza ed opportunità ricevono continue conferme anche dalle ricerche “sul campo” che vengono effettuate dalle ONG del settore, come quella pubblicata nell’estate 2013 dall’ECRE – curata per l’Italia dal Consiglio Italiano per i Rifugiati (CIR) – sui sistemi di asilo di 14 Stati membri dell’UE, ove si evidenziano grandi differenze tra i diversi Paesi rispetto alle norme procedurali, alla tutela dei diritti, ai servizi d’integrazione e all’uso della detenzione amministrativa dei richiedenti asilo.

Infatti, la regola di base secondo cui sia uno solo lo Stato responsabile per la protezione internazionale e/o umanitaria e che la scelta di tale unico responsabile sia di regola del tutto sottratta ai richiedenti, determina molteplici inconvenienti, derivanti dalla accertata applicazione di criteri per l’esame delle domande non solo molto diversi da Paese a Paese – con tassi di riconoscimento che possono divergere in modo sostanziale, in alcuni casi da 1% a 70% per individui della stessa nazionalità – ma che risultano, di fatto, arbitrari e che non sempre possono essere agevolmente posti in discussione dagli interessati.

In particolare – e questo per noi operatori giuridici è particolarmente

grave – spesso lo stesso esercizio del fondamentale diritto ad un “ricorso effettivo” è ostacolato o addirittura impedito.

Sappiamo che il suddetto diritto fondamentale è previsto dal diritto internazionale ed europeo e riconosciuto dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo come garanzia volta ad evitare che le persone che necessitano di protezione internazionale e/o umanitaria siano ingiustamente rimandate nei Paesi dove la loro vita e la loro libertà sarebbero a rischio.

Ostacolarne o impedirne l’esercizio non è quindi solo un grave vulnus all’intero sistema di garanzie che abbiamo creato in Europa, ma è anche un modo per calpestare la dignità dei più deboli e questo è, non solo giuridicamente, ma proprio umanamente inaccettabile.

Peraltro, dalla anzidetta ricerca risulta che, secondo lo “stile” prevalentemente seguito nella UE, la violazione del suddetto diritto fondamentale non è effettuata in modo diretto, ma in modo indiretto, così:

in alcuni Paesi lo strumento adoperato è quello della previsione di tempi molto brevi per presentare ricorso, come accade, ad esempio, di regola in Ungheria, Regno Unito e Paesi Bassi, ma anche in Francia e in Germania per le procedure di ammissibilità alla frontiera;

in altri Paesi si raggiunge il medesimo risultato per effetto dell’assenza di un regime di sospensione automatica dell’ordine di espulsione conseguente alla proposizione del ricorso da parte del migrante, come accade, per esempio, in Italia, Paesi Bassi e Austria, ove è prevista la necessaria presentazione di una separata richiesta per la sospensione del provvedimento espulsivo.

Né va ommesso di rilevare che in alcuni Stati il sistema d’asilo e d’accoglienza è al collasso o soffre di problemi più circoscritti ma comunque gravi (es. pratiche dubbie nell’applicazione della Convenzione di Ginevra, problemi di accoglienza),

Sicché non è detto che lo Stato imposto dal Sistema come responsabile sia realmente un Paese “sicuro”, cioè in grado di offrire una adeguata protezione e un effettivo riconoscimento dei diritti fondamentali dei migranti.

Inoltre la imposizione della scelta del Paese di approdo comporta che non si tenga sufficientemente conto dei legami che un richiedente asilo può avere con uno o con l’altro Stato.

Con le modifiche di giugno 2013 si è ampliata la possibilità di dare rilievo ai legami familiari, ma resta l’irrelevanza di eventuali legami culturali o di altro tipo (per esempio derivanti da soggiorni precedenti).

Eppure è notorio – e lo ha di recente autorevolmente ribadito l’organizzazione dei gesuiti JRS Europa, proprio a commento delle

anzidette modifiche del CEAS – che “l’unico modo in cui il sistema di asilo dell’UE può funzionare umanamente” è quello di dare la possibilità agli interessati di “influenzare personalmente la scelta del Paese di destinazione”.

Infatti questo è l’ingrediente migliore per garantire la riuscita della integrazione delle persone che hanno diritto al riconoscimento di uno status di protezione e tale riuscita corrisponde non soltanto all’interesse dei migranti, ma anche ai principi del diritto internazionale e UE, oltre che agli interessi – anche economici – degli Stati di approdo, in tutto il mondo.

6. Il razzismo genera violenza.

Questo è anche quanto ci viene continuamente ricordato dai fatti di violenza – a volte terribili – che hanno come protagonisti, attivi o passivi, immigrati male integrati e che non sempre sono trattati dai sistemi giudiziari nazionali come meritano.

Basti pensare – come caso emblematico – alla agghiacciante vicenda – di cui, a fine agosto scorso, hanno dato adeguata notizia solo alcuni organi di informazione, almeno in Italia – relativa agli abusi e alle violenze sessuali perpetrate, dal 1997 al 2013, nella cittadina inglese di Rotherham, da appartenenti a gang pachistane ai danni di almeno 1400 bambini bianchi, chiamati dai criminali *white trash* (“spazzatura bianca”), affidati ai servizi sociali locali, vicenda sulla quale la polizia, gli assistenti sociali e i politici locali, pur essendo stati debitamente informati dell’accaduto più volte, a partire dal 2002, non sono hanno adottato alcun provvedimento.

Di cui la magistratura inglese e l’opinione pubblica hanno avuto notizia solo ora grazie ad una “indagine indipendente” da cui, in sintesi, è emerso che la causa dell’inattività degli organi locali è rappresentata dal razzismo – ipocritamente mascherato e per questo anche più subdolo – visto che la mancata adozione di tempestivi provvedimenti è derivata dalla appartenenza a fasce sociali emarginate sia delle vittime – affidate ai servizi sociali – sia dei criminali, pachistani.

Si è fatto, quindi, l’esatto contrario di quel che dicono sia i Trattati sia la corposa e sofisticata normativa antidiscriminatoria di cui la UE si è dotata, istituendo a suo presidio l’Agenzia della UE per i diritti fondamentali (FRA), che ha sede a Vienna ed è operativa dal 2007, con il principale obiettivo di sostituire il precedente Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia e rendere più efficiente la tutela in questo settore.

Come si è detto, il caso di Rotherham si può considerare “emblematico” della situazione che si è venuta a creare in Europa

nell'ambito della tutela dei diritti perché dimostra alcune cose fondamentali, cioè che:

1) il tema dell'immigrazione non deve essere affrontato separatamente dalle generali tematiche in materia di emarginazione sociale, perché il degrado e la povertà non hanno cittadinanza, ma dipendono da cause uguali, rispondono a medesime logiche qualunque sia la nazionalità delle persone che ne sono vittime e possono produrre analoghe reazioni da parte delle autorità nonché problemi anche di ordine pubblico;

2) in altre parole, pur non negando le specificità di ogni situazione, non si può misconoscere l'analogia – rispetto al suddetto caso inglese – delle motivazioni e dei comportamenti registratisi nell'uccisione del nero Michael Brown avvenuta negli USA a Ferguson, Missouri, in quella del diciassettenne Davide Bifulco, avvenuta a Napoli nei pressi del rione Traiano, ma anche nelle violente proteste di immigrati e disoccupati delle periferie delle città svedesi del maggio 2013, in quelle delle banlieue parigine (cominciate nell'autunno 2005, durate per oltre 20 giorni e che, ogni tanto, rischiano di riesplodere), così come nelle scene di guerriglia urbana verificatesi in Calabria a Rosarno (nella Piana di Gioia Tauro) nel gennaio 2010, per la rivolta di alcune centinaia di lavoratori extracomunitari impegnati in agricoltura e accampati in condizioni inumane in una vecchia fabbrica in disuso e in un'altra struttura abbandonata, per non parlare di quanto accade in Grecia e così via;

3) la matrice comune di tutti questi e degli altri casi di violenza così come delle molteplici altre situazioni di sfruttamento che si potrebbero ricordare (e che si verificano ovunque, nei confronti di cittadini europei "deboli" e di migranti) è quella della creazione di "steccati" tra i vari gruppi che compongono la società e quindi della relegazione dei soggetti scomodi o difficili in "ghetti" dove la democrazia diventa un concetto piuttosto etereo mentre la violenza è di casa, con una logica non dissimile da quella dei manicomi per i malati psichici.

La cartina di tornasole della pericolosa diffusione del suddetto sentimento razzistico e discriminatorio, anche nella nostra Europa – ove fino a poco tempo fa prevaleva decisamente uno spirito di "accoglienza" per tutti, anche alla luce di ciò che si era verificato nei campi di sterminio nazi-fascisti – la si ha nel trattamento preferenziale che alcuni Stati membri UE (in particolare: Malta, Portogallo, Spagna, Cipro, Bulgaria), seguendo l'esempio del Regno Unito – che per primo ha adottato misure di facilitazione per naturalizzare stranieri facoltosi – offrono a cittadini extracomunitari benestanti, onde indurli a parcheggiare nel proprio territorio le loro ricchezze, creando così un sistema di inclusione *golden visa*, la cui espansione sta procedendo speditamente, mentre l'Europa

continua a mostrarsi come una “fortezza” difficilmente penetrabile per le persone che vengono comunemente definite “migranti”, termine che viene ad assumere anch’esso una valenza discriminatoria, visto che è generalmente riservato soltanto a coloro che lasciano il proprio Paese spinti dal bisogno e non ai *golden migrants*.

7. Democrazia in pericolo.

Tutto questo è potuto e può quotidianamente accadere nonostante che in Europa – a partire dalla fine della seconda guerra mondiale e sulla scia dello sgomento per le orrende atrocità commesse in tale devastante conflitto – sia stato creato, non senza difficoltà, un ordinamento molto evoluto, basato sul riconoscimento del diritto di tutti gli individui alla pari dignità, nell’idea che a tutti gli individui debba essere garantita la «possibilità di godere di quelle semplici gioie e di quelle speranze che fanno sì che la vita valga la pena di essere vissuta», secondo le parole pronunciate da Winston Churchill nel famoso “Discorso alla gioventù accademica”, tenuto all’Università di Zurigo il 19 settembre 1946, che ha dato l’avvio al processo con il quale si è giunti all’attuale UE.

E nonostante che il suddetto diritto, oltre ad essere considerato il principio fondante della Costituzione italiana, riceva analogo riconoscimento nella maggior parte delle Costituzioni europee, sia solennemente contemplato dalla CEDU, dal Trattato di Lisbona e dalla Carta dei diritti fondamentali UE (per restare in ambito europeo).

Tanto che anche la autorevole Corte costituzionale tedesca (sentenza del 9 febbraio 2010) ha qualificato come “intangibile” il “superprincipio” della tutela della dignità umana.

Né va omissso di sottolineare che l’effettività della tutela dei diritti fondamentali, da sempre, è considerata il presupposto della legittimità democratica del “progetto europeo” e il suo tratto caratteristico in ogni settore.

E sappiamo che l’essenza della democrazia è rappresentata dal fatto che il benessere di ciascuno è la misura del benessere dell’intero corpo sociale di appartenenza.

Ebbene, è del tutto evidente che le suddette “prassi” tollerate – se non addirittura favorite dagli Stati ove vengono seguite – che privilegiano alcuni solo sulla base del reddito (comunque posseduto) mentre riservano a tutte le persone povere e vulnerabili trattamenti deteriori e umilianti minano alla radice il principio democratico.

Su questo credo sia bene riflettere, come viene richiesto da più parti da tempo, a partire dal Presidente della Corte EDU Dean Spielmann, il

quale, in varie occasioni ha rilevato che l'attuale momento di crisi economico-finanziaria non può costituire un alibi all'immobilismo dei Governi sul fronte dei diritti fondamentali ed ha specificato che tra le notevoli ripercussioni della crisi economico-finanziaria anche sui diritti umani (aggiuntive rispetto a quelle sui diritti sociali ed economici) vi si registra la preoccupante diffusione di atteggiamenti di intolleranza e di rifiuto per gli altri, con manifestazioni di ostilità verso l'accoglienza dei migranti e con la tendenza sia ad applicare la legge del più forte sia, talvolta, a mettere da parte i diritti umani, considerati da alcuni Governi come "un lusso che non ci si può permettere in periodi di crisi".

E, di recente, su un altro versante, anche Papa Francesco ha sottolineato che: "la crescita delle diseguaglianze e delle povertà mettono a rischio la democrazia inclusiva e partecipativa, la quale presuppone sempre un'economia e un mercato che non escludono e che siano equi".

Credo che simili appelli – che hanno valenza generale e provengono da fonti molto diverse – non possano più essere ignorati anche perché tutti gli Stati europei hanno accettato di sottoporsi al controllo giurisdizionale in ordine al rispetto dei principi, dei trattati e delle norme internazionali e sovranazionali che ci governano.

Inoltre, ignorando la questione per tanti anni si è consentito al razzismo, alla xenofobia e all'antieuropeismo di farsi sempre più strada e di organizzarsi in partiti politici attrattivi per le persone che sono maggiormente esposte agli effetti della crisi.

Così, mentre nel Parlamento europeo, recentemente eletto, si registra una importante presenza di tale tipo di partiti, nel frattempo anche nelle elezioni nazionali si verifica lo stesso fenomeno, come è accaduto in Svezia, in Francia, in Bulgaria e anche in Italia, con la "rinascita" della Lega Nord in Italia, caratterizzata da un marcato carattere razzista e xenofobo, come ha dimostrato la recente manifestazione del 18 ottobre 2014 a Milano.

Quindi, poiché come diceva il grande Thomas Mann, "la tolleranza diventa un crimine quando si applica al male", e poiché sarebbe inverosimile che razzismo e xenofobia non fossero qualificati come "mali", nella nostra Europa che tanto ne ha sofferto, anche nella sua storia recente, ad esempio con la shoah, e che si è unita proprio per combattere simili sciagure, non possono nutrirsi dubbi sulla necessità di dismettere tale atteggiamento ipocritamente tollerante, facendo applicazione dei sofisticati strumenti giuridici e politici che, concordemente, abbiamo creato allo scopo.

Al riguardo il nostro continente non soltanto è l'unico ad essersi dotato di ben due Corti – quella di Lussemburgo e quella di Strasburgo –

che, sia pure in ambiti diversi e con differenti modalità, svolgono il suddetto compito di controllo, ma è anche il solo nel quale tutti gli Stati hanno accettato di sottoporsi al controllo di tali due Corti, a differenza di quanto accade, ad esempio, per la Corte di San José.

E va anche detto che le suddette Corti europee “centrali” hanno avuto un ruolo importantissimo nel lungo, faticoso e non lineare cammino dell’integrazione europea cominciato più di cinquanta anni fa.

Tanto che il Presidente Giorgio Napolitano, in una visita alla CGUE di qualche anno fa, ha affermato che è stata la Corte di Lussemburgo “l’istituzione che più di ogni altra ha tenuto fermo il timone della visione originaria della costruzione europea e ne ha garantito il graduale, deciso progredire”.

E anche Jacques Delors, nello stesso arco di tempo, ha detto che “l’Europa di Robert Schuman non sarebbe stata possibile senza la giurisprudenza”, sottolineando, in particolare, come proprio il diritto e la giurisprudenza abbiano “posto su basi nuove – pacifiche, di reciproca comprensione, di rispetto di regole comuni – i rapporti tra gli Stati riconosciutisi nel progetto europeo” e come proprio il diritto debba restare “alle fondamenta della costruzione europea”.

E non si può negare che fino allo scoppiare della crisi economica, la UE, nella sua azione complessiva, si è dimostrata abbastanza sensibile alla tematica della tutela dei diritti fondamentali non solo nei rapporti con gli Stati terzi, ma anche – e direi soprattutto – in ambito comunitario.

Indubbiamente, anche prima del 2008 non mancavano le contraddizioni, ma nel tempo la situazione è “precipitata”, sicché gli assoluti protagonisti dei provvedimenti e delle iniziative degli Stati UE, sono diventati l’economia, il mercato e le agenzie di *rating*.

Così quando si è discusso dell’immigrazione lo si è fatto principalmente in termini di “voci di spesa” del bilancio dei vari Stati, sottoposti all’austero tetto del 3% del deficit sul PIL, imposto da Maastricht e ora contestato da più parti, a partire dalla Francia.

Ma intanto, tra misure securitarie e voci di spesa, gli esodi forzati sono, via via, aumentati e spesso la causa di tale fenomeno è da ricercare – direttamente o indirettamente – in inappropriate iniziative occidentali, come rileva anche l’UNHCR nel rapporto *Global trends*, pubblicato a giugno 2014.

Ora, sempre a causa di ritardi e tentennamenti, dobbiamo anche fare i conti con l’incombente pericolo del califfato ISIS e con la minaccia dell’ebola, per non parlare della situazione in Ucraina, ove si spera che sia definitivamente da escludere il previsto intervento della NATO.

Ma tutte queste situazioni possono determinare un ulteriore aumento

del numero di profughi, anche se diretti in Europa solo in piccola parte.

Deve essere – anche – chiaro che tale vertiginoso aumento dei migranti forzati, in buona misura, si può considerare: a) la conseguenza di recenti iniziative di politica estera europee che, nei fatti, si sono rivelate inopportune, quale, ad esempio, la partecipazione “esterna” alle cosiddette “primavere arabe” e, in particolare, alla deposizione di Gheddafi in Libia e la linea di condotta tenuta durante la sanguinosa guerra siriana; b) un “effetto perverso” della impostazione prevalentemente poliziesca data finora alla politica e alla prassi migratoria UE, impostazione che ha le sue origini nel 1999 – quando l’*acquis* di Schengen è stato integrato nel quadro istituzionale e giuridico dell’Unione europea in virtù di un Protocollo allegato al trattato di Amsterdam – e che, come si è detto, si è progressivamente rafforzata con l’allargamento dello spazio Schengen, con il quale gli Stati UE hanno avvertito con sempre maggiore intensità la necessità di rafforzare i controlli alle frontiere.

8. La tolleranza UE verso prassi sbagliate degli Stati membri.

Una evidente dimostrazione della impostazione fortemente “sbilanciata” della politica UE in materia di immigrazione sul versante della cooperazione amministrativo-poliziesca piuttosto che sul fronte della tutela di diritti fondamentali, è data dalla tolleranza dimostrata dalla UE rispetto all’adozione, da parte dei diversi Stati UE di possibile approdo dei migranti (come la Grecia, la Spagna, Malta, l’Italia), di sistemi di “allontanamento” non conformi al diritto internazionale né ai valori comuni della Unione, sanciti dall’art. 2 del TUE e sui quali si basa la stessa Unione, rappresentati dal rispetto, parte degli Stati membri dell’UE, “della dignità umana e dei diritti umani, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza e lo Stato di diritto”.

Questo si è verificato, in particolare, con riferimento a prassi violative dei diritti fondamentali dei migranti, ivi comprese:

1) la pratica delle “riammissioni” dai porti italiani del mare Adriatico verso la Grecia, che è tuttora molto utilizzata e che è governata da un accordo bilaterale stipulato Italia-Grecia del 30 aprile 1999 che è stato siglato fuori dal contesto del Codice Frontiere Schengen e consente a ciascuno dei due Stati contraenti di respingere immediatamente all’arrivo sul proprio territorio il migrante verso l’altro Stato, senza alcun provvedimento formale (che potrebbe essere impugnato), ma soltanto in base ad un semplice comportamento materiale di allontanamento messo in atto dalla Polizia di frontiera, che non lascia traccia documentale e che, quindi, non può essere impugnato;

2) la prassi dei respingimenti collettivi in mare verso la Libia seguita dall'Italia, a partire dal 6 maggio 2009, quando è entrato in vigore il Trattato di amicizia concluso con la Libia.

Ebbene tali prassi non sono state primariamente condannate dalle istituzioni UE, ma in sede giudiziaria.

Sappiamo, infatti, che le riammissioni italiane – a parte alcune coraggiose decisioni di giudici ordinari e amministrativi nazionali – sono state censurate, a livello europeo, soltanto con la recente e “storica” sentenza della Corte di Strasburgo del 21 ottobre 2014, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, che si è pronunciata su un ricorso pendente dal 2009 proposto da trentadue migranti, tra cui alcuni minori non accompagnati, di nazionalità afgana, eritrea e sudanese, che hanno denunciato di essere stati respinti, in epoche diverse, al momento dell'arrivo in Italia nei porti di Venezia, Ancona, Brindisi e Bari e di essere stati rimandati verso le località greche di partenza di Igoumenitsa o Patrasso. I ricorrenti avevano sostenuto inoltre di aver subito violenze da parte dei poliziotti italiani e greci, di non aver potuto richiedere alcuna protezione internazionale e di non aver avuto modo di prendere contatto con avvocati o interpreti per capire quali fossero i loro diritti a livello nazionale e internazionale.

Dato il tempo trascorso dalla presentazione del ricorso, la Corte europea ha condannato l'Italia e la Grecia per la violazione di alcuni diritti fondamentali soltanto di 4 dei ricorrenti, visto che gli altri, nel corso del lungo tempo trascorso dalla presentazione del ricorso, sono stati rimandati in luoghi dove è difficile che siano sopravvissuti, nonostante la Corte avesse intimato alla Grecia, ai sensi dell'art. 39 CEDU, di sospendere ogni espulsione nei confronti di tutti i ricorrenti.

Comunque quel che conta è che la sentenza ha condannato la Grecia per violazione dell'art. 13 CEDU (diritto a un ricorso effettivo) combinato con l'articolo 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti) e l'Italia per violazione dell'art. 4, Protocollo 4 (divieto di espulsioni collettive), nonché per violazione dell'art. 3, “perché le autorità italiane hanno esposto i ricorrenti, rimandandoli in Grecia, ai rischi conseguenti alle falle della procedura di asilo in quel Paese”.

D'altra parte, anche l'abbandono, da parte del nostro Paese, della prassi dei respingimenti in mare è stato determinato non da provvedimenti UE, ma dalla famosa sentenza della Corte di Strasburgo del 23 febbraio 2012 resa dalla Grande Camera, nel caso *Hirsi e altri c. Italia*, relativa al caso, molto conosciuto, della intercettazione, avvenuta nel maggio 2009, di barconi partiti dalla Libia da parte di navi militari italiane in acque maltesi. Il caso era stato rimesso alla Grande Camera direttamente dalla Seconda Sezione della Corte europea, in ragione della delicatezza e complessità

della materia, relativa ai limiti di difesa delle frontiere meridionali del Mediterraneo e la Grande Camera ha condannato il nostro Paese per i respingimenti in mare verso la Libia di stranieri provenienti dalla Somalia e dalla Eritrea, facendo riferimento sia all'art. 3 della CEDU (che vieta la tortura e le pene o i trattamenti inumani o degradanti), sia — per la seconda volta (dopo la sentenza del 5 febbraio 2002, nel caso *Čonka e altri c. Belgio*) — all'art. 4 del Protocollo n. 4 che sancisce il divieto delle espulsioni collettive di stranieri.

Non sappiamo ancora quali saranno, nel nostro ordinamento, gli effetti della sentenza *Sharifi* — che, peraltro, non è ancora definitiva — anche se, al momento, va rilevato che in essa si sottolinea che le procedure previste nell'indicato accordo bilaterale non vengono minimamente rispettate e che in ogni modo il Regolamento Dublino deve essere applicato in conformità alle prescrizioni della CEDU. Pertanto, nel caso in cui acquistasse definitività, la sentenza comporterebbe la necessità di rivedere tutto il Sistema nazionale di accoglienza presso i valichi di frontiera, inclusi quelli aeroportuali, onde adeguarlo ai principî stabiliti dalla Corte di Strasburgo e alla UE, come da tempo evidenziato anche dalle organizzazioni del settore, a partire dal CIR e dall'ECRE.

Sappiamo, invece, che la sentenza sul caso *Hirsi* ha determinato, nel nostro Paese; una radicale modifica delle prassi in materia di immigrazione, con il conseguente abbandono dei respingimenti collettivi.

Ma per un reale adeguamento del nostro sistema di accoglienza dei migranti al rispetto dei diritti fondamentali degli interessati vi è ancora molto da fare, non solo per quel che riguarda la pratica delle riammissioni, ma anche per molti altri aspetti, come vedremo più avanti.

Mettere mano alle questioni che sono tuttora aperte in questo campo e che rappresentano i punti deboli del nostro sistema nazionale che, inevitabilmente si ripercuotono anche sull'attività giurisdizionale, è ormai urgente, non solo per tutelare meglio i diritti fondamentali degli interessati ma anche perché la persistenza di tali criticità rappresenta per alcuni *partners* europei un "alibi" per non cooperare in maniera efficace nella gestione degli sbarchi nel mare Mediterraneo, che sono sempre più frequenti, numerosi e impegnativi (da molti punti di vista).

Anche se questo atteggiamento — proprio specialmente degli Stati del Nord Europa — non risponde ai loro stessi interessi di medio-lungo periodo e, comunque, non è conforme ai Trattati e, in particolare, all'art. 80 del TFUE, esso è molto diffuso, specialmente dopo lo scoppiare della crisi economico-finanziaria tuttora in atto.

Basti pensare che tutti gli Stati UE che hanno aderito a FRONTEX PLUS/TRITON si sono dichiarati disposti a farlo solo a patto che sia

l'Italia il Paese che si occuperà dell'accoglienza di tutti gli immigrati che verranno soccorsi o intercettati in mare da TRITON.

Questo non esclude che si possa auspicare nella cooperazione sul campo di Stati diversi, TRITON possa servire come "grimaldello" per giungere alla auspicata modifica della normativa sul diritto di asilo.

D'altra parte, al momento, questo è l'unico strumento concreto di cui al momento disponiamo ed è indubbio che esso comunque rappresenti una piccola "svolta", tanto che la Commissaria UE Cecilia Malmström ha dichiarato che tale operazione è finalizzata a sottolineare che: "il Mediterraneo è un mare europeo e un responsabilità europea".

9. La situazione italiana "sotto i riflettori" della UE e del Consiglio d'Europa. Uno sguardo di insieme.

È questa la cornice, sinteticamente tratteggiata, nella quale deve essere inserito il nostro sistema nazionale e nella quale, quindi, vanno valutate le modalità attraverso le quali, in esso, si attribuisce un contenuto concreto ai diritti fondamentali dei migranti, che trovano il loro fulcro nel principio di uguaglianza, tutelato attraverso il riconoscimento del diritto di difesa, inteso in senso ampio.

9.1. Le più evidenti criticità.

Le maggiori criticità del nostro sistema, più volte evidenziate anche dall'UNHCR e dalla dottrina, riguardano soprattutto:

a) la perdurante inefficienza del sistema di accoglienza, principalmente a causa della limitata disponibilità di uomini e mezzi, non proporzionata alla posizione geografica del Paese, che si traduce, in primo luogo, nell'impiego di tempi lunghissimi per l'identificazione personale degli stranieri e per l'accertamento della loro posizione rispetto alla protezione internazionale;

b) la scarsa chiarezza e organicità della normativa interna specialmente in materia di accoglienza che favorisce l'adozione, da parte delle autorità di frontiera, di prassi poco garantiste, se non addirittura punitive;

c) la persistente assenza di una legge organica in materia di asilo (cui fa espresso riferimento l'art. 10, terzo comma, Cost., come è noto), che ha dato luogo a contrastanti interpretazioni giurisprudenziali in materia;

d) le discordanze e sovrapposizioni presenti sia nell'ambito della suddetta normativa di origine UE sia nel rapporto tra alcune forme di protezione politico-umanitarie di origine internazionale e UE e analoghi

istituti di esclusiva provenienza nazionale, come nel caso del permesso di soggiorno per “gravi motivi di carattere umanitario”, disciplinato dagli artt. 5, comma 6, e 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998, nonché dagli artt. 32, comma 3, e 34 del suddetto decreto procedure, sulla cui disciplina si sono succedute, in poco tempo, interpretazioni discordanti della Corte di cassazione che, poi, hanno portato all’attrazione delle relative controversie nell’ambito della giurisdizione ordinaria, nonostante l’ampia discrezionalità generalmente di fatto riconosciuta alle Questure in materia di rilascio del permesso di soggiorno;

e) i limiti temporali, le condizioni e gli ingenti costi del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale presso i diversi Centri riservati agli stranieri;

f) la situazione dei migranti minori non accompagnati.

A tutto questo si aggiungono scelte strategiche foriere di molti dubbi dal punto di vista giuridico e umanitario in genere, come:

a) la pratica dei respingimenti collettivi in mare verso la Libia attuata a partire dal maggio 2009, che ancor prima che intervenisse la “storica” sentenza della Corte di Strasburgo del 23 febbraio 2012, nel caso *Hirsi e altri c. Italia*, era stata condannata da più parti. Basti pensare che anche nel *Rapporto annuale* della Caritas Migranti, tali respingimenti sono stati definiti come “deprecabili” violenze contro la libertà personale;

b) le c.d. riammissioni verso la Grecia, di cui abbiamo detto.

In questa situazione è facile comprendere che, soprattutto dopo la sentenza “pilota” della Corte di giustizia UE del 28 aprile 2011 *El Dridi Hassen*, la disciplina nazionale in materia di immigrazione e la conseguente applicazione da parte delle Amministrazioni pubbliche sono all’attenzione delle istituzioni UE e del Consiglio d’Europa, non solo giurisdizionali ma anche politiche.

9.2. Il controllo in ambito UE.

Così, in ambito UE, a parte le importanti decisioni della CGUE, sono state avviate alcune procedure di infrazione nei confronti del nostro Stato, tra cui, alcune ancora pendenti e riguardanti molti aspetti del nostro sistema di accoglienza,

Tra le procedure di infrazione è opportuno ricordare quella aperta in data 24 ottobre 2012, con la quale la Commissione europea ha contestato all’Italia di non adempiere agli obblighi imposti dal diritto dell’Unione in riferimento a:

- la limitata capienza dei Centri di accoglienza dei richiedenti asilo, e l’inconsistenza di fatto dell’accesso alle condizioni di accoglienza;

- le procedure di domanda di asilo, in particolare la mancanza, nella pratica, di un accesso effettivo alla procedura pertinente, sia in generale, sia con particolare riferimento ai richiedenti asilo per i quali è prevista la procedura Dublino.

Ai fini del superamento di tale procedura di infrazione, il Governo è intervenuto normativamente con l'art. 30 della legge 6 agosto 2013, n. 97 (in vigore dal 4 settembre 2013), che ha modificato l'art. 4 del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, introducendo dopo il comma 2 del suddetto art. 4 il comma 2-bis dal seguente tenore:

«Con decreto del Ministro dell'interno, presso ciascuna Commissione territoriale possono essere istituite, al verificarsi di un eccezionale incremento delle domande di asilo connesso all'andamento dei flussi migratori e per il tempo strettamente necessario da determinare nello stesso decreto, una o più sezioni composte dai membri supplenti delle Commissioni medesime. Le sezioni possono essere istituite fino a un numero massimo complessivo di dieci per l'intero territorio nazionale e operano in base alle disposizioni che regolano l'attività delle Commissioni territoriali. All'attuazione di quanto previsto dal presente comma si provvede con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica».

Peraltro, tale intervento non ha influito sulle condizioni di vita riservate agli immigrati nei diversi Centri in cui sono "ospitati". Tale questione ha formato oggetto di un rapporto del CPT del luglio 2012, riguardante anche il sovraffollamento carcerario e la lentezza delle pratiche di identificazione. Nello stesso periodo, l'UNHCR ha presentato al Governo un ampio documento contenente una serie di "Raccomandazioni sugli aspetti rilevanti della protezione dei rifugiati in Italia". Si tratta di un contributo di grande rilievo ove sono esaminate tutte le questioni in materia di protezione internazionale, dall'accesso al territorio, alla presentazione delle domande, dall'accoglienza alle procedure di riconoscimento, fino agli interventi per migliorare l'integrazione di chi è arrivato in Italia per sfuggire a guerre, violenze e persecuzioni. Nel documento si auspicava «un'organica revisione del quadro normativo e delle prassi amministrative, anche al fine di rimuovere gli ostacoli burocratici che hanno un impatto negativo sul processo di integrazione» e viene "raccomandata" l'adozione di specifici strumenti onde rendere più efficace la riforma.

Inoltre, poco prima (il 6 marzo 2012) la Commissione Diritti umani del Senato aveva approvato all'unanimità il "Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei Centri di accoglienza e trattenimento

per migranti in Italia” nel quale ha posto l’accento sulle critiche condizioni di vita nelle carceri ma anche nei Centri per i migranti.

A tutte queste denunce il nostro Governo ha risposto con il decreto-legge 1° luglio 2013, n. 78, recante disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena, convertito dalla legge 9 agosto 2013, n. 94. Il provvedimento – che è stato molto contestato sia in sede parlamentare sia dalle associazioni che si occupano delle condizioni carcerarie – non contiene alcuna disposizione sui Centri per gli immigrati.

Ciò è anche dovuto al fatto che l’intervento legislativo è stato determinato dalla necessità di dare esecuzione alla sentenza-pilota della Corte europea dei diritti dell’uomo, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, emanata in un giudizio nel quale la Corte di Strasburgo era stata chiamata ad esaminare un ulteriore ricorso in materia di sovraffollamento carcerario in Italia, cioè una questione che riguarda molto da vicino gli immigrati, visto che essi rappresentano la maggior parte della attuale popolazione carceraria del nostro Paese (tanto che due tra i ricorrenti alla Corte di Strasburgo erano cittadini extracomunitari). È noto che le sentenze-pilota sono emesse, ai sensi dell’articolo 46 della CEDU, quando la Corte ritiene che il problema evidenziato sia un problema di sistema. Ciò è accaduto anche nella specie visto che i numerosi ricorsi di persone detenute in Italia dimostrano che l’eccessivo affollamento degli istituti di pena italiani rappresenta un problema strutturale del nostro Paese, per questo è stata affermata la violazione dell’articolo 3 della Convenzione ed è stato stabilito che occorrono interventi radicali e tempestivi, dandosi allo Stato italiano un anno di tempo dalla pubblicazione della sentenza per provvedere.

In tale sentenza la Corte ha, in altre parole, ritenuto che le condizioni di detenzione nelle carceri italiane integrano di per sé un “trattamento inumano e degradante” previsto all’art. 3 della Convenzione, richiamando la propria sentenza 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, nel quale è stato riconosciuto che i ricorrenti avevano subito trattamenti inumani per il fatto di aver dovuto condividere con altri due detenuti, per lunghi periodi di tempo, celle predisposte per una sola persona.

Facendo le debite differenze, è noto che anche nei Centri per stranieri le condizioni di vita non sono buone, tanto da dare luogo a volte a violente ribellioni. È quindi evidente che la suddetta condanna del nostro Paese, anche alla luce di quanto detto prima, sarebbe auspicabile che servisse da stimolo per rivedere tutta la situazione complessiva, ormai sempre più all’attenzione dei nostri partner europei.

In questa ottica va salutata con favore la recente istituzione da parte della Camera dei deputati (con delibera del 17 novembre 2014) di una

Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza e di identificazione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti nei centri di accoglienza (CDA), nei centri di accoglienza per richiedenti asilo (CARA) e nei centri di identificazione ed espulsione (CIE).

Tra i molteplici compiti assegnati a tale Commissione il primo è quello di “accertare se nei CDA, nei CARA e nei CIE si siano verificati condotte illegali e atti lesivi dei diritti fondamentali e della dignità umana e se, in particolare, siano stati praticati trattamenti disumani o degradanti nei confronti dei migranti ivi accolti o trattenuti”.

Ma, altrettanto significativo è il compito di “valutare la sostenibilità dell’attuale sistema sotto il profilo economico e la possibilità di adottare, a parità di risorse impiegate, nuove e diverse soluzioni normative per la gestione della questione dell’immigrazione”.

Sembra quindi che, finalmente, si sia imboccata la strada giusta del rispetto dei diritti fondamentali non disgiunto da un migliore impiego delle risorse (umane e materiali).

Quindi, aspettiamo fiduciosi la conclusione dei lavori della suddetta Commissione parlamentare, tanto più che, come si è detto, il Sistema Dublino III varato a giugno 2013 ha ampliato l’ambito di applicazione della c.d. detenzione amministrativa nei confronti dei richiedenti la protezione internazionale.

9.3. Il controllo nell’ambito del Consiglio d’Europa.

D’altra parte, nel sistema del Consiglio di Europa, in aggiunta ad importanti decisioni della CEDU:

1) il Comitato Europeo per i Diritti Sociali (CEDS), nei casi di reclamo collettivo *European Roma Rights Centre (ERRC) c. Italia* (n. 27/2004) e *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Italia* (n. 58/2009) – entrambi relativi ai diritti sociali degli appartenenti alle comunità Rom e Sinti in Italia – ha affermato – con decisioni rispettivamente del 7 dicembre 2005 e del 25 luglio 2010 seguite da corrispondenti risoluzioni del Comitato dei Ministri – la violazione delle disposizioni indicate nei reclami e quindi l’obbligo del nostro Stato di favorire l’accesso dei nomadi alle abitazioni pubbliche, sul principale assunto secondo cui, il diritto all’abitazione, di cui all’art. 31 CSER, deve essere comunque garantito a tutti i soggetti, anche stranieri, e pure quando lo Stato intenda adottare politiche sociali diversificate rispettivamente per i propri cittadini e per gli stranieri, in ogni caso deve rispettare la dignità umana di tutti i soggetti residenti sul loro territorio. Anche se, in questa sede, può risultare inutile – visto che i Giudici di pace italiani hanno

proposto al CEDS un reclamo collettivo sulle loro condizioni di lavoro – comunque l’incisività del controllo del Comitato è dimostrata anche dalle due recenti decisioni del 10 novembre 2014, nelle quali – partendo dalla premessa gli Stati sono tenuti ad assicurare anche ai migranti irregolari il diritto all’integrità fisica e quello alla dignità umana, essendo obbligati di interpretare la Carta Sociale Europea in armonia con gli altri atti internazionali – il Comitato ha sancito la violazione, da parte dei Paesi Bassi, dell’articolo 13 della Carta, rispettivamente, a causa del mancato rispetto di una serie di diritti ivi previsti in favore di coloro che non hanno risorse sufficienti, incluso il diritto all’assistenza sociale e medica e per aver favorito l’esclusione sociale soprattutto con riguardo alle persone rientranti nelle categorie vulnerabili, inclusi i bambini;

2) il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti (CPT), nel corso delle sue visite periodiche, istituzionalmente effettuate nelle carceri, nei centri di detenzione per minorenni e stranieri, nei commissariati di polizia, negli ospedali psichiatrici, nelle case di cura, nelle strutture e istituzioni di ricovero a carattere sociale, ecc. ha, in più occasioni, sottolineato la necessità per il nostro Paese della previsione dello specifico reato di tortura, anche per sanzionare, in modo appropriato, le violenze che i migranti possono subire da parte delle forze dell’ordine all’arrivo o nei Centri di trattenimento e che, allo stato, restano, spesso, impunte. Del resto, il divieto di tortura e di altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, rappresenta l’altra “faccia della medaglia” del fondamentale divieto di respingimento che, secondo l’UNHCR e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo nonché della CGUE, è applicabile a ogni forma di trasferimento forzato, compresi deportazione, espulsione, estradizione, trasferimento informale e non ammissione alla frontiera. Il suddetto divieto è formalmente contenuto in specifiche disposizioni della CEDU e della c.d. Carta di Nizza, oltre ad essere contemplato sia della Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, sia della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti adottata a Strasburgo (nell’ambito del Consiglio d’Europa) il 4 novembre 1993 e dei relativi Protocolli n. 1 e n. 2). Il nostro Paese ha ratificato tali Convenzioni, ma non ha ancora provveduto alla configurazione di uno specifico reato di tortura, come auspicato e richiesto da moltissimi anni, sostenendo che ciò non sarebbe necessario perché l’ordinamento nazionale già sanziona penalmente tutte le condotte che possono farsi rientrare nel concetto di tortura. Eppure è a tutti noto che l’esperienza ci dice che le cose non stanno proprio così e che tante violenze che i migranti e/o i detenuti subiscono da parte delle forze

dell'ordine all'arrivo o nei Centri di trattenimento ovvero in carcere restano impunte, anche per l'assenza del suddetto reato di tortura. Ora tuttavia, le cose sono cambiate ed è all'esame del Parlamento uno specifico disegno di legge, il che è probabilmente dovuto a due ulteriori – rispetto al citato caso Hirsi – condanne del nostro Paese per violazione dell'art. 3 della CEDU (sul divieto di trattamenti inumani e degradanti) ad opera della Corte di Strasburgo, con le sentenze del 24 giugno 2014 sul caso *Alberti c. Italia* e dell'1 luglio 2014 sul caso *Saba c. Italia* (entrambe relative a violenze subite da detenuti da parte di poliziotti). Peraltro, il CPT ha anche più volte denunciato le inadeguate condizioni di vita dei detenuti nelle carceri sovraffollate e degli immigrati nei Centri loro destinati, sottolineando la situazione particolarmente critica dei minori non accompagnati;

3) la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI - European Commission against Racism and Intolerance), creata nel 1993, per la lotta contro il razzismo, la discriminazione razziale, la xenofobia, l'antisemitismo e l'intolleranza in Europa, alla luce della CEDU, dei suoi Protocolli Addizionali e della relativa giurisprudenza. Nell'ultimo rapporto ECRI sull'Italia, pubblicato il 21 febbraio 2012, è stato rilevato che, nonostante i progressi registrati in alcuni campi, è ancora necessario un maggiore impegno per combattere i discorsi di incitazione all'odio e proteggere i Rom e gli immigrati dalla violenza e dalla discriminazione, raccomandandosi, fra l'altro, di attribuire un ruolo più incisivo all'UNAR (Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali) e sottolineandosi che, grazie ad alcuni provvedimenti giurisdizionali, è stato annullato un certo numero di misure discriminatorie precedentemente adottate dal Governo e da alcuni sindaci;

4) Gruppo di esperti sulla lotta alla tratta degli esseri umani (GRETA), incaricato di vigilare sull'attuazione da parte degli Stati membri della Convenzione del Consiglio d'Europa contro la tratta di esseri umani da parte degli Stati membri (aperta alla firma il 16 maggio 2005, ratificata dall'Italia il 29 novembre 2010 ed entrata in vigore il primo febbraio 2008), strumento giuridico vincolante, basato sul principio per cui la tratta degli esseri umani costituisce una violazione dei diritti della persona ed un attentato alla dignità ed all'integrità dell'essere umano, persegue tre obiettivi: prevenire la tratta, proteggere i diritti umani delle vittime della stessa e perseguire i trafficanti. Nell'ultimo rapporto definitivo sulla situazione dell'Italia emesso dal GRETA nell'ambito delle attività di valutazione relativa all'implementazione della Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani, è stata rilevata una scarsa attenzione, nel nostro Paese, per il fenomeno della tratta di esseri umani, specialmente con

riguardo alle forme di tratta diverse da quella per sfruttamento sessuale, come lo sfruttamento lavorativo – in particolar modo quello agricolo – e altre tipologie di tratta come l'accattonaggio. Infatti, il fenomeno della tratta oggi “multidimensionale” e i percorsi di sfruttamento – che spesso si incrociano fra di loro – vanno identificati e contrastati sulla base di strategie olistiche e integrate, tramite un maggiore coordinamento tra autorità e operatori. Inoltre, sono state evidenziate sia l'assenza di un piano di azione nazionale sulla tratta di esseri umani (chiedendosi alle autorità italiane di dotarsi al più presto di un piano nazionale contenente priorità, obiettivi e azioni per rendere più efficace il contrasto alla tratta) sia inefficacia dell'azione del sistema giudiziario, desumibile dalle frequenti pronunce di estinzione dei reati per prescrizione. Al riguardo, è bene ricordare la UE, parallelamente aveva avviato una procedura di infrazione nei confronti del nostro Stato per la mancata attuazione alla direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI. Con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24 (“Prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e protezione delle vittime”) si è provveduto al riguardo e questo ha comportato un rafforzamento della risposta punitiva, con ampliamento dell'ambito di applicazione – soggettivo e oggettivo – delle norme incriminatrici in materia.

10. La fase dell'arrivo nel territorio nazionale.

La fase iniziale dell'arrivo degli stranieri nel nostro Paese, rappresenta un punto particolarmente “dolente” della disciplina nazionale, spesso caratterizzato da patenti violazioni dei diritti fondamentali degli interessati, come da tempo è stato denunciato con ampia documentazione, alle autorità competenti, da parte delle organizzazioni umanitarie che si occupano dell'accoglienza dei migranti alle frontiere marittime e aeroportuali (in particolare: CIR ed ECRE).

Questo, peraltro, si verifica in molti Paesi e gli inconvenienti maggiori sono principalmente dovuti alle differenti prassi seguite dalle Polizie di frontiera.

Non è un caso, quindi, che il CIR, consapevole di questa criticità, a metà ottobre 2013 abbia presentato a Roma il rapporto “Access to protection: a human right” (Accesso alla protezione: un diritto umano) elaborato a conclusione di un progetto svolto nell'ambito del Programma europeo per l'integrazione e la migrazione (EPIM), diretto proprio a cercare di promuovere la conformità delle politiche e delle prassi nazionali e comunitarie con gli obblighi previsti dagli strumenti europei relativi ai

diritti umani – in particolare a quelli stabiliti dalla Corte europea dei diritti umani di Strasburgo – nella fase dell’accesso al territorio nazionale, che è quella in cui chi ne ha diritto può accedere alla protezione internazionale.

Il progetto ha avuto inizio nel settembre 2012 e si è concluso a febbraio 2014 ed ha comportato la valutazione, in particolare, della situazione di alcuni Paesi della UE – Germania, Grecia, Italia, Malta, Spagna, Portogallo, Ungheria – effettuata, sulla dichiarata premessa che il raggiungimento dell’obiettivo avuto di mira presuppone un “cambiamento culturale” in materia di immigrazione, che consenta di passare da un approccio prevalentemente volto ad assicurare la sicurezza ad una visione in cui si privilegia il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti.

Nel rapporto viene spiegato che, anche se per porre rimedio ad alcune situazioni potrebbe essere necessario varare delle modifiche normative UE e/o nazionali, comunque il progetto è diretto principalmente a determinare un miglioramento delle prassi, in particolare di quelle concernenti i servizi di informazione, di interpretariato e di orientamento legale alle frontiere e di quelle relative ai sistemi di controllo delle frontiere stesse. Inoltre, ci si propone di garantire all’UNHCR e alle ONG il libero e pieno avvicinamento ai potenziali richiedenti protezione internazionale nonché la promozione di una formazione sistematica in materia di diritti umani e del diritto di asilo rivolta alle autorità, soprattutto a quelle di frontiera.

Nella conferenza di presentazione del rapporto sull’Italia il direttore del CIR, Christopher Hein, ha posto l’accento sul fatto che dai dati raccolti è emerso con chiarezza come la maggior parte di coloro che cercano di arrivare in Italia e che muoiono nel mare Mediterraneo necessiti di protezione internazionale. Pertanto, ha rilevato, che è indispensabile prevedere modalità di ingresso protetto, come la possibilità di richiedere asilo presso le ambasciate e i consolati, il rilascio di visti umanitari temporanei e il reinsediamento per rifugiati, in quanto è indispensabile cercare vie alternative di ingresso per permettere ai migranti di arrivare in maniera sicura in un posto sicuro.

A ciò può aggiungersi che, nel nostro Paese, la situazione è ulteriormente complicata dalla persistente mancata soluzione della questione relativa agli effetti dell’istituto della “protezione umanitaria”, che costituisce ancora una delle soluzioni più frequenti adottate dalle Commissioni territoriali competenti a decidere sulle istanze di protezione internazionale. Infatti, appare indubitabile che la normativa UE, da sempre, si rivolge solo ai richiedenti protezione internazionale (asilo, rifugio o protezione sussidiaria) e che, pertanto, essa non contempla tra i destinatari coloro che in Italia chiedono od ottengono il riconoscimento dello status di protezione umanitaria ai sensi dell’art. 5, 6° comma, del t.u. n. 286 del

1998 in materia di immigrazione.

La chiara scelta della UE nel senso suindicato rappresenta un ulteriore ostacolo, probabilmente insormontabile, per un successivo reinsediamento legale in un altro Paese e ciò può anche determinare un aumento del numero degli stranieri che, pur avendo titolo per chiedere ed ottenere uno status di protezione internazionale o umanitaria, potranno trovarsi in una condizione di soggiorno irregolare.

11.- In particolare: le violazioni del diritto ad un “ricorso effettivo”

11.1.- L’assenza di un provvedimento impugnabile

La pratica della fase di arrivo considerata maggiormente arbitraria è quella – oggi condannata dalla Corte di Strasburgo – delle riammissioni, in particolare verso la Grecia, che consistono nei fatti in “respingimenti immediati informali” e che il Governo italiano non ha mai voluto considerare “respingimenti” – esplicitamente vietati dal Codice Frontiere Schengen alle frontiere interne degli Stati membri – configurandoli come atti di semplice riaffidamento ai comandanti dei traghetti senza alcuna formalità.

Peraltro, nel Rapporto Attività CIR del 2007 pubblicato a maggio 2008 era stato segnalato l’uso frequente e massiccio di tale prassi, posta in essere per lo più nei confronti di iracheni e afgani ed era stata espressa la preoccupazione per il concreto rischio di refoulement, denunciandosi che i servizi di orientamento avevano riportato grandi difficoltà ad entrare in contatto con i cittadini stranieri, inclusi probabili richiedenti asilo ed esprimendosi la particolare preoccupazione che con molta probabilità tra i respinti vi fossero anche minori non accompagnati.

Contro le riammissioni, nel corso degli anni, si sono avute una serie di manifestazioni, anche internazionali, e denunce, finché si è giunti alla citata sentenza *Sharifi*, che rende più rinviabile una immediata revisione di tutto il Sistema nazionale di accoglienza presso i valichi di frontiera, inclusi quelli aeroportuali, al fine di adeguarlo ai principî stabiliti dalla Corte di Strasburgo.

Da quanto si è detto risulta che uno degli elementi maggiormente critici della citata prassi delle riammissioni è rappresentata dalla assenza di un provvedimento da cui risulti il respingimento e che sia, quindi, impugnabile.

Questo comporta una patente violazione del fondamentale diritto ad un “ricorso effettivo”, dal diritto internazionale ed europeo (vedi: art. 13 CEDU e art. 47 della Carta UE) e riconosciuto dalle Corti di Strasburgo e

Lussemburgo.

11.2. Il sistema nazionale di sospensione dell'ordine di espulsione.

Al riguardo si deve, in primo luogo ricordare che l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato della Corte di Strasburgo è nel senso di considerare "effettivo" un rimedio nazionale quando esso:

a) sia apprestato da un'istituzione, anche non giurisdizionale, in grado di garantire giuridicamente e praticamente il diritto dello straniero;

b) sia "adeguato", ovvero organizzato in modo tale da consentire a tale autorità nazionale di affrontare il ricorso nel merito ed assicurare una protezione appropriata;

c) sia attivabile direttamente dallo straniero interessato dal provvedimento di espulsione.

Inoltre, a partire dalla sentenza 5 febbraio 2002, *Conka c. Belgio* (parr. 78-83), la Corte EDU ha costantemente affermato – sulla base del combinato disposto degli artt. 13 e 3 della Convenzione – il principio secondo cui un ricorso effettivo deve comportare "automaticamente" la sospensione dell'esecuzione dell'espulsione fino a quando l'autorità adita non si sia pronunciata (nello stesso senso, fra le altre: sentenze 8 giugno 2006, *Lupsa c. Romania*; 26 aprile 2007, *Gebremedhin c. Francia*; 22 aprile 2014, *A.C. ed altri contro Spagna*).

Ebbene, come è stato sottolineato anche dalla ricerca dell'ECRE del 2013 dianzi citata, anche dal punto di vista dei rapporti tra ricorso e provvedimento espulsivo il nostro sistema non è il linea con gli indicati principî, per l'assenza di un regime generale di sospensione automatica dell'ordine di espulsione conseguente alla proposizione del ricorso da parte del migrante.

11.3. Altre situazioni critiche.

Peraltro la violazione del suindicato diritto fondamentale, può verificarsi, nel nostro sistema, anche per altre ragioni, che possono essere rappresentate, fra l'altro, dall'inadeguatezza dei servizi di informazione, di interpretariato e di orientamento legale alle frontiere e delle prassi seguite il controllo delle frontiere stesse, spesso senza una aggiornata informazione delle situazioni dei Paesi di origine dei migranti (COI) e senza garantire all'UNHCR e alle ONG il libero e pieno avvicinamento ai potenziali richiedenti protezione internazionale.

In questa sede, mi limito a ricordare che, per quel che riguarda la c.d. garanzia linguistica, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 257 del

2007, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 102 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia), nella parte relativa alla mancata previsione della possibilità, per lo straniero ammesso al patrocinio a spese dello Stato che non conosce la lingua italiana, di nominare un proprio interprete, la cui figura differisce sia da quella del consulente di parte sia da quella dell'interprete nominato dal giudice.

Anche se tale sentenza ovviamente ha applicazione generale, permangono differenze di regime tra i procedimenti in materia di protezione internazionale e quelli in materia di espulsione e provvedimenti affini, in quanto tuttora la garanzia linguistica è tutelata in modo più efficace in tema di protezione internazionale.

Infatti, per tale ultimo tipo di procedimenti, l'art. 10, commi 4 e 5, del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, prevede espressamente – al fine di assicurare al ricorrente la massima informazione e la più penetrante possibilità di allegazione – che la comunicazione della decisione negativa della Commissione territoriale competente debba essere resa nella lingua indicata dallo straniero richiedente o, se non sia possibile, in una delle lingue veicolari, ivi contemplate che sono quattro – inglese, francese, spagnolo o arabo – e seguendo l'indicazione di preferenza dell'interessato (Cass. 3 gennaio 2012, n. 420; Cass. 21 novembre 2011, n. 24543).

Viceversa, per gli altri, l'art. 13, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998 si limita a prevedere che “il decreto di espulsione e il provvedimento di cui al comma 1 dell'articolo 14, nonché ogni altro atto concernente l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione” debbano essere comunicati all'interessato unitamente all'indicazione delle modalità di impugnazione e ad una traduzione “in una lingua da lui conosciuta”, ovvero, ove non sia possibile, in una delle tre lingue veicolari ivi indicate (francese, inglese o spagnola). Ed è solo grazie ad un *revirement* della Corte di cassazione (inaugurato con Cass. 8 marzo 2012, n. 3676 e n. 3678) – finalizzato a dare attuazione ai principî del giusto processo di opposizione all'espulsione, dopo le modifiche del d.lgs. n. 286 del 1998 (spec. art. 13), introdotte dal d.l. n. 89 del 2011 – che si è stabilita la nullità del provvedimento di espulsione tradotto in lingua veicolare per l'affermata irreperibilità immediata di traduttore nella lingua conosciuta dallo straniero, ma si è anche fatta salva l'ipotesi che l'amministrazione affermi ed il giudice ritenga plausibile che ci si sia trovati nell'impossibilità di predisporre un testo nella lingua conosciuta dallo straniero per la sua rarità ovvero l'inidoneità di tal testo alla comunicazione della decisione in concreto assunta.

Conseguentemente, Cass. 14 gennaio 2013, n. 727 ha affermato che il decreto di proroga del trattenimento presso il locale centro di

identificazione ed espulsione di cittadino straniero può essere pronunciato all'esito dell'udienza con l'assistenza, in funzione di interprete, di un altro ospite del centro, poiché a tale provvedimento di natura giurisdizionale non si applica la previsione della necessaria traduzione nella lingua conosciuta dallo straniero, ai sensi dell'art. 13, 7° comma, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, che va riferita al solo provvedimento di espulsione amministrativa.

12. La persistente molteplicità di giurisdizioni nella tutela degli stranieri extracomunitari.

In ambito propriamente processuale un altro inconveniente – di carattere indirettamente discriminatorio nei confronti dei migranti – del nostro sistema è rappresentato dalla perdurante molteplicità di giudici chiamati ad occuparsi dei diversi provvedimenti che possono riguardare gli immigrati.

Si tratta di un problema che non è risolvibile in sede interpretativa e che compete al legislatore ordinario nazionale di risolvere, come ha rilevato la stessa Corte costituzionale, dopo aver sottolineato che la tutela nei riguardi dei provvedimenti di espulsione ha “implicazioni, nella quasi totalità dei casi necessarie, sulla libertà personale e non solo sulla libertà di circolazione dello straniero” (vedi, per tutte: ordinanza n. 414 del 2001 e sentenza n. 240 del 2006).

Eppure, nonostante l'attribuzione – realizzatasi nel tempo in termini sempre più ampi specialmente dopo l'introduzione del nuovo sistema di protezione internazionale di derivazione UE – delle controversie in materia di protezione internazionale o umanitaria alla giurisdizione del giudice ordinario, dovuta alle progressive modifiche del quadro normativo (interno, comunitario, internazionale) di riferimento, agli interventi della Corte costituzionale e delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo e – in modo significativo – alla sensibilità dimostrata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, tuttavia la situazione è rimasta molto complessa.

In particolare, i migranti devono mettere in bilancio di doversi rivolgere sia al giudice amministrativo – per l'impugnativa dei provvedimenti discrezionali amministrativi (molto incisivi sulla situazione del destinatario), che sono emessi a tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza – sia al giudice di pace – per impugnare eventuali decreti prefettizi di espulsione, ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. n. 150 del 2011 – oppure al tribunale ordinario per la tutela dei loro diritti fondamentali.

E, a tutto questo vanno aggiunti i persistenti inconvenienti dovuti alla eccessiva complicatezza e lunghezza dei procedimenti per l'acquisto della cittadinanza da parte degli stranieri nonché per l'acquisto dello *status* di

apolide (sia in via amministrativa, con riferimento all'accertamento del requisito della residenza e sia in via giudiziaria, con riguardo alla individuazione del giudice competente e al rito applicabile, nonché in materia di diritti del richiedente il riconoscimento dello status di apolide e dell'apolide riconosciuto, in ordine, in particolare, al titolo di soggiorno).

Ne consegue che quelli che sono i due aspetti fisiologicamente coesistenti nella situazione dei migranti – che la Corte costituzionale ha sempre invitato a trattare in modo unitario – risultano invece separati e neanche in modo chiaro e immediatamente intellegibile, visto che spesso i diversi giudizi che si sovrappongono e si intrecciano.

È noto che dopo l'introduzione del nuovo sistema di protezione internazionale di derivazione UE, la giurisprudenza della Corte di cassazione, seguendo l'indirizzo di offrire al migrante strumenti di carattere procedurale diretti a facilitarne l'esercizio dei propri diritti fondamentali si è mossa su due principali direttrici: *a)* quella del tendenziale riconoscimento delle differenti situazioni sulla cui base viene richiesta la protezione in termini di diritto soggettivo alla protezione internazionale invocata, (ovviamente, in accordo con le diverse modificazioni del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento che si sono succedute nel tempo); *b)* la conseguente tendenziale devoluzione dei relativi procedimenti alla giurisdizione del giudice ordinario (vedi, per tutte: Cass., sez. un., 26 maggio 1997, n. 4674; Cass., sez. un., 17 dicembre 1999, n. 907; Cass., 23 dicembre 2010, n. 26056; Cass., 9 dicembre 2011, n. 26480), corrispondente al netto favore legislativo per l'esame unico delle condizioni e delle ragioni umanitarie del richiedente asilo e/o protezione internazionale.

Però l'attribuzione delle controversie in materia di protezione internazionale o umanitaria alla giurisdizione del giudice ordinario non si è tradotta in una vera e propria semplificazione della complessiva disciplina processuale e quindi nel riconoscimento di un effettiva e agevole tutela del diritto di difesa degli interessati.

Ne deriva che non sembra più eludibile una riforma legislativa delle giurisdizioni e dei giudici competenti in materia di ingresso, soggiorno, trattenimento, accompagnamento e allontanamento degli stranieri e in materia di diritto di asilo e anche di cittadinanza e apolidia, preferibilmente attraverso l'istituzione di sezioni specializzate dei tribunali ordinari, essendo, all'evidenza, prevalente l'incidenza di diritti fondamentali degli interessati, rispetto ad eventuali atti di carattere discrezionale della P.A.

Quel che è certo è che da tale situazione deriva la necessità per l'interessato di munirsi di una adeguata difesa tecnica, il che, il più delle volte, avviene con il patrocinio a spese dello Stato, strumento che non

sempre offre una garanzia di accesso al giudice reale e commisurata ai relativi costi per il bilancio statale.

13. Tentativi di unificazione delle giurisdizioni per via giurisprudenziale.

Va comunque tenuto presente che già il fatto che si sia finalmente realizzata la devoluzione al solo giudice ordinario di tutte le controversie in materia di protezione internazionale (in senso ampio) — corrispondente ad una più incisiva tutela dei diritti fondamentali del migrante — si può considerare una “conquista”, che potrebbe avere un effetto trainante anche per le altre controversie, tanto più che, in tempi recenti, pure i giudici amministrativi (come vedremo) cercano di favorire il raggiungimento di tale obiettivo, attraverso un allargamento della categoria dei provvedimenti “vincolati” che riguardano gli stranieri, principalmente facendo ampia applicazione dell’art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, aggiunto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15.

Il suddetto art. 21-*octies* (intitolato “Annullabilità del provvedimento”) ha il seguente testo, il cui comma 2, dal contenuto molto innovativo, è diretto ad evitare annullamenti derivanti da vizi meramente formali o procedurali dell’atto amministrativo che non abbiano influito sul relativo contenuto e che quindi si rivelerebbero “inutili”.

Nel contenzioso in materia di stranieri i giudici amministrativi hanno fatto ampia applicazione della suindicata norma, manifestando la tendenza ad includere anche i provvedimenti di diniego o revoca del permesso di soggiorno nell’area dei provvedimenti vincolati, al dichiarato fine di favorire una sorta di semplificazione processuale-sostanziale delle diverse fattispecie esaminate, che tuttavia si è tradotta, nella maggior parte dei casi, in pronunce di rigetto delle impugnative degli stranieri relative agli atti di diniego, revoca e annullamento di permesso di soggiorno o ad altri atti di contenuto sfavorevole per il ricorrente.

Pertanto, la VI sezione del Consiglio di Stato, con la decisione 2 febbraio 2009, n. 552, ha arrestato l’applicazione indiscriminata del suddetto orientamento stabilendo che l’art. 21-*octies*, 2° comma, della legge n. 241 del 1990, è uno strumento processuale nelle mani del giudice, non un principio dell’attività amministrativa, di cui la P.A. possa avvalersi con scelta incontrollata, per saltare alcuni passaggi dell’*iter* procedimentale, volto a scandire le tappe che conducono al provvedimento finale, poiché una simile discrezionalità *praeter legem* si tramuterebbe in arbitrio, quindi in un’aperta violazione del principio di legalità, che informa l’azione amministrativa.

Conseguentemente, è stato accolto il ricorso di un cittadino extracomunitario contro il decreto con cui il Questore gli aveva negato il rinnovo del permesso di soggiorno, perché l'impresa di autotrasporti per la quale lavorava lo straniero aveva cessato di esistere e di operare quattro anni prima ma il Questore, nonostante la mancanza del prescritto preavviso di provvedimento negativo, aveva proceduto ugualmente, sul rilievo secondo cui erano sussistenti gli estremi per l'applicazione dell'articolo 21-*octies*, comma 2, cit., visto che il provvedimento nel suo contenuto era "immodificabile".

Nella sentenza viene stigmatizzato il descritto *modus procedendi*, della Questura e se ne mette in risalto la palese contrarietà all'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, che è stato introdotto dalla legge n. 15 del 2005 al fine di consentire il contraddittorio tra privato ed Amministrazione prima dell'adozione di un provvedimento negativo e quindi allo scopo, quindi, di far interloquire il privato sulle ragioni ritenute dall'Amministrazione ostative all'accoglimento dell'istanza.

In altre parole, nella decisione si è precisato che se le Amministrazioni intendono avvalersi della norma in oggetto, possono farlo solo in sede giurisdizionale, quando sono stati commessi degli errori e non si è riusciti a correggerli attraverso l'esercizio del potere di autotutela.

Comunque, in presenza di una istanza di rinnovo del permesso di soggiorno, l'accertamento dell'insussistenza del rapporto lavorativo dichiarato può condurre al diniego, "sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio" (art. 5, 5° comma, d.lgs. n. 286 del 1998).

In casi come quello considerato non ci si può limitare alla verifica di una circostanza obiettivamente ostativa (come, ad esempio, una condanna penale), ma tale circostanza va valutata come un elemento, su cui possono incidere le sopravvenienze e rispetto al quale l'interessato può fornire, se coinvolto in sede procedimentale, gli opportuni chiarimenti, soprattutto quando, come nella specie, l'Amministrazione non sia stata in grado di rispettare i tempi procedurali (avendo impiegato oltre un anno e mezzo per compiere l'accertamento sull'insussistenza del rapporto di lavoro, a fronte dei venti giorni, previsti dall'art. 5, 9° comma, d.lgs. n. 286 del 1998).

Peraltro, l'art. 21-*octies* ha continuato ad avere ampia applicazione nella giurisprudenza amministrativa, anche nei giudizi riguardanti gli stranieri.

Fra i diversi indirizzi che si sono consolidati al riguardo, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, si è anche giunti a stabilire che ai sensi del comma 2 dell'art. 21-*octies* della n. 241 del 1990, introdotto dalla

legge n. 15 del 2005, specificamente riferito alla violazione procedimentale dell'articolo 7 ed applicabile tanto alla ipotesi di atto vincolato che a quella di atto discrezionale, è stato introdotto nel sistema il principio per cui l'Amministrazione può dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, così superando la censura di carattere formale relativa all'omesso inoltro dell'avviso di avvio del procedimento (*ex multis*: Cons. Stato, sez. VI, 7 giugno 2011 n. 3416 e 2 maggio 2012 n. 2501).

Specialmente a causa dell'affermarsi del suddetto indirizzo favorevole all'applicazione della norma anche agli atti discrezionali, la questione è stata esaminata in senso analogo anche le Sezioni Unite della Corte di cassazione.

In particolare, le Sezioni Unite, con orientamento ormai consolidato, hanno affermato che:

«a norma dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, l'annullabilità di un provvedimento amministrativo per violazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, prescritto dall'art. 7 della medesima legge, è esclusa: *a*) quanto ai provvedimenti di natura non vincolata, subordinatamente alla prova da parte dell'Amministrazione che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso anche in caso di intervento di detti interessati, essendo al riguardo sufficiente la mera eccezione dell'Amministrazione o dei controinteressati per consentire la prova che l'intervento partecipativo del privato non avrebbe potuto avere alcuna influenza sul contenuto del provvedimento; *b*) quanto ai provvedimenti di natura vincolata, al pari che per la violazione delle altre norme del procedimento, nel caso di evidenza della inidoneità dell'intervento dei soggetti ai quali è riconosciuto un interesse ad interferire sul loro contenuto. A tale riguardo, un provvedimento vincolato è configurabile allorché non soltanto la scelta dell'emanazione o meno dell'atto, ma anche il suo contenuto siano rigidamente predisposti da una norma o da altro provvedimento sovraordinato, sicché all'Amministrazione non residui alcuna facoltà di scelta tra determinazioni diverse, non essendo invece ravvisabile nel caso in cui l'emanazione del provvedimento sia collegata ad un atto negoziale proveniente da soggetti privati estranei all'apparato amministrativo, avente forza di legge esclusivamente tra le parti che lo hanno stipulato» (Cass., sez. un., 5 aprile 2012, n. 5445; nello stesso senso: Cass., sez. un., 8 maggio 2007, n. 10367; Cass., sez. un., 25 giugno 2009, n. 14878).

Nessuno dei casi esaminati si riferiva a provvedimenti riguardanti gli stranieri, ma è evidente che i principî affermati hanno applicazione generale.

14. Conclusioni.

In conclusione, è del tutto evidente che una efficace tutela dei diritti procedurali dei migranti si traduce in una effettiva tutela dei loro diritti fondamentali sostanziali, a partire dalla loro dignità.

D'altra parte, la scarsa linearità e chiarezza del quadro normativo di riferimento nazionale e le necessarie interrelazioni con discipline internazionali e sovranazionali rendono estremamente complesso il diritto dell'immigrazione, sicché affinché di questa realtà prismatica si riesca a trovare il lato – cioè la norma – che maggiormente corrisponde alla soluzione delle diverse situazioni di violazione dei diritti che possono verificarsi sono necessari “occhiali speciali”, come sono quelli dei giudici e degli avvocati.

Ma questo non esclude che la vera “svolta” sia quella di ridurre le violazioni e anche il relativo contenzioso e puntare su comportamenti fisiologicamente corretti delle Autorità amministrative e quindi dei comuni cittadini.

E per raggiungere questo obiettivo è, in primo luogo, necessarie delle prassi delle PA uguali in tutto il territorio nazionale e più in linea con i principi di pubblicità, trasparenza, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa (che sono principi generali, diretti ad attuare sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stesse amministrazione).

Ma sono anche necessarie scelte discrezionali di medio-lungo periodo che certamente non competono ai giudici.

D'altra parte, tali scelte non sono più rinviabili, come si desume anche dalle conclusioni dell'ultimo WEF (World Economic Forum) di Davos, ove viene sottolineato che uno dei protagonisti della economia mondiale è il crescente divario fra fasce ricche e povere della popolazione e che questa è una delle principali ragioni per cui il fenomeno delle migrazioni umane – da sempre esistente nella storia dell'umanità – è destinato ad incrementarsi nel futuro.

Ne consegue che per la sopravvivenza di un certo benessere nel mondo occidentale è necessario perseguire l'obiettivo ambizioso di riuscire a conciliare l'accettazione dei migranti con il recupero di luoghi degradati esistenti un po' ovunque nel mondo e, quindi anche in Europa e negli USA, visto che hanno una matrice comune, come si è detto.

Per sperare di centrare il suddetto obiettivo anche tutti noi cittadini europei che componiamo i corpi elettorali degli Stati UE – di cui sono

espressione i relativi Governi – siamo chiamati a fare la nostra parte senza ipocrisie perché quello delle problematiche connesse alla situazione delle persone vulnerabili ed emarginate, tra cui rientrano i migranti (nella maggior parte dei casi), è un tema nel quale non solo si pongono questioni giuridiche molto complesse – processuali e sostanziali – cui non è facile dare soluzione, ma è – soprattutto – un tema nel quale viene in considerazione lo stesso rispetto della dignità umana che, per essere effettivo, ci porta a passare dalle belle parole ai fatti.

Infatti la strada per uscire dalla crisi che non ci abbandona dal 2008 – e che, prima che economica, è morale – non può certamente essere quella di calpestare i diritti fondamentali dei più deboli, creando così eserciti di “fantasmi sociali”.

Del resto è proprio sulla garanzia universale del rispetto della dignità umana che è fondato il “progetto europeo” che è tuttora valido – anche se bisognoso di qualche “ritocco” – e grazie a questo progetto abbiamo raggiunto risultati di pace all’interno dell’Europa e di dialogo tra gli Stati impensabili per i nostri progenitori

Vale, quindi, la pena di impegnarsi per evitare che una questione – come questa della immigrazione – che, se ben gestita, potrebbe essere un’opportunità, finisca, invece, per rappresentare un elemento forte per la dissoluzione della UE e dei nostri corpi sociali.

E per non perdere la bussola in questo difficile cammino si deve sempre restare memori delle parole di Elie Wiesel secondo cui nessuno di noi deve «permettere che nessuna vittima del destino o prigioniero della società – mai dobbiamo consentirlo – si senta solo, respinto, abbandonato, rifiutato»².

LUCIA TRIA

² Dal discorso pronunciato dal Premio Nobel per la pace il 27 gennaio 2010 alla Camera dei deputati, in occasione della ricorrenza del decimo anniversario della istituzione in Italia della Giornata della memoria.