

FOCUS HUMAN RIGHTS  
26 DICEMBRE 2018

Diritti, sicurezza, solidarietà e  
responsabilità nella protezione della  
persona migrante

di Elisa Cavasino

Professore associato di Diritto costituzionale  
Università degli studi di Palermo



# Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante \*

di Elisa Cavasino

Professore associato di Diritto costituzionale  
Università degli studi di Palermo

**Sommario:** 1. Uno sguardo d'insieme. 2. Dopo Lisbona: le competenze dell'UE e la Carta dei diritti dinanzi alle crisi migratorie e all'onda lunga del populismo. 3. Protezione della persona migrante, Costituzione e decretazione di urgenza. 4. Solidarietà e diritti nella prospettiva costituzionale: uguaglianza, bisogni primari e contenuto essenziale.

## 1. Uno sguardo d'insieme

In Europa, da oltre tre decenni, è in corso un processo di graduale limitazione della sovranità degli Stati in materia di protezione giuridica del non cittadino<sup>1</sup>.

Questo è l'effetto, innanzitutto, delle politiche e del diritto dell'Unione europea. Le matrici originarie dell'azione politica dell'Unione si rintracciano nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985<sup>2</sup> e nella Convenzione di Dublino del 1990<sup>3</sup>.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> La letteratura è vastissima. Sul tema delle migrazioni e sovranità C. SALAZAR, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, in *Rivista AIC*, 3/2017, Relazione di sintesi della terza sessione ("Territorio") del XXXI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità – Rappresentanza – Territorio*, Università degli studi di Trento, 11-12 novembre 2016. [http://www.rivistaaic.it/download/JipTg3Aqjdq\\_3B69a\\_vGC8b\\_YfOFB6ftQ-Rlbt3c1HI/9-3-2017-salazar-.pdf](http://www.rivistaaic.it/download/JipTg3Aqjdq_3B69a_vGC8b_YfOFB6ftQ-Rlbt3c1HI/9-3-2017-salazar-.pdf); e sempre nel medesimo convegno le considerazioni di A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, 3/2017, <http://www.rivistaaic.it/sovranit.html>

In generale, nel dibattito italiano recente si prendano le mosse da: G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 3 e M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, ivi, p. 124 e dalle successive riflessioni sul medesimo tema contenute in G. SILVESTRI, *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005 e ID., *Sovranità vs. diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 1/2015; T.E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, 1997; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC* <http://www.rivistaaic.it>, 2/2016.

<sup>2</sup> Accordo di Schengen, 1985, concluso tra i Governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese *relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni*. Acquis di Schengen - Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni.

<sup>3</sup> Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle comunità europee. La Convenzione di Dublino, invece, non è più in vigore dal 2003 (data di fine della validità 16/03/2003) perché sostituita dal Reg. (UE) 343/2003 noto come Regolamento di Dublino poi abrogato da Regolamento (UE) n. 604/2013 (cd. Dublino III), che stabilisce i criteri e i meccanismi di

I principi di azione sovranazionale in questa materia sono, sin da allora, sicurezza interna e nello spazio giuridico europeo; solidarietà e responsabilità nei rapporti fra gli Stati per la gestione dei flussi migratori generati da crisi geo-politiche.

In altri termini, in un'ottica funzionalista, il processo d'integrazione europea è stato necessario perché erano necessarie delle regole organizzative comuni per il governo dei flussi migratori e, così, era pure necessario stabilire delle regole condivise per la distribuzione delle responsabilità dei singoli Stati membri dell'Unione in materia di accoglienza, riconoscimento dei regimi di protezione e allontanamento dalle frontiere nazional-europee.

Un fenomeno globale come i flussi migratori di persone in cerca di protezione da Stati diversi da quello di appartenenza, richiedeva, insomma, una risposta coordinata, comune, organizzata<sup>4</sup>; mantenendo fermo, tuttavia, il principio che l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dal territorio nazionale dei non cittadini in cerca di protezione continuassero ad essere ritenuti una prerogativa degli Stati<sup>5</sup>.

Il problema giuridico più importante sollevato dall'approccio UE in materia di protezione giuridica dello straniero riguarda la compatibilità delle norme di organizzazione del governo dei flussi dei migranti in cerca di protezione con le norme costituzionali nazionali in materia di diritti della persona (come gli articoli 2, 3, e 10 Cost.) e con le norme internazionali in materia di obblighi di protezione dei non cittadini (*in primis*, la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato e la Convenzione europea dei diritti umani del 1950).

---

determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide.

<sup>4</sup> Il 16 settembre 2016 è stata adottata una Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite A/Res/71/1 *New York Declaration for Refugees and Migrants* (reperibile alla pagina web <https://www.unhcr.org/57e39d987>) ed ha preso l'avvio un percorso di negoziazione che ha portato alla definizione del *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, il cui testo è stato definito il 13 luglio 2018 e sottoposto alla Conferenza intergovernativa di Marrakech il 10-11 dicembre 2018 (il testo dell'accordo ed i documenti della conferenza sono reperibili alla pagina web <https://refugeesmigrants.un.org/migration-compact>). Il percorso che dovrebbe portare alla definizione del *Global Compact for Refugees* non si è ancora concluso. Si tratta comunque di accordi non vincolanti per gli Stati e che ribadiscono la sovranità nazionale in tema di ingresso, soggiorno, allontanamento ed espulsione dei non cittadini.

<sup>5</sup> R. CHERCHI, *I diritti dello straniero e la democrazia*, parr. 8 e 9, in [https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Roberto\\_Cherchi\\_-\\_I\\_diritti\\_dello\\_straniero\\_e\\_la\\_democrazia.pdf](https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Roberto_Cherchi_-_I_diritti_dello_straniero_e_la_democrazia.pdf) Peraltro, questi obiettivi sono oggetto di attenzione a livello globale da parte dell'ONU.

C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Riv. dir. intern.*, 2015, pp. 725 ss. Da ultimo, si vedano le considerazioni di A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2014, p. 34; M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2018, <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/saggi/239-saggiobenvvenuti/file>, spec. pp- 1-8, che analizza il recente *approccio europeo per punti di crisi del sistema* e le risposte del legislatore italiano.

Sull'evoluzione del processo d'integrazione europea hanno pure inciso in modo determinante le decisioni rese dalla Corte europea dei diritti umani sui ricorsi individuali proposti da non cittadini contro gli Stati parti della CEDU<sup>6</sup>.

È stato così definito, attraverso l'approccio casistico che caratterizza la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, un diritto regionale europeo dei regimi di protezione dei non cittadini, che comprende un nucleo minimo inderogabile di diritti umani da garantire ad ogni persona, a prescindere dallo *status* di cittadinanza e dal rispetto delle norme nazionali in materia di ingresso, soggiorno, allontanamento dal territorio dello Stato.

Più precisamente, si può affermare che, nel decidere i ricorsi individuali dei migranti in cerca di protezione, la Corte di Strasburgo ha definito il *nucleo duro del diritto europeo dei rifugiati, posto a presidio della persona ed a protezione da aggressioni a diritti umani fondamentali*, quali quello a non subire trattamenti inumani, degradanti o torture (art. 3 CEDU); al divieto di espulsioni collettive (quarto protocollo alla CEDU); al rispetto di regole procedurali di civiltà giuridica nella disciplina delle procedure che incidono sullo *status* giuridico della persona dinanzi allo Stato (artt. 5, 6, e 13 CEDU).

Nel contesto geo-politico europeo ed, in particolare, negli ordinamenti statali che si integrano nella cornice giuridica del diritto dell'Unione europea, quest'ultimo principio di azione in materia di immigrazione – la tutela dei diritti delle persone migranti – s'intreccia così alle altre tre matrici del diritto UE in materia di immigrazione: sicurezza, responsabilità e solidarietà.

Questo intreccio ha determinato notevoli trasformazioni dell'impianto delle politiche, del quadro normativo, delle prassi in tema di governo dei flussi migratori da parte degli Stati membri dell'Unione europea.

Basti ricordare, a titolo solo esemplificativo, come tre importanti decisioni rese dalla Grand Chamber della Corte di Strasburgo – *Saadi v. Italy*<sup>7</sup>; *M.S.S. v. Greece*<sup>8</sup>; *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*<sup>9</sup> – abbiano determinato una decisa trasformazione del diritto dell'Unione europea e degli Stati membri in tre snodi importanti delle tecniche normative e delle prassi amministrative in tema di *governo dell'immigrazione*.

Con queste decisioni, il *sistema CEDU*, ha costretto l'Unione europea a ripensare il punto di equilibrio fra tutela della sicurezza e diritto a non essere esposti al rischio di subire trattamenti inumani, degradanti o

---

<sup>6</sup> Avverso pratiche amministrative degli Stati membri dell'Unione europea in materia di respingimenti alla frontiera; di accoglienza ed espulsioni dei richiedenti protezione internazionale, prese sia in applicazione delle regole organizzative poste dal diritto UE, sia nell'esercizio della prerogativa sovrana degli Stati in materia di ingresso, soggiorno, allontanamento ed espulsione dei non cittadini.

<sup>7</sup> ECtHR, *Saadi v. Italy* [GC] Application No. 37201/06, Judg. 28 February 2008.

<sup>8</sup> ECtHR, *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], Application No. 30696/09, Judg. 21 January 2011.

<sup>9</sup> ECtHR, *Hirsi Jamaa and Others v Italy* [GC], Application No. 27765/09, Judg. 23 February 2012.

torture in almeno tre ambiti: il respingimento alla frontiera o l'espulsione dal territorio nazionale (caso *Saadi*); i criteri di distribuzione delle responsabilità e le forme della *solidarietà* fra gli Stati membri dell'Unione per la presa in carico di richieste di asilo (caso *M.S.S.*); il respingimento in alto mare e gli accordi con altri Stati per il contenimento dei flussi migratori (caso *Hirsi*)<sup>10</sup>.

Nella dialettica fra diritti, sicurezza, responsabilità e solidarietà, non hanno, tuttavia, avuto ancora il rilievo che meritano la tradizione e la cultura del costituzionalismo, da un lato, ed il contributo delle Corti costituzionali degli Stati membri nell'interpretazione di Costituzioni che, come quella Italiana, contengono fondamentali principi di civiltà e cultura giuridica del II Novecento in materia di rapporto fra autorità e libertà; fra persona e pubblici poteri, che vanno oltre lo *status* di cittadinanza<sup>11</sup>.

Il principio del primato del diritto dell'Unione, per lungo tempo, ha oscurato questo aspetto dell'ordinamento giuridico euro-nazionale. Così, la disciplina dei regimi di protezione dello straniero in Europa è stata costruita nei suoi aspetti più caratterizzanti sulla base del diritto internazionale dei diritti umani piuttosto che muovendo dalle esperienze costituzionali nazionali<sup>12</sup>.

Questo ha impedito di trovare un vero punto di equilibrio fra sicurezza, responsabilità, solidarietà e diritti. La storia recente della gestione delle crisi migratorie lo ha dimostrato.

## **2. Dopo Lisbona: le competenze dell'UE e la Carta dei diritti dinanzi alle crisi migratorie e all'onda lunga del populismo**

Ancora adesso sembra difficile rintracciare un punto di equilibrio fra le tre matrici originarie del diritto comune europeo delle migrazioni verso le frontiere degli Stati membri dell'Unione europea (la tutela della sicurezza interna, il principio di solidarietà e la distribuzione delle responsabilità fra Stati) e la garanzia delle *core clauses* in materia di diritti umani delle persone che non possiedono lo *status* di cittadino degli Stati membri dell'Unione.

---

<sup>10</sup> A questi potrebbe a breve aggiungersi l'effetto della decisione *Khlaifia v. Italy*, in tema di violazione dell'art. 5 par. 1 CEDU (divieto di privazione della libertà personale se non in base alla legge) rispetto alla disciplina UE ed italiana dei *punti di crisi (hotspot)*, ECtHR, *Khlaifia and Others v Italy* [GC], Application No. 16483/12, Judg. 15.12.2016. Ma cfr. sugli effetti di tale decisione A. SACCUCCI, I "ripensamenti" della Corte europea sul caso *Khlaifia*: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive alla prova delle situazioni di emergenza migratoria, in *Riv. dir. intern.*, 2017, n. 2.

<sup>11</sup> Andare *oltre* la cittadinanza, non significa *prescindere*. Si deve muovere, invece, dal *valore* della cittadinanza (H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, New York, 1948, trad. it. *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2004 e 2009 basate sull'edizione americana del 1966), e procedere alla ricostruzione di *obblighi* di tutela della persona, anche nei confronti dei non cittadini in una prospettiva *kantiana* che muova dal concetto di *ospitalità* (S. BENHABIB, *The Right of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, 2004).

<sup>12</sup> C. cost. n. 170 del 1984.

Il fenomeno migratorio è ormai strutturale ed il connesso fenomeno criminale del traffico, della tratta, dello sfruttamento delle persone migranti è attivo su scala internazionale e verso le frontiere degli Stati europei<sup>13</sup>.

A ciò si aggiunga che ad ogni crisi geo-politica nelle regioni vicine alle frontiere esterne dell'Europa corrisponde la genesi di imponenti flussi di migranti in cerca di protezione (il caso della Siria, da ultimo)<sup>14</sup>. Ecco dunque che, nei decenni più recenti, sul piano ordinamentale, è emersa l'esistenza di vere e proprie *zone grigie – o franche – di diritto* – quali quelle che riguardano la disciplina delle operazioni di pattugliamento, controllo, garanzia della sicurezza in mare e del salvataggio di persone nelle acque internazionali<sup>15</sup> ed, in generale, del controllo delle frontiere e dell'accesso alla protezione internazionale da parte delle persone migranti<sup>16</sup>.

D'altro canto, nonostante la definizione di un apparato normativo comune europeo in tema di *status* di protezione internazionale (dir. 2011/95/UE); di procedure per il riconoscimento della protezione internazionale (dir. 2013/32/UE); di condizioni di accoglienza per i richiedenti protezione internazionale (dir. 2013/33/UE); continua ad apparire del tutto privo di effettività il principio di solidarietà fra Stati membri dell'Unione in materia di accoglienza e presa in carico delle richieste di protezione: il tema politico ancora aperto – nell'Unione europea – riguarda la riforma dei criteri di Dublino (Reg. UE 604/2013).

In particolare, è stato sostenuto che appaiono del tutto inadatti, sul piano della garanzia dei diritti, gli strumenti normativi di condivisione del *peso* dei flussi migratori a livello europeo sul piano degli *standards*

---

<sup>13</sup> Ad esempio, GRETA, Group of Experts on Action Against Trafficking in Human Beings, 7th General Report on GRETA's Activities, 2018 <https://rm.coe.int/greta-2018-1-7gr-en/16807af20e> ed UNODC *Issue Paper. Smuggling of Migrants by Sea*, 2011, [http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Issue-Papers/Issue\\_Paper\\_-\\_Smuggling\\_of\\_Migrants\\_by\\_Sea.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Issue-Papers/Issue_Paper_-_Smuggling_of_Migrants_by_Sea.pdf); V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, n. 1 S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28 maggio 2018. Sugli interrogativi e le risposte giuridiche a tale fenomeno si rinvia anche al dibattito aperto racchiuso nel volume di V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti: Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015.

<sup>14</sup> D. THYM, *La "crisi dei rifugiati" come sfida per il sistema giuridico e la legittimità istituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2017, <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-2017-n-1/55-la-crisi-dei-rifugiati-come-sfida-per-il-sistema-giuridico-e-la-legittimita-istituzionale/file>

<sup>15</sup> I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2017, <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-3-2017/162-immigrazione-irregolare-via-mare-tutela-della-vita-umana-e-organizzazioni-non-governative-1/file>

<sup>16</sup> V. MORENO LAX, E. PAPASTAVRIDIS (a cura di), *Boat Refugees' and Migrants at sea: a comprehensive approach. Integrating maritime security with human rights*, Leiden, 2017; G. CATALDI (a cura di), *A Mediterranean Perspective on Migrants' Flows in the European Union: Protection of Rights, Intercultural Encounters and Integration Policies*, Napoli, 2016; M. SAVINO, *La crisi dei confini*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2016, p. 751.



di accoglienza, procedurali, di distribuzione delle responsabilità fra Stati nelle decisioni sul riconoscimento di *status* di protezione internazionale nei confronti di cittadini di Paesi terzi.

In breve, la *solidarietà* è con ogni probabilità «il punto debole» della politica europea sull'asilo<sup>17</sup>.

L'evoluzione della disciplina relativa alla distribuzione delle responsabilità per la presa in carico delle istanze di riconoscimento di regimi di protezione dello Straniero (cd. *Regolamento di Dublino*); i meccanismi europei di risposta alle crisi migratorie (gravi *deficit* – strutturali – dei sistemi nazionali di accoglienza); l'accesso alle procedure per il riconoscimento di *status* di protezione, sono ancora oggi i tre nodi gordiani da sciogliere per consentire, davvero, di raggiungere un efficace bilanciamento fra diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità<sup>18</sup>.

Alla ricerca dell'equilibrio, in questo particolare momento storico, non contribuiscono, poi, le incerte dinamiche politiche nazionali ed europee, fortemente condizionate da orientamenti *populisti e sovranisti*, che condizionano il circuito della rappresentanza politica nazionale<sup>19</sup>.

Sembra, quindi, permanere una difficoltà sul piano giuridico-costituzionale: quella d'individuare il limite da opporre alle decisioni politiche in materia di protezione dello straniero che possa assicurare una legislazione e delle prassi amministrative e un diritto vivente rispettoso del nucleo duro comune dei diritti della persona migrante<sup>20</sup>.

Come superare questa difficoltà?

A prescindere dalle condizioni di contesto, geo-politiche e sociologiche, è sul piano giuridico che bisogna valutare se esistono *già* norme ed istituti, nell'ordinamento UE e nell'ordinamento costituzionale nazionale, che possono consentire di realizzare un equilibrio strutturale fra sicurezza, solidarietà e diritti in materia di *asilo*.

---

<sup>17</sup>M. BORRACETTI, *La politica europea della migrazione nel periodo 2017-2019: sviluppi e perplessità*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2017, p. 5 reperibile alla pagina web <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-3-2017/166-la-politica-europea-della-migrazione-nel-periodo-2017-2019-sviluppi-e-perplessita/file>

<sup>18</sup> A proposito degli effetti della *crisi dei rifugiati* del 2014-2015 e delle risposte europee cfr. ancora M. BORRACETTI, *La politica europea della migrazione*, cit.

<sup>19</sup> D. THYM, *La "crisi dei rifugiati" come sfida per il sistema giuridico e la legittimità istituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2017, spec. 13-17.

<sup>20</sup> Emblematico il dibattito interno sul d.l. n. 113 del 2018 *recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate*, conv. con mod. in l. n. 132 del 2018. Camera dei Deputati XVIII Legislatura Resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 83 di mercoledì 14 novembre 2018 La seduta comincia alle 11,05. La seduta, sospesa alle 15,55, è ripresa alle 16,08. Discussione del disegno di legge: S. 840 (A.C. 1346) (Esame e votazioni di questioni pregiudiziali) (ore 16,10) [http://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0090&tipo=documenti\\_seduta](http://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0090&tipo=documenti_seduta).

Ora, è possibile rintracciare tali norme e tali istituti sia nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, sia nelle Costituzioni statali.

Le competenze dell'Unione consentono di offrire risposte sovranazionali ad un fenomeno globale ormai strutturale, come le migrazioni di massa e le crisi dei rifugiati.

Va pure considerato che tali risposte sono state, sino ad oggi, di fatto, risposte insufficienti, per la «mancanza di cooperazione di alcuni Stati membri»<sup>21</sup> e per le carenze strutturali dei sistemi nazionali di asilo, soprattutto degli Stati alle frontiere esterne dell'Unione che, ciclicamente, affrontano le crisi migratorie, ossia fronteggiano ingenti afflussi di migranti, di cui molti – per utilizzare le parole del Legislatore europeo – «in evidente bisogno di protezione internazionale»<sup>22</sup>.

Ma esiste oggi un nucleo duro del diritto comune europeo in materia di diritti umani delle persone migranti, che è rintracciabile in alcune disposizioni introdotte nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea dal Trattato di Lisbona del 2009.

In particolare, dopo Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha assunto lo stesso valore giuridico dei trattati ed il diritto primario dell'Unione ha definito, agli articoli 78 ed 80, non solo gli oggetti sui quali gli Stati hanno ceduto poteri normativi in materia di protezione dello straniero al livello sovranazionale, ma anche il principio in base al quale tali poteri saranno esercitati e, poi, in base al quale tali atti di diritto derivato dell'Unione saranno interpretati ed applicati a livello europeo e nazionale. L'art. 78 TFUE immagina, ai commi 1 e 2, delle ipotesi di *normale* esercizio delle competenze in materia e, al comma 3, l'attribuzione di *poteri di emergenza* all'Unione per la gestione di particolari situazioni di crisi dei sistemi nazionali di gestione dei flussi migratori di soggetti in cerca di protezione.

L'art. 80 TFUE pone i principi di solidarietà e responsabilità alla base dell'impianto normativo in materia di protezione dello straniero (e, quindi, di governo europeo dei flussi migratori)<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> CGUE Grande sez., sent. 6 settembre 2017, causa C-643/15 e C-647/15 *Repubblica Slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea*, par. 223.

<sup>22</sup> Dec. (UE) 2015/1601 del Consiglio del 22 settembre 2015 *che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, considerando* nn. 10, 16 e 18; Dec. (UE) 2015/1523 del Consiglio del 14 settembre 2015 *che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, considerando* nn. 9, 13 e 14. Il concetto di *mixed flows* di migranti continua ad essere adatto a spiegare il fenomeno.

<sup>23</sup> Ma cfr. D. THYM, *La "crisi dei rifugiati"*, cit., 4 per il quale il sistema europeo comune di asilo: «soffre di un deficit di solidarietà. Seppure l'art. 80 TFUE preveda che le politiche dell'Unione «sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri», i contorni di questa previsione rimangono astratti, poiché da tale disposizione non si ricavano obblighi definiti e giustiziabili. Dalla lettera della norma si deduce che il meccanismo di attuazione e il grado di solidarietà tra gli Stati sono determinati essenzialmente nel processo legislativo, che fino ad oggi si è focalizzato sugli aspetti finanziari e sul supporto operativo attraverso le Agenzie dell'Unione. Invero, prima dell'adozione, nel 2015, delle decisioni sul ricollocamento, il Sistema Dublino non contemplava alcun meccanismo correttivo di solidarietà per la ripartizione delle responsabilità»; K. HAILBRONNER, D. THYM, *Legal framework for Asylum Policy*, in ID. (a cura di), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, II ed., 2016, München, par. 41- 44.



La Carta dei diritti costituisce, infine, lo strumento che può consentire alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ed ai giudici nazionali di assicurare che gli obblighi di protezione degli Stati membri nei confronti dei non cittadini che provano ad attraversare le frontiere nazionali o che si muovono entro lo spazio giuridico europeo si conformino, da un lato, agli *standards* CEDU e, dall'altro, alle norme costituzionali statali in materia di diritti e libertà fondamentali della persona migrante.

La Carta, come ha avuto modo di rilevare la Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 269 del 2017, è una fonte del diritto dell'Unione con caratteristiche uniche, perché, oltre che costituire il precipitato dei principi del sistema europeo di protezione dei diritti umani, è «dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)»<sup>24</sup>.

La Carta è dunque uno *strumento* che può consentire, da un lato, di portare *il costituzionalismo al di là dei confini dello Stato nazionale* e di integrare davvero la cultura del costituzionalismo nel diritto comune europeo dei *rifugiati*. Tuttavia si può esprimere questa potenzialità soltanto se la Carta dei diritti viene interpretata non solo nella prospettiva del primato del diritto dell'Unione, ma anche della custodia della cultura del costituzionalismo dei diritti e delle libertà.

---

<sup>24</sup> Corte cost. n. 269 del 2017 par. 5.2. *considerato in diritto*. In generale sul tema A. GUAZZAROTTI, *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze "gemelle" della Corte costituzionale*, Relazione al Convegno I Trattati nel sistema delle fonti a 10 anni dalle sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, Università degli Studi di Firenze, 19 gennaio 2018, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 1/2018. A commento della decisione si vedano C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, <http://www.forumcostituzionale.it>, 2017; C. CHIARIELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2/2018; G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controllimiti (e viceversa)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 11/2018; A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Quad. cost.*, 2018, 194 ss.; F.S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4/2018; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra carte e Corti*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 1/2018; M. NISTICÒ, *Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali*, in [www.constituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), 1/2018, parte II; G. PISTORIO, *Conferme e precisazioni nel "cammino comunitario" della Corte costituzionale. Commento a prima lettura della sentenza n. 269 del 2017*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 2018; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, 2955; A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in *Rivista AIC - Osservatorio AIC*, [www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it), 1/2018; G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it), 2/2018 (anche in *Giur. cost.*, 2017, 2948; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, <http://www.forumcostituzionale.it>, 2018).

In particolare, nella Carta, agli articoli 4, 18 e 19, sono contenute disposizioni analoghe a quelle della CEDU e della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato in materia di *non refoulement*, sul diritto di asilo e i limiti al respingimento, all'extradizione, al rimpatrio e al trasferimento dei non cittadini.

Principio di solidarietà e tutela dei diritti potrebbero così assumere, già nell'attuale contesto ordinamentale europeo, le dimensioni necessarie a raggiungere l'equilibrio fra sicurezza, solidarietà e diritti in materia di protezione dello straniero; quell'equilibrio che possa assicurare il buon funzionamento del sistema europeo comune di asilo, ossia offrire a problemi globali risposte che vadano oltre l'uso di strumenti nazionali<sup>25</sup>.

Sul punto è bene richiamare i principi di diritto enunciati dalla Grande Sezione della Corte di giustizia nelle pronunce che hanno avuto ad oggetto le regole organizzative di distribuzione delle responsabilità fra Stati membri per la presa in carico di richieste di asilo (i *criteri di Dublino*)<sup>26</sup> e le misure temporanee, adottate con decisioni dal Consiglio dell'Unione europea, nel 2015, che hanno previsto meccanismi vincolanti di ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale in una situazione di crisi dei sistemi nazionali di accoglienza di alcuni Stati membri (Italia e Grecia) nel corso delle recenti crisi migratorie.

---

<sup>25</sup> Questione sollevata rispetto al contributo degli studi costituzionalistici alle sfide del presente, tra le quali, i fenomeni migratori da A. BARBERA, *Il contributo dell'Enciclopedia del diritto agli studi di diritto costituzionale. Relazione al Convegno dedicato ai cinquanta anni della "enciclopedia del diritto". Accademia nazionale dei Lincei, Roma 15-16 gennaio 2009*, 17, in *Forum di Quaderni costituzionali*, <http://www.forumcostituzionale.it>

<sup>26</sup> Si tratta di decisioni rese su questioni pregiudiziali di interpretazione del Reg. UE 604/2013, noto come *Dublino III* (CGUE Grande sez. *Ghezalbash* C-63/15 del 7 giugno 2016 e CGUE Grande sez. *Jafari* C-646/16 del 26 luglio 2017) e del precedente Reg. (CE) 343/2003, cosiddetto *Dublino II* (CGUE Grande sez. N.S. C-411/10, sent. 21 dicembre 2011. Su questa giurisprudenza si vedano: J.P. BREKKE, G. BROCHMANN, *Stuck in Transit: Secondary Migration of Asylum Seekers in Europe, National Differences and the Dublin Regulation*, in *Journal of Refugee Studies*, Vol. 28, Issue 2/2015, 145-162; J. BUCKLEY, *NS v Secretary of State for the Home Department (C-411/10)*, in *European Human Rights Law Review* 2012, 208-210. J.Y. CARLIER, *Droit européen des migrations*, in *Journal de droit européen* 2014 n° 207 p.105-114; C. COSTELLO, *Dublin-case NS/ME: Finally, an end to blind trust across the EU?*, in *Asiel en Migrantenrecht* 2012, 83-92. C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione Europea*, *Riv. dir. internazionale*, 2015, 3. G. GAJA, *La compétence des Etats dans l'examen des demandes d'asile*, in P. D'ARGENT, B. BONAFEDE, J. COMBACAU, J. VERHOEVEN (eds), *Essais en l'honneur de Joe Verhoeven. The limits of international law*, Bruxelles, 2014, 138; L. GRASSO, *Rispetto dei diritti fondamentali di richiedenti asilo ed operatività della sovereignty clause del regolamento Dublino II*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, 733-739; G.S. GOODWIN-GILL, *International Legal Materials*, Vol. 53, Issue 2 (2014), 341-349, S. LIEVEN, *Case Report on C-411/10, N.S. and C-493/10, M.E. and Others, 21 December 2011*, in *Eur. J. of Migration and Law* 2012 Vol. 2, 223-238; G. MELLON, *The Charter of Fundamental Rights and the Dublin Convention: An Analysis of N.S. v. Secretary of State for the Home Department (C-411/10)*, in *Eur. Public Law* 2012, 655-663; S. MORGADES-GIL, *Forced migration management and the right to access to an asylum procedure in the area of freedom, security and justice: human rights between responsibility and solidarity*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1/2017, 21; M. SAVINO, *Creating a European market for refugees?*, DPCE on line, 2017/2, <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/417>; D. THYM, *Überstellung von Asylsuchenden nach Griechenland*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2014, 130-132.

Il caso *Repubblica Slovacca ed Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea* è stata un'occasione utile per dar corpo al principio di solidarietà sancito dall'art. 80 TFUE in materia di politiche dell'Unione sull'asilo<sup>27</sup>.

Il principio di solidarietà viene qui in rilievo come principio di azione dell'Unione per attivare le competenze normative in materia di asilo e di distribuzione degli oneri fra gli Stati membri: esso impone al legislatore dell'Unione, in linea di principio, di definire il contenuto degli atti di diritto derivato in modo da ripartire le responsabilità per la garanzia effettiva dello stesso principio di solidarietà fra gli Stati membri<sup>28</sup>.

La Corte di Giustizia, ha preso le mosse, in particolare, dalla considerazione che il fenomeno migratorio verso le frontiere marittime meridionali dell'Unione – è un dato ormai strutturale, data la «instabilità» ed i «conflitti costanti nel vicinato diretto» di Stati come l'Italia e la Grecia<sup>29</sup>. Il Giudice europeo ha affermato che, viste tali circostanze, spetta, da un lato, agli Stati membri dell'Unione «di dare prova di solidarietà all'Italia e alla Grecia e di integrare le azioni intraprese finora a sostegno di tali paesi con misure temporanee nel settore dell'asilo e della migrazione» e, dall'altro, che spetta anche agli Stati sottoposti a forti pressioni migratorie, dotarsi di un apparato normativo e organizzativo capace di «ovviare alle pressioni eccezionali sui loro sistemi di asilo e migrazione»<sup>30</sup>.

Così, dal livello sovranazionale, le soluzioni proposte richiamano solidarietà e responsabilità per assicurare sicurezza e diritti.

Tuttavia, tra le righe di questa pronuncia, emerge il conflitto che può innestarsi fra solidarietà e responsabilità come principi di azione dell'Unione (e di relazione fra Stati membri) e tutela dei diritti delle persone migranti<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Si tratta in questo caso di un ricorso per annullamento di una decisione del Consiglio dell'Unione adottata sulla base dell'art. 78 par. 3 TFUE (Dec. (UE) 2015/1601) per fronteggiare la crisi dei rifugiati in Europa e le gravi carenze dei sistemi nazionali di asilo di Italia e Grecia. CGUE Grande sez. *Repubblica Slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea* C 643/15 e C 647/15 del 6 settembre 2017. La sentenza definisce anche i rapporti fra le fonti di diritto derivato adottate nell'esercizio delle competenze di cui agli articoli 78, paragrafi 1 e 2 TFUE, da un lato, e 78 par. 3 TFUE, dall'altro.

<sup>28</sup> CGUE Grande sez. *Repubblica Slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea* C 643/15 e C 647/15 del 6 settembre 2017, par. 252, 291 e 329.

<sup>29</sup> Dec. (UE) 2015/1523, *considerando* nn. 13 e 14.

<sup>30</sup> Dec. (UE) 2015/1523, *considerando* n. 14.

<sup>31</sup> CGUE Grande sez. *Repubblica Slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea* C 643/15 e C 647/15 del 6 settembre 2017, par. 304 «se la ricollocazione dovesse essere strettamente subordinata all'esistenza di legami culturali o linguistici tra ciascun richiedente una protezione internazionale e lo Stato membro di ricollocazione, ne risulterebbe l'impossibilità di ripartire tali richiedenti tra tutti gli Stati membri nel rispetto del principio di solidarietà imposto dall'articolo 80 TFUE e, dunque, di adottare un meccanismo di ricollocazione vincolante» e par. 244 per il limite della sicurezza all'effetto vincolante della ricollocazione.

Questo potenziale conflitto, tuttavia, nell'attuale quadro ordinamentale, come si diceva, può essere risolto a vantaggio di un equilibrato contemperamento di tali principi di azione con quello della tutela dei diritti, grazie alla presenza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

In particolare, sono le clausole di chiusura della Carta, che obbligano a dare della stessa una interpretazione alla luce della CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (art. 52 parr. 3 e 4 CDFUE).

Si richiamano a questo proposito le pronunce della Grande sezione della Corte di giustizia UE che toccano il tema della compatibilità dei criteri di Dublino con i diritti sanciti nella Carta: nei casi *NS* e *Jafari*, da un lato, e *Ghezelbash*, dall'altro, gli automatismi dei regolamenti di Dublino sono stati temperati, rispettivamente, in nome della garanzia del diritto a non essere esposti al rischio di trattamenti inumani, degradanti o torture (art. 4 CDFUE interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 3 CEDU) e della garanzia al diritto ad un ricorso effettivo avverso le decisioni sui trasferimenti nello Stato competente (art. 47 CDFUE in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sull'art. 13 CEDU).

Ma, anche in queste decisioni, la consistenza e lo statuto giuridico dei diritti della persona in cerca di protezione appaiono troppo condizionate dall'evoluzione del quadro normativo internazionale: in altre parole, manca ancora la prospettiva costituzionale. Non vi è alcun riferimento alle tradizioni costituzionali degli Stati; ai principi di legittimazione degli ordinamenti costituzionali, nei quali, invece, è già avvenuto un radicale mutamento dei termini del rapporto fra Stato e persona: persona umana, dice la Costituzione italiana, senza ulteriori qualificazioni e distinzioni.

Il grande assente, in questo scenario, sono, dunque, le Costituzioni degli Stati membri, alcune delle quali prevedono forme di protezione della persona migrante (come il diritto d'asilo) ben più forti di quelle presenti nel *diritto internazionale dei rifugiati*<sup>32</sup>.

Eppure, la Carta dei diritti consentirebbe di far emergere la dimensione costituzionale dei regimi di protezione nello scenario europeo e, quindi, favorirebbe la costruzione di uno statuto forte dei diritti della persona migrante e, dunque, di un *limite* agli interventi normativi del legislatore ed all'evoluzione del diritto internazionale.

In questo senso, la ricostruzione dei rapporti fra la Carta e le Costituzioni nazionali offerta della Corte costituzionale italiana<sup>33</sup> può aiutare a consentire di trovare un saldo punto di equilibrio fra diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità.

---

<sup>32</sup> Cfr. i contributi raccolti in G. VERDE – A.A. GENNA (a cura di), *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, Torino, 2013.

<sup>33</sup> C. cost. n. 269 del 2017.

### 3. Protezione della persona migrante, Costituzione e decretazione di urgenza

C'è dunque ancora bisogno di dar corpo al *limite dei diritti*, che deve divenire il *principio costituzionale* di azione in materia di protezione della persona migrante. Il limite dei diritti è parte dell'esperienza costituzionale degli Stati membri dell'Unione europea.

Fra i Paesi membri dell'Unione, l'Italia è di importanza strategica, sul piano politico e giuridico, per il futuro dell'integrazione europea in materia di protezione della persona migrante e immigrazione.

L'Italia è uno Stato di frontiera, sottoposto a costanti pressioni migratorie e le sue politiche sull'immigrazione e la protezione dei migranti sono state molto esposte all'influenza dei populismi<sup>34</sup>. Le risposte normative ed amministrative offerte dall'Italia in tema di accoglienza, riconoscimento degli status di protezione ed integrazione dei migranti sono state fra le meno efficaci in Europa<sup>35</sup>, ma l'Italia possiede una solida cultura costituzionale in materia di tutela dei diritti, strettamente legata alle tradizioni costituzionali dell'Europa continentale, e la Corte costituzionale italiana ha elaborato una giurisprudenza capace di mantenere viva la Costituzione italiana nel contesto del processo d'integrazione europea e nella dialettica fra diritto costituzionale nazionale ed internazionale in materia di diritti e libertà fondamentali<sup>36</sup>. Bisogna quindi interrogarsi su quali siano i principi, gli istituti e gli strumenti di diritto costituzionale che rilevano nella ricerca dell'equilibrio fra diritti, solidarietà, sicurezza, responsabilità. Per far ciò si deve muovere dall'osservazione del rapporto che si è instaurato fra Costituzione e dinamiche della normazione in materia di protezione del non cittadino.

---

<sup>34</sup> Cfr. sul tema L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2018, <http://www.rivistaaic.it/democrazia-e-populismo.html>; M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2018 <http://www.rivistaaic.it/costituzione-partecipazione-democratica-populismo.html> entrambi i testi costituiscono una rielaborazione delle Relazioni al XXXII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti. "Democrazia, oggi". Modena, 10 e 11 novembre 2017.

<sup>35</sup> Cfr. Dec. (UE) 2015/1601 del Consiglio del 22 settembre 2015 *che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, considerando* nn. 10, 16 e 18; Dec. (UE) 2015/1523 del Consiglio del 14 settembre 2015 *che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, considerando* nn. 9, 13 e 14; ed EASO *Annual General Report 2017*, June 2018, 20 ss., reperibile alla pagina web <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/publications/EASO-Annual-General-Report-2017.pdf>; EASO *Annual General Report 2016*, June 2017, 13 ss., reperibile alla pagina web <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/EASO-AGR-2016-ENN.pdf>.

<sup>36</sup> Cito soltanto – nuovamente – la C. cost. n. 269 del 2017 per quanto riguarda le relazioni fra ordinamento costituzionale e diritto dell'Unione europea e C. Cost. n. 264 del 2012 in tema di tutela sistemica dei diritti e delle libertà costituzionali rispetto ai rapporti con il diritto internazionale (ed il *sistema CEDU* in particolare). Sul tema cfr., con anticipo rispetto a C. Cost. n. 269 del 2017. M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali - il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona* - Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola - Santiago del Compostela 16-18 ottobre 2014, in [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/RI\\_Cartabia\\_santiago2014.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_santiago2014.pdf)



L'ordinamento italiano non ha conosciuto, sino al 1989, una disciplina dei regimi di protezione dello straniero<sup>37</sup>: il decreto legge 30 dicembre 1989, n. 416<sup>38</sup> costituì la prima risposta normativa al primo afflusso massiccio di persone migranti in cerca di protezione sul territorio italiano nel II dopoguerra<sup>39</sup>. Questo decreto legge mirava, infatti, alla garanzia del diritto costituzionale d'asilo e a dar corpo agli obblighi internazionali in materia di protezione dello straniero assunti dall'Italia con la ratifica della Convenzione di Ginevra del 1959<sup>40</sup>.

Più di recente, nel nostro ordinamento, sono stati effettuati, di nuovo mediante il ricorso alla decretazione d'urgenza, altri due interventi di riforma dei regimi di protezione del non cittadino: il d.l. n. 13 del 2017<sup>41</sup> ed il d.l. n. 113 del 2018<sup>42</sup>.

Questi due decreti legge – e le relative leggi di conversione – presentano alcuni elementi comuni ma anche delle notevolissime differenze nell'approccio giuridico e politico al tema della protezione del non cittadino.

Il primo elemento di affinità lo si rinviene nel processo di decisione politica attraverso il quale si giunge alla riforma dei regimi di protezione del non cittadino.

Si registra, a questo proposito, una forte compressione del ruolo del Parlamento, costretto a dibattere del tema secondo tempi e contenuti dettati dal Governo, che, mediante l'uso della decretazione d'urgenza e,

---

<sup>37</sup> Al di fuori di poche norme contenute nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931, peraltro, era pure assente corpus normativo organico in materia di condizione giuridica dello straniero (R.D. n. 773 del 1931 *Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*, titolo V, articoli 142-152 ss.).

<sup>38</sup> È il primo atto normativo dell'esperienza repubblicana che reca norme di attuazione dei principi costituzionali e delle norme internazionali rilevanti in materia. D.l. n. 416 del 1989 *Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato. Disposizioni in materia di asilo* Questo decreto legge è stato convertito, con modificazioni in l. n. 39 del 1990 (legge Martelli).

<sup>39</sup> Più precisamente, questo atto normativo costituì una importante risposta del legislatore ai flussi migratori generati dalla crisi geopolitica in atto nei Balcani. Dissoluzione della Jugoslavia del 1992; guerra del Kosovo del 1996-1999; crisi albanese del 1997. Sarà poi il decreto legislativo n. 286 del 1998 ad introdurre, nell'ordinamento italiano, un *corpus* normativo organico in materia di condizione giuridica dello straniero. Il *diritto dell'immigrazione* nasce, quindi, nell'esperienza costituzionale repubblicana, contemporaneamente al Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997, che entrerà in vigore il 1° maggio 1999, con il quale si avvia la cessione di sovranità in questa materia all'Unione europea.

<sup>40</sup> L. n. 722 del 1954 *Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951*.

<sup>41</sup> Decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, recante *Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*, conv. con mod. in l. 13 aprile 2017, n. 46 (c.d. "Decreto Minniti-Orlando").

<sup>42</sup> Decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate*, conv. con mod. in l. n. 132 del 1° dicembre 2018 (cd. "Decreto Salvini")



in sede di conversione in legge del decreto legge, di maxi-ementamenti sui quali viene posta la questione di fiducia<sup>43</sup>.

La materia dei regimi di protezione dello straniero, che è materia che tocca i diritti costituzionali, viene dunque attratta fra i punti qualificanti dell'indirizzo politico governativo e sottratta alla dialettica parlamentare fra maggioranze ed opposizioni.

Tuttavia, sotto questo punto di vista, sono presenti, nella prassi recente, evidenti differenze quanto all'interpretazione dei presupposti costituzionali che consentono il ricorso alla decretazione d'urgenza.

Nel 2017, rispetto alla sussistenza dei casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo ha addotto l'esigenza di fronteggiare afflussi massicci di migranti sul territorio nazionale conseguenti alle «crisi internazionali» che avevano determinato l'incremento dei flussi in ingresso<sup>44</sup>. Il Governo evidenziava, dunque, come questa *emergenza migratoria* esigesse delle immediate risposte normative volte a raggiungere precisi obiettivi di politica del governo dei flussi di migranti in cerca di protezione<sup>45</sup>.

Nel 2018, invece, il preambolo del decreto legge non richiamava la presenza di circostanze di natura sociale, economica, geo-politica a sostegno del ricorso alla decretazione d'urgenza<sup>46</sup>. Da questo punto di vista, e considerata anche la varietà dei contenuti del decreto legge n. 113 del 2018 (anche rispetto al d.l. n. 13 del 2017), l'intervento normativo effettuato nei primi mesi della XVIII legislatura sembra poggiare, nel suo complesso, su valutazioni decisamente meno strutturate in tema di sussistenza dei casi straordinari

---

<sup>43</sup> Per l'iter del disegno di legge di conversione in legge del d.l. n. 13 del 2017 (AC 4394, XVII legislatura): [http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/aula/47882\\_aula.htm](http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/aula/47882_aula.htm)

Per l'iter del disegno di legge di conversione in legge del d.l. n. 113 del 2018 (AC 1346, XVIII legislatura): [http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/aula/50910\\_aula.htm](http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/aula/50910_aula.htm)

Da ultimo, per un'analisi critica delle prassi in tema di maxi-ementamento e questione di fiducia, G. PISTORIO, *Maxi-ementamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli, 2018.

<sup>44</sup> Preambolo del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13: «e alla necessità di definire celermente la posizione giuridica di coloro che sono condotti nel territorio nazionale in occasione di salvataggi in mare o sono comunque rintracciati nel territorio nazionale».

<sup>45</sup> Tali obiettivi politici erano identificati nella «celere definizione dei procedimenti amministrativi innanzi alle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e per l'accelerazione dei relativi procedimenti giudiziari, nel rispetto del principio di effettività, in ragione dell'aumento esponenziale delle domande di protezione internazionale e dell'incremento del numero delle impugnazioni giurisdizionali»; nell'esigenza di «accelerare l'identificazione dei cittadini stranieri», per «definire celermente la posizione giuridica di coloro che sono condotti nel territorio nazionale» e nell'esigenza di «assicurare al Ministero dell'interno le risorse necessarie per garantire la effettività dell'esecuzione dei provvedimenti di espulsione e allontanamento dei cittadini stranieri in posizione di soggiorno irregolare». Preambolo del d.l. n. 13 del 2017.

<sup>46</sup> Si registra soltanto un tautologico riferimento alla «necessità e urgenza di prevedere misure volte a individuare i casi in cui sono rilasciati speciali permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario» ed alla «necessità e urgenza di adottare norme in materia di revoca dello status di protezione internazionale in conseguenza dell'accertamento della commissione di gravi reati e di norme idonee a scongiurare il ricorso strumentale alla domanda di protezione internazionale, a razionalizzare il ricorso al Sistema di protezione per i titolari di protezione internazionale e per i minori stranieri non accompagnati», Preambolo del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113.

di necessità ed urgenza, valutazioni che appaiono del tutto carenti per quanto riguarda la parte relativa agli interventi in materia di protezione dello straniero.

In secondo luogo, l'altro elemento comune ai due decreti legge ed alle rispettive leggi di conversione, riguarda l'associazione fra *sicurezza ed immigrazione* e la riapertura, in entrambi i casi, della questione dell'effettività di alcune disposizioni costituzionali in materia di tutela dei diritti fondamentali della persona migrante (in particolare, dell'art. 10 c. 3° Cost. che disciplina il diritto d'asilo)<sup>47</sup>.

Ad una attenta lettura, però, anche nell'associazione fra *sicurezza ed immigrazione*, i due atti normativi divergono nei contenuti.

Il decreto legge n. 13 del 2017 pone l'interprete dinanzi ad un approccio in materia di protezione della persona migrante che è orientato a collocare le norme interne nel quadro degli indirizzi politici e degli obblighi giuridici derivanti dal processo di integrazione europea<sup>48</sup>.

L'associazione fra protezione della persona migrante e sicurezza nazionale e pubblica porta però ad una lettura degli obblighi UE ed internazionali in chiave *limitativa* dei diritti dei migranti: l'intervento del legislatore del 2017, infatti, guarda alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea come se si trattasse ancora di un atto privo di capacità prescrittiva e, dall'altro, intende le norme e gli obiettivi delle politiche europee come se fossero centrate soltanto sul rispetto dei principi di solidarietà e responsabilità nei rapporti fra Stati e sulla garanzia della sicurezza nello spazio giuridico europeo.

L'intervento normativo del 2017 peraltro fa dipendere il grado di effettività dei principi costituzionali in materia di diritti e libertà dalla loro *conformità* con il diritto derivato dell'Unione e con gli *standards* internazionali in materia di protezione dello straniero: in particolare, il comma 3° dell'art 10 Cost. non viene percepito come *controlimite* al processo d'integrazione europea e, così, si offre una lettura dei rapporti fra obblighi UE e norme costituzionali che assicura la prevalenza delle norme UE sulle norme costituzionali.

---

<sup>47</sup> Sulle questioni di carattere teorico-generale, per tutti, C. ESPOSITO, (voce) *Consuetudine (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961. Più di recente ma con riferimento alla forma di governo M. DOGLIANI, *Indirizzo politico – Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985; G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Torino, 2003 e le relazioni al XXIX Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti. XXIX Convegno annuale Aic - Catanzaro 17-18 ottobre 2014, *Prassi, convenzioni e consuetudini nel Diritto costituzionale* e i contributi raccolti in A. BARBERA – T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008.

<sup>48</sup> Decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13 recante *Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*, conv. con mod. dalla l. 13 aprile 2017, n. 46. Questa impostazione deriva dalla *Road Map* tracciata dal Decreto del Ministro dell'Interno del 28 settembre 2015 reperibile alla pagina web: <http://www.meltingpot.org/IMG/pdf/roadmap-2015.pdf>

Questa impostazione dei *limiti* all'effettività delle norme costituzionali in materia di asilo e diritti della persona migrante si pone però in linea con gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità<sup>49</sup>.

Un rilievo critico, dal punto di vista giuridico-costituzionale, va dunque mosso al decreto legge n. 13 del 2017 ed alla relativa legge di conversione<sup>50</sup>, come pure al diritto vivente nel quale questo intervento del legislatore si colloca<sup>51</sup>: nel ripensare la disciplina della protezione giuridica dello straniero, le norme costituzionali rilevanti in materia di asilo e diritti della persona migrante devono essere percepite come *limite* sulla cui base costruire una strategia politica e giuridica di evoluzione del quadro normativo<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Rassegna delle recenti pronunce della Corte di Cassazione in materia di diritto di asilo e protezione internazionale dello straniero: questioni sostanziali e processuali*, Relazione n. 108, 20 novembre 2018, reperibile alla pagina web [http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/c\\_dettaglio\\_rela\\_doc.page;jsessionid=363557DB24815C6B76B2704B8C17B8EB.jvm1?inevidenza=true&contentId=RLC21901](http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/c_dettaglio_rela_doc.page;jsessionid=363557DB24815C6B76B2704B8C17B8EB.jvm1?inevidenza=true&contentId=RLC21901), pagine 1-2: « Nel sistema pluralistico delle misure di protezione internazionale garantite nel nostro ordinamento, in conformità al diritto unionale (art. 78 TFUE)1, il diritto di asilo previsto dall'art. 10, comma 3, Cost.2, è interamente attuato e regolato attraverso le situazioni finali previste dai tre istituti costituiti dallo status di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio del permesso umanitario [fino al 5 ottobre 2018, data di entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018, in fase di conversione in legge alla data di deposito della presente relazione], ad opera della disciplina recata, rispettivamente:

- dal d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, adottato in recepimento della direttiva 2004/83/CE del Consiglio (c.d. direttiva qualifiche), modificato dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 18, attuativo della successiva direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio3;
- dal d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, adottato in recepimento della direttiva 2005/85/CE del Consiglio (c.d. direttiva procedure), modificato dal d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, attuativo delle successive direttive 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, e 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio;
- dall'art. 5, comma 6, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U.I.), oggi abrogato dal d.l. n. 113 del 2018, unitamente alle altre fattispecie umanitarie già previste nel medesimo T.U.I.

L'eshaustività del riferito contesto normativo ha condotto da tempo la giurisprudenza di legittimità ad escludere alcun margine di residuale diretta applicazione dell'art. 10, comma 3, Cost. (presupposta la sua precettività), in chiave processuale o strumentale, a tutela di chi abbia diritto all'esame della propria domanda di asilo alla stregua delle vigenti norme sulla protezione (Sez. 6-1, n. 28015/2017, non massimata; Sez. 6-1, n. 16362/2016, Rv. 641324-01; Sez. 6-1, n. 10686/2012, Rv. 623092-01)».

<sup>50</sup> Come pure il dibattito parlamentare sulle Circolari che fecero seguito alle già citate Decisioni del Consiglio dell'Unione europea in materia di ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale Ad esempio Circolare del Ministero dell'Interno del 29 dicembre 2015, n. 41807 e altre ivi citate <http://www.venetoimmigrazione.it/documents/10590/401456/Circolare+del+Ministero+Interno+del+29+dicembre+2015+n.+41807.pdf/27db2578-47f5-406a-964b-29008c96d74f>

<sup>51</sup>Il dibattito parlamentare in materia di procedure operative *standards* da seguire negli *hotspots* italiani cd. SOPS [http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/hotspots\\_sops\\_-\\_versione\\_italiana.pdf](http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/hotspots_sops_-_versione_italiana.pdf) e sulle linee guida per *L'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale e procedure di referral - linee guida per le commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale* [http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/linee\\_guida\\_identificazione\\_vittime\\_tratta\\_0.pdf](http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/linee_guida_identificazione_vittime_tratta_0.pdf)

<sup>52</sup> Camera dei Deputati – Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, relazione di minoranza presentata alla Commissione il 26 ottobre 2016, comunicata alla Presidenza il 26 ottobre 2016. <http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/Documenti/DocumentiParlamentari/parser.asp?idLegislatura=17&categoria=022bis&tipologiaDoc=documento&numero=008bis&doc=intero>

Il decreto legge n. 113 del 2018, d'altro canto, come si è detto, nell'associare protezione dello straniero e sicurezza assolve ad esigenze *securitarie* tutte interne all'ordinamento statale<sup>53</sup>.

Quest'ultimo intervento del legislatore, inoltre, sembra pure essere distonico rispetto alla prospettiva di dare attuazione alla disciplina costituzionale del diritto d'asilo e della protezione dei soggetti in cerca di protezione nel territorio italiano.

Il nesso che corre fra gli interventi in materia di immigrazione ed esigenze securitarie tutte interne, proprio del d.l. n. 113 del 2018 e della legge di conversione (l. n. 132 del 2018), si presta a rilievi critici ancora maggiori rispetto a quelli evidenziati in precedenza con riferimento al d.l. n. 13 del 2017 ed alla legge di conversione n. 46 del 2017.

Muovendo sempre da una prospettiva giuridico-costituzionale, sembra evidente che le norme in materia di protezione giuridica dello straniero introdotte dal Legislatore del 2018 siano esclusivamente preordinate a circoscrivere le ipotesi nelle quali, in attuazione dell'art. 10 c. 3° Cost. e degli articoli 2 e 3 Cost., sia possibile riconoscere permessi di soggiorno per motivi umanitari.

Certo, non si ritiene sia possibile, mediante un atto con forza di legge (di modifica dell'art. 5 c. 6 d.lgs. n. 286 del 1998), limitare l'effettività delle norme costituzionali in materia di asilo e diritti della persona migrante, soprattutto perché questo intervento prescinde dall'esigenza di dare attuazione ad obblighi UE ed internazionali: anche a non volere accedere alla tesi dell'art. 10 c. 3° Cost. come contro-limite, dinanzi a questa riforma della protezione umanitaria tutta orientata a dar corpo normativo alla sicurezza nazionale

---

Peraltro, la relazione conclusiva, approvata dalla commissione il 20 dicembre 2017 e comunicata alla Presidenza il 20 dicembre 2017, laddove si sofferma sull'art. 10 c. 3° Cost., non fa che recepire gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità sulla cd. *attuazione* della disciplina costituzionale *attraverso* il recepimento delle norme UE in materia di protezione internazionale per cui non residuerebbe più alcuno spazio di autonoma applicazione dell'art. 10 c. 3° Cost. (sono infatti citate le Cass. SS.UU. 26 giugno 2012 n. 10686 e Cass. Sez. VI 4/8/2016 n. 16362).

<http://www.camera.it/leg17/491?idLegislatura=17&categoria=022bis&tipologiaDoc=documento&numero=021&doc=pdfel>

<sup>53</sup> Un primo commento al decreto legge n. 113 del 2018 prospetta l'incostituzionalità del decreto legge (riferendosi a C. cost. n. 128 del 2008) e della legge di conversione (alla luce delle C. cost. nn. 128 del 2008, 22 del 2012, 170 del 2017) la carenza dei presupposti costituzionali di cui all'art. 77 cost. e l'illegittimità di previsioni, presenti pure nella legge di conversione, che conferiscono deleghe legislative: S. Curreri, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in *Federalismi.it*, Editoriale, nr. 22/2018, 1 ss., reperibile alla pagina web [https://www.federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?eid=497&dpath=editoriale&dfile=EDITORIALE\\_21112018122819%2Epdf&content=Prime%2Bconsiderazioni%2Bsui%2Bprofilo%2Bd%27incostituzionalit%C3%A0%2Bdel%2Bdecreto%2Blegge%2Bn%2E%2B113%2F2018%2B%28c%2Ed%2E%2B%27decreto%2Bsicurezza%27%29&content\\_auth=%3Cb%3ESalvatore%2BCurreri%3C%2Fb%3E](https://www.federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?eid=497&dpath=editoriale&dfile=EDITORIALE_21112018122819%2Epdf&content=Prime%2Bconsiderazioni%2Bsui%2Bprofilo%2Bd%27incostituzionalit%C3%A0%2Bdel%2Bdecreto%2Blegge%2Bn%2E%2B113%2F2018%2B%28c%2Ed%2E%2B%27decreto%2Bsicurezza%27%29&content_auth=%3Cb%3ESalvatore%2BCurreri%3C%2Fb%3E). Quest'ultimo elemento è stato oggetto di dibattito parlamentare. Cfr. l'intervento dell'On. prof. S. Ceccanti alla Camera dei Deputati nel dibattito sulle questioni pregiudiziali di costituzionalità, Camera dei Deputati, XVIII LEGISLATURA, Resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 83 di mercoledì 14 novembre 2018, [http://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0090&tipo=documenti\\_seduta](http://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0090&tipo=documenti_seduta).

e pubblica (senza avere alcun nesso con obblighi UE ed internazionali) si pone il *limite costituzionale* del diritto d'asilo.

Per chiarire meglio il problema è necessario richiamare il tipo di modifiche introdotte alla disciplina della protezione umanitaria.

A fronte di una disposizione di chiusura, flessibile e di carattere generale contenuta nel previgente testo dell'art. 5 c. 6 d.lgs. n. 286 del 1998, il legislatore del 2018 ha previsto diverse ipotesi specifiche di riconoscimento del permesso di soggiorno, che non vengono più denominate come permessi per *motivi umanitari*.

Si tratta, adesso, di permessi di soggiorno *speciali*<sup>54</sup>.

In parallelo a ciò, si riducono i tempi e si semplificano (introducendo degli automatismi) le procedure di ricorso avverso dinieghi e revoche dei permessi di soggiorno o di riconoscimento e revoca di regimi di protezione. Inoltre, si mira ad estendere nel tempo il trattenimento dei non cittadini in attesa di rimpatrio e dei richiedenti il riconoscimento della protezione internazionale<sup>55</sup>.

Quest'ultimo intervento del legislatore – come si è detto – sembra pure essere mosso dalla finalità di diminuire il numero di migranti *non economici* regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale, mirando a reprimere «il ricorso strumentale alla domanda di protezione internazionale»<sup>56</sup>.

Va detto che l'attuale chiave di lettura dei rapporti fra protezione del non cittadino e sicurezza offerta dal legislatore del 2018, costituisce la naturale conseguenza di una impostazione dei rapporti fra legislazione e Costituzione – in questa materia – che vede la Costituzione come fonte del diritto dotata di una limitata capacità prescrittiva, a causa della struttura a maglie larghe e dei rinvii al diritto internazionale contenuti nell'art. 10 (e nell'art. 117 c. 1° Cost.).

Il diritto italiano in materia di protezione dello straniero, sulla base di questa motivazione e della primazia del diritto dell'Unione, è stato strutturato come *corpus* normativo esclusivamente funzionale all'attuazione degli obblighi internazionali ed UE, che, come si è visto, prevedevano comunque *standards* di tutela dei diritti della persona migrante.

Ora, la recente associazione fra sicurezza *interna* e regimi di protezione della persona migrante, mettono a rischio questo impianto.

---

<sup>54</sup> Cfr. art. 1 c. 1 lett. *a)* e *b)* d.l. n. 113 del 2018 conv. con mod. in l. n. 132 del 2018.

<sup>55</sup> Artt. 2 e 3, 7 e 7 *bis* d.l. n. 113 del 2018 conv. con mod. in l. n. 132 del 2018. Infine, gli interventi in materia di cittadinanza, introducono la denazionalizzazione nel caso di accertamento di responsabilità penali per gravi fatti di reato.

<sup>56</sup> Preambolo d.l. n. 113 del 2018 e interventi dei Deputati dei Gruppi Parlamentari del “Movimento5Stelle” e della “Lega” sulle questioni pregiudiziali di costituzionalità, Camera dei Deputati, XVIII LEGISLATURA, Resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 83 di mercoledì 14 novembre 2018, [http://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0090&tipo=documenti\\_seduta](http://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0090&tipo=documenti_seduta)



Per cogliere meglio la gravità del problema che pone l'intervento di riforma del 2018 pone, si osservi l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità in materia di diritto d'asilo.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, successivamente alle sentenze del 1997-1999<sup>57</sup>, ha costantemente affermato che l'art. 10 c. 3° Cost. trova attuazione mediante una pluralità di regimi di protezione dello straniero definiti dal legislatore<sup>58</sup> ed, in particolare, che, fra questi, l'articolo 5 del d.lgs. n. 286 del 1998 costituisce uno dei pilastri di garanzia dell'effettività del diritto d'asilo<sup>59</sup>.

Questa ricostruzione delle dinamiche ordinamentali dovrà essere rivista per effetto del decreto legge n. 113 del 2018 e dalla legge di conversione n. 132 del 2018.

In particolare, l'interprete sarà chiamato a valutare se i regimi di protezione di derivazione UE, CEDU e legati al rispetto degli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione di Ginevra del 1959, trovino compiuta attuazione alla luce della recente revisione legislativa delle procedure per il riconoscimento e la revoca dei regimi di protezione e della nuova casistica delle ipotesi nelle quali possono essere riconosciuti permessi di soggiorno per motivi umanitari e per la tutela del diritto d'asilo.

Più precisamente, a seguito della modifica dell'art. 5 c. 6 d.lgs. n. 286 del 1998, e dell'introduzione di singole ipotesi di permessi di soggiorno *speciali* potrebbe essere di nuovo necessario prospettare la tesi della *drittwirkung* della norma costituzionale sul diritto d'asilo<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Dopo Cass. SS.UU. nn. 4674/1997 e 907/1999 rese in sede di regolamento di giurisdizione, che sanciscono il principio di diritto per cui l'asilo è un diritto soggettivo e le decisioni rese in tema di titolarità ed esercizio del diritto di asilo quindi hanno natura dichiarativa; interviene una giurisprudenza di legittimità (Cass. civ., sez. I, n. 25028 del 2005; Cass. civ., sez. I, sent. n. 18549 del 2006) che considera il diritto d'asilo un diritto *condizionato e strumentale* al riconoscimento dello status di rifugiato o di altri regimi di protezione. Per un'analisi critica di questa giurisprudenza della I sezione della Corte di cassazione sui rapporti fra diritto d'asilo (*ex art. 10 Cost.*) ed altri regimi di protezione sia consentito rinviare a Sia consentito rinviare a E. CAVASINO, *Un passo indietro nell'interpretazione dei rapporti fra diritto d'asilo e status di rifugiato nell'ordinamento italiano*, in *Giur. it.*, 2007, 318 ss.; ID., *Ancora sui rapporti fra asilo e rifugio: la prima sezione della Cassazione non corregge il tiro*, in *Foro it.* 2007, 1969; ID., *Le trasformazioni del diritto d'asilo*, in *Nuove autonomie*, 2013, 185. Le decisioni della giurisprudenza di legittimità più recente nella quale viene mantenuta quella impostazione sui rapporti fra diritto d'asilo costituzionalmente garantito e regimi di protezione del non cittadino di derivazione internazionale ed europea sono: Cass. civ. sez. I, n. 10686 del 2012; Cass. civ. sez. I, n. 16362 n. 2016 e, da ultimo, Cass. civ. sez. I, n. 4455 del 2018 e Cass. civ. sez. VI-1 ord. n. 23720 del 2018).

<sup>58</sup> Cass. civ. Sez. VI-1, nn. 28015 del 2017; n. 16362 del 2016; n. 10686 del 2012.

<sup>59</sup> Oltre alle disposizioni dei decreti legislativi di attuazione di obblighi europei: art. 32 d.lgs. n. 25 del 2008, di recepimento della dir. 2005/85/CE *procedure* (poi modificato dal d.lgs. n. 142 del 2015, di recepimento della dir. 2013/32/UE, *rifusione della direttiva procedure*); d.lgs. n. 251 del 2007, di recepimento della dir. 2004/83/CE sulle *qualifiche* (la disciplina *sostanziale* dei regimi di protezione), poi modificato dal d.lgs. n. 18 del 2014, di recepimento della dir. 2011/95/UE (*rifusione della direttiva qualifiche*); d.lgs. n. 142 del 2015, di recepimento della dir. 2013/33/UE (*condizioni di accoglienza*), che modifica il d.lgs. n. 140 del 2005, di recepimento della dir. 2003/9/CE (*condizioni minime di accoglienza*).

<sup>60</sup> Sia consentito rinviare a E. CAVASINO, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano: struttura, garanzie, effettività*, in A. CALIGIURI – G. CATALDI – N. NAPOLETANO, *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, 297.



Mancando, infatti, non solo una disciplina generale, flessibile – e di chiusura – in materia di protezione umanitaria, ma essendo stata pure introdotta una nuova disciplina sui Paesi di origine sicuri<sup>61</sup> e sulle revoche degli altri regimi di protezione, si può creare, nei casi concreti, un disallineamento fra livello di tutela legislativa dei diritti della persona migrante e livello di tutela costituzionale, internazionale ed UE che è necessario offrire al non cittadino *ex* articoli 2, 10, 11, 117 Cost.<sup>62</sup>. Certo, l’obbligo d’interpretazione conforme può soccorrere, ma può anche non essere sufficiente in alcuni casi.

In altre parole, si ritiene che *escludere per via legislativa il rilascio del permesso di soggiorno a persone migranti nelle ipotesi in cui sussistono seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano* (come era previsto in precedenza dall’art. 5 c. 6 d.lgs. n. 286 del 1998), impone di offrire una applicazione diretta delle norme costituzionali in materia di protezione della persona migrante o, per chi non lo ritiene possibile, di sollevare questioni di legittimità costituzionale che abbiano ad oggetto questo intervento del legislatore, al fine di consentire, nuovamente, l’espansione dell’ambito di applicazione del regime del permesso di soggiorno per motivi umanitari in modo da assicurare piena effettività alle norme costituzionali ed internazionali rilevanti in materia di diritto d’asilo<sup>63</sup>.

In particolare, sarà anche necessario valutare la costituzionalità della riformata disciplina delle singole misure di protezione *speciale*, soprattutto nella parte in cui le condizioni per l’accesso a questo regime di protezione vengono irrigidite e viene limitato il livello di tutela dei diritti costituzionali fondamentali della persona migrante, come nel caso del permesso speciale per motivi di tutela della salute<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Infatti, resta in vigore la disciplina di cui al titolo II del d.lgs. n. 286 del 1998, ossia il soggiorno per motivi di protezione sociale (art. 18 d.lgs. n. 286 del 1998); il soggiorno per le vittime di violenza domestica (art. 18 *bis* d.lgs. n. 286 del 1998); i divieti di espulsione e di respingimento di cui all’art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998 ma con un intervento in senso restrittivo per il permesso legato ad esigenze di tutela della salute ed il soggiorno per calamità di cui all’art. 20 *bis* d.lgs. n. 286 del 1998 (ma, anche qui, con significativi interventi in senso restrittivo).

<sup>62</sup> L’intervento di modifica dell’art. 5 comma 6 d.lgs. n. 286 del 1998 prevede che: «6. *Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti*», mentre in precedenza si disponeva che: «6. *Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato dal questore secondo le modalità previste nel regolamento di attuazione.*» (sottolineato aggiunto).

<sup>63</sup> Cfr. E. CASTRONUOVO, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2018, spec. 21 ss., reperibile alla pagina web <https://www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/note-e-commenti/fascicolo-note-2018-3/302-commentocastronuovo/file>. Non sembra sia del medesimo avviso S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d’incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. “decreto sicurezza”)*, cit., 5-7 che non le ritiene disposizioni palesemente incostituzionali ma discutibili.

<sup>64</sup> In particolare, Art. 1 c. 1 lettere b), g), h) d.l. n. 113 del 2018 conv. con mod. in l. n. 132 del 2018

#### **4. Solidarietà e diritti nella prospettiva costituzionale: uguaglianza, bisogni primari e contenuto essenziale**

L'analisi delle recenti prassi legislative italiane ha mostrato come l'evoluzione della disciplina dei regimi di protezione ponga – come suo elemento invariabile – il tema dell'effettività della disciplina costituzionale del diritto d'asilo e dei diritti della persona migrante.

Il *vulnus* al diritto costituzionale d'asilo diviene ancor più evidente laddove si associano protezione del migrante e tutela della sicurezza e, quando – come accade nel decreto legge del 2018 – si sposta il fuoco dall'esigenza di dare attuazione agli obblighi europei ed internazionali, sulla tutela della sicurezza nazionale e pubblica.

Dall'osservazione dell'esperienza italiana emerge ancor più la necessità di valorizzare la dimensione costituzionale dei diritti e delle libertà della persona migrante, anche perché soltanto così si può concorrere a costruire un diritto comune europeo in materia di protezione giuridica del non cittadino<sup>65</sup>. Peraltro, è evidente che la conseguenza della scelta di non muovere dai diritti costituzionali, nella definizione della struttura dei regimi di protezione dello straniero, è stata l'impossibilità di costruire uno statuto organico dello *ius migrandi*<sup>66</sup> e, quindi, di realizzare, nella legislazione, nelle prassi, nella giurisprudenza, un equilibrio di sistema fra diritti, solidarietà, responsabilità e sicurezza.

Se ci si ferma all'osservazione del dato legislativo sembra quasi impossibile offrire risposte *costituzionali* al problema del rapporto fra persone migranti e comunità organizzate in forma politica statale: per effetto di una legislazione in gran parte derivata dall'esigenza di dar seguito ad obblighi UE e internazionali, i regimi di protezione del non cittadino sono stati in prevalenza ricostruiti senza valorizzare la portata e gli effetti delle disposizioni costituzionali cui prima si faceva cenno<sup>67</sup>.

Oggi, a fronte di scelte legislative svalutative della precettività della disciplina costituzionale del diritto d'asilo e dei diritti della persona (migrante), sembra però esser maturata la sensibilità costituzionale necessaria per realizzare l'equilibrio fra diritti, solidarietà, responsabilità e sicurezza<sup>68</sup>.

Il diritto di migrare, di cercare protezione in comunità organizzate politicamente diverse da quelle di provenienza per realizzare lo svolgimento della propria personalità, trova copertura costituzionale negli

---

<sup>65</sup> Si vedano le considerazioni di G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007

<sup>66</sup> Intuizione sulla base della quale è stato sviluppato in modo generale il tema della condizione giuridica del non cittadino da C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001; R. CHERCHI, *Lo straniero e la costituzione. Ingresso soggiorno e allontanamento*, Napoli, 2012.

<sup>67</sup> Cfr. ad es. Cass SS.UU. Ord. n. 19393 del 9 settembre 2009.

<sup>68</sup> C. cost. n. 238 del 2010; C. cost. n. 269 del 2017.

articoli 2 e 3 Cost. e, in larga parte, per quanto riguarda la protezione dello straniero, nella disciplina del diritto d'asilo (art. 10 c. 3° Cost.)<sup>69</sup>.

A questo proposito, il Capo dello Stato, a margine dell'emanazione del d.l. n. 113 del 2018 ha avvertito «l'obbligo di sottolineare che, in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, restano “fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato”, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia»<sup>70</sup>.

Ora, è vero che la Corte costituzionale ha sinora operato come se ci fossero dei *limiti assoluti* dinanzi alla libertà di migrare, limiti di carattere implicito che possono essere rimossi soltanto dal legislatore, nell'esercizio, appunto, di una funzione costituzionale – quella normativa – di carattere discrezionale<sup>71</sup>. Ben potrebbe il Legislatore, quindi, in questa prospettiva, orientare la disciplina dello *ius migrandi* senza incontrare dinanzi a se uno statuto giurisprudenziale dello stesso<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Seguendo la nota tesi dell'art. 2 Cost. come norma a fattispecie aperta di A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (dir. da), *Commentario della Costituzione*, vol. I, Bologna – Roma, 1975, 50 ss. È noto che l'unico aspetto del diritto a migrare per il quale, in Italia, si è sviluppato un dibattito scientifico e si ha un contributo della giurisprudenza, ha ad oggetto la questione dell'applicazione diretta dell'art. 10 c. 3° Cost., della natura e la struttura del diritto costituzionale a cercare ed ottenere asilo. C. ESPOSITO, (voce) *Asilo (diritto di)*, cit., 222, per giungere a M. BENVENUTI, (voce) *Asilo (diritto di)*, *Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 2007, *ad vocem* un diritto ad essere ammessi ed a soggiornare sul territorio nazionale in presenza dei presupposti costituzionali (l'impedimento all'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana), ma è noto che le condizioni per l'esercizio di tale diritto non sono mai state definite dal legislatore (mancanza di attuazione per via legislativa del diritto d'asilo) e che la giurisprudenza di legittimità, dopo iniziali importanti aperture in sede di regolamento di giurisdizione (Cass. SS.UU. n. 4674/1997 e 907/1999), lo ha poi definito come una sorta di *diritto condizionato*, strumentale, di situazione giuridica precaria e volta ad essere poi annullata al momento delle decisioni sul riconoscimento o il diniego di altri *status* di protezione (Cass. Sez. I Civ. n. 25028/2005; Cass. SS.UU. 10686/2012 e Cass. Sez. VI 16362/2016, sulla scia peraltro di orientamenti dottrinali che condividono tale prospettiva. Ad es. P. BONETTI, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sul riconoscimento delle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in *Dir. immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2008, 13 ss.).

<sup>70</sup> Lettera del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, inviata, contestualmente all'emanazione del decreto legge n. 113 del 2018, al Presidente del Consiglio dei ministri, il cui testo è reperibile alla pagina web <https://www.quirinale.it/elementi/18098>

<sup>71</sup> Ad es. C. cost. n. 148 del 2008; C. cost. n. 250 del 2010. Interventi che sono stati piuttosto limitati sul *diritto d'asilo* ed i regimi di protezione del non cittadino posto che la Corte costituzionale, nella sua giurisprudenza in tema di diritti e libertà dei non cittadini, ha ritenuto che il limite della *discrezionalità del legislatore*, fosse molto ampia proprio sotto l'aspetto dell'ingresso, del soggiorno e dell'allontanamento (o dell'espulsione) sul territorio nazionale; dominio riservato ed esercizio di una prerogativa sovrana dello Stato e settore materiale nell'ambito del quale rileva il principio di tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico. Sul territorio A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010; I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato: profili costituzionali*, Roma, 2010.

<sup>72</sup> In mancanza di una disciplina legislativa dello *ius migrandi*, il Giudice delle leggi non si è spinto oltre l'uso delle pronunce manipolative di accoglimento di tipo additivo in presenza di una disciplina frammentaria o parziale e sempre che il rimettente sia riuscito a dimostrare l'esistenza di soluzioni costituzionalmente obbligate, disattese dallo stesso legislatore. C. cost. n. 202 del 2013, ad esempio, in materia di ricongiungimento familiare su cui V. PICALARGA, *Brevi note sulla recente giurisprudenza amministrativa in tema di rilascio – rinnovo del permesso di soggiorno*, in

Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale è stata sempre più copiosa e proattiva in materia di diritti dello straniero.

Nei primi anni 2000 è stata inizialmente utilizzata la leva del giudizio di ragionevolezza per impedire il *doppio standard* di tutela della libertà personale<sup>73</sup> e, successivamente, con riferimento alla disciplina dei diritti a prestazione<sup>74</sup>, sono stati il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e il principio di uguaglianza in tutte le declinazioni offerte dall'art. 3 Cost. a definire l'equilibrio fra diritti e sicurezza,<sup>75</sup> superando le discriminazioni basate sullo *status* di cittadinanza o altri *status* che giustificano la *presenza* del non cittadino all'interno della comunità (i titoli di soggiorno).

La giurisprudenza costituzionale ha identificato nei *bisogni primari* della persona<sup>76</sup>, da un lato, e nel contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali, dall'altro, i limiti alle discriminazioni legislative fra cittadini e persone migranti.

In particolare, è stato dato corpo al principio personalista e di uguaglianza con riferimento all'accesso a prestazioni collegate alla garanzia di diritti costituzionali, quali il diritto alla salute, all'abitazione, all'accesso agli asili nido, alla libertà di circolazione e all'accesso ai servizi di trasporto pubblico, alle prestazioni sociali a sostegno di persone affette da invalidità o per realizzare condizioni di vita dignitose<sup>77</sup>.

---

seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 202 del 2013, in *Rivista AIC – Osservatorio costituzionale*, 2014 <http://www.osservatorioaic.it/download/GNo7CTmNvJdICpu1dht6U9feniwJNTuR3Wd5Tth-2mc/picalarga-2014.pdf>

<sup>73</sup> Le note e fondamentali C. cost. n. 105 del 2001 e C. cost. n. 222 del 2004 con riferimento alle garanzie costituzionali della libertà personale (riserva di legge e riserva di giurisdizione) e la disciplina del trattenimento e 148 del 2008. Sul tema G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritto delle persone*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 425; G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giur. cost.*, 2001, 1680; A. CAPUTO, *La libertà personale è uguale per tutti. Corte costituzionale e disciplina dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 5/2004, 104, P. PASSAGLIA, *La Corte costituzionale fa il punto sulla disciplina dell'immigrazione*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2618.

<sup>74</sup> Ed è stata l'effetto dell'esercizio di competenze normative che sono state distribuite fra vari livelli di governo, ossia fra Stato e Regioni (e che non sono state cedute al livello sovranazionale).

<sup>75</sup> Cfr. le considerazioni di M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012. Cfr. C. cost. nn. 61 del 2011; 299 e 134 del 2010; 156 del 2006; 300 del 2005.

<sup>76</sup> Da ultimo, C. cost. n. 166 del 2018 su cui A. GUARISO, *Le sentenze della Corte costituzionale 106, 107 e 166 del 2018: diritto alla mobilità e illegittimità dei requisiti di lungo-residenza per l'accesso all'alloggio e alle prestazioni sociali*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2018, reperibile alla pagina web <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/note-e-commenti/fascicolo-note-2018-3/299-commento-guariso>.

<sup>77</sup> Si affronterà il tema più in dettaglio nel prosieguo. Ma, sin d'ora si richiamano, sull'accesso alle prestazioni sanitarie per gli stranieri irregolari, C. cost. n. 61 del 2011 su cui A. RANDAZZO, *La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale "dimezzato"?*, in *ConsultaOnline* 2012, <http://www.giurcost.org/studi/randazzo3.pdf>; sul criterio della residenza (da lungo periodo) come criterio volto a discriminare in relazione all'accesso ad alcune prestazioni sociali C. cost. n. 166 del 2018 sul cd. *bonus affitti*; C. cost. n. 107 del 2018 sull'accesso agli asili nido su cui R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. 107/2018*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2261, D. TEGA, *Le politiche xenofobe continuano a essere incostituzionali*, in *Diritti regionali*, 2018, reperibile alla pagina web <https://www.dirittiregionali.it/2018/08/28/le-politiche-xenofobe-continuano-a-essere-incostituzionali/>; che lo

Non è un caso, forse, che la Corte costituzionale abbia reso giustiziabile anche il II comma dell'art. 3 Cost. e finalmente abbia realizzato una sintesi fra uguaglianza formale e sostanziale, affermando, in questa nuova dinamica del giudizio di ragionevolezza, che «ogni norma che imponga distinzioni fra varie categorie di persone in ragione della cittadinanza e della residenza per regolare l'accesso alle prestazioni sociali deve pur sempre rispondere al principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost. [e] occorre che la distinzione non si traduca mai nell'esclusione del non cittadino dal godimento dei diritti fondamentali che attengono ai “bisogni primari” della persona, indifferenziabili e indilazionabili, riconosciuti invece ai cittadini»<sup>78</sup>.

Questo riferimento generale ai bisogni primari del *non cittadino*, è di fondamentale importanza.

La giurisprudenza costituzionale in tema di uguaglianza (in tutte le sue articolazioni), si vedrà, costituisce il punto di forza dello statuto delle garanzie costituzionali del non cittadino ed il punto di partenza per la costruzione dell'equilibrio fra diritti, solidarietà, responsabilità e sicurezza e per la costruzione dello statuto giuridico dello *ius migrandi*.

È, infatti, in questa prospettiva che solidarietà e responsabilità possono essere declinati, non soltanto come principi che presiedono al rapporto fra Stati o Enti, ma fra persona e comunità, fra singoli e pubblici poteri<sup>79</sup>.

---

ridimensiona già in C. cost. n. 432 del 2005 su cui F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2010, 231; C. cost. n. 40 del 2011 su cui M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero alle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, 510, e F. GIRELLI, *Gli stranieri residenti in Lombardia totalmente invalidi per cause civili hanno diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea nel territorio regionale*, in *Rivista AIC*, 2005, [http://archivio.rivistaaic.it/cronache/giurisprudenza\\_costituzionale/stranieri\\_lombardia/index.html](http://archivio.rivistaaic.it/cronache/giurisprudenza_costituzionale/stranieri_lombardia/index.html); C. cost. nn. 133 e 222 del 2013 su cui D. MONEGO, *La “dimensione regionale” nell'accesso alle provvidenze sociali*, in *Le Regioni*, 2014, 244; B. PEZZINI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*. Relazione al Convegno *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009 <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200910/Pezzini.pdf> e F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013; A. GIORGIS – E. GROSSO – M. LOSANA (a cura di), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, Milano, 2017; A. RUGGERI, *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, in *Rivista AIC – Osservatorio AIC* 2/2018 [http://www.osservatorioaic.it/download/8jwwW1S8JfrDYKl6y8di61PX\\_ao1LF0UDoT6KtQ-gGQ/ruggeri-definitivo.pdf](http://www.osservatorioaic.it/download/8jwwW1S8JfrDYKl6y8di61PX_ao1LF0UDoT6KtQ-gGQ/ruggeri-definitivo.pdf); E. CODINI, *Immigrazione e Stato sociale*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 59. Nella giurisprudenza costituzionale più recente, con riferimento al criterio del radicamento territoriale, si segnalano, da ultimo, Corte cost. nn. 166 del 2018 e 107 del 2018 e la giurisprudenza *ivi* richiamata.

<sup>78</sup> Corte cost. n. 166 del 2018, par. 6 *considerato in diritto*, terz'ultimo e penultimo capoverso.

<sup>79</sup> Non va sottaciuto che, in questa prospettiva, si apre la sfida alla tutela dei diritti delle *nuove minoranze*, determinate dai movimenti migratori. Sul tema T. MAZZARESE, *I migranti e il diritto ad essere diversi nelle società multiculturali delle democrazie costituzionali*, in G. CERRINA FERONI – V. FEDERICO (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, in corso di pubblicazione, Relazione al Convegno *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Firenze, 19, 20, 21 ottobre 2017.



Si ritiene che sia questo il percorso giuridico-costituzionale per definire il *limite* che devono incontrare le dinamiche politiche ed istituzionali nella protezione della persona migrante.

Da un lato, i *bisogni primari della persona* sono aspetti della condizione giuridica della persona, che trovano tutela costituzionale, nel senso che rappresentano un limite giuridico alle scelte legislative in materia di diritti costituzionali e, dunque, costituiscono anche limite alla disciplina di settore in materia di accesso e struttura dei regimi di protezione dello straniero.

La giurisprudenza costituzionale tende così al superamento delle *barriere di status* in materia di diritti ed, in particolare, della dicotomia tra cittadino e non cittadino, per effetto delle diverse declinazioni del principio di uguaglianza e dei doveri di solidarietà.

Dall'altro, rispetto alle discriminazioni basate sugli *status* che determinano il tipo di *appartenenza* ad una comunità politica (lo *status* di cittadinanza, la regolarità ed il tipo di titolo di soggiorno), è la legittimità del titolo d'ingresso, innanzitutto, a costituire una condizione sulla base della quale è possibile operare, appunto, tale discriminazione per l'accesso a provvidenze pubbliche<sup>80</sup>.

Mentre, l'elemento del radicamento territoriale stabile, pur essendo causa normativa idonea a differenziare la condizione giuridica delle persone, se previsto come condizione per l'accesso a prestazioni collegate al soddisfacimento di bisogni primari, viene considerato privo di ragionevolezza<sup>81</sup>.

Più precisamente, il soggiorno regolare sul territorio nazionale può costituire condizione (quindi, elemento discriminatorio fra cittadini e non cittadini) per l'accesso a determinate provvidenze economiche o a *benefits in kind* nei casi in cui tali prestazioni sono in qualche modo collegate al *contributo* alla società che deriva dalla presenza sul territorio della persona (migrante)<sup>82</sup>.

Ma, se le provvidenze o prestazioni «si fondano sull'esigenza di assicurare – in una dimensione costituzionale orientata verso la solidarietà come dovere inderogabile (art. 2 Cost.)»<sup>83</sup>, ossia se sono le

---

<sup>80</sup> C. cost. n. 133 del 2013: «una volta che il diritto a soggiornare nel territorio nazionale non sia in discussione, non si [possono] «discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini» (sentenza n. 61 del 2011)». A commento della sentenza E. PAMPALONE, *Giustizia ed eguaglianza: linee di consolidamento in materia di diritti sociali degli stranieri*, in *Giustizia amministrativa* (www.giustamm.it), 2013, num. 7.

<sup>81</sup> C. cost. n. 107 del 2018 in tema di residenza prolungata per l'accesso agli asili nido: « non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la durata prolungata della residenza e le situazioni di bisogno o di disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale». Con riferimento al diritto all'abitazione, invece, C. cost. n. 222 del 2013: «a fronte del pregiudizio che può derivare dall'esclusione indiscriminata dello straniero dalla prestazione sociale, occorre particolare cura nella identificazione del legame che congiunge la provvidenza allo status di cittadino, anziché al contributo offerto dall'individuo alla società in cui si è inserito». A commento di questa decisione E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare: spunti teorico-dogmatici e itinerari giurisprudenziali*, in *Pol. dir.*, 2016, 337 ss.; L. PRINCIPATO, *L'integrazione sociale, fine o condicio sine qua non dei diritti costituzionali?*, in *Giur. cost.*, 2013, 3291 ss.

<sup>82</sup> C. cost. n. 432 del 2005; C. cost. n. 40 del 2011.

<sup>83</sup> C. cost. n. 230 del 2015 in tema di pensione sociale d'invaldità; C. cost. n. 222 del 2013.



«situazioni di bisogno o di disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale» a costituire «il presupposto di fruibilità delle provvidenze in questione»<sup>84</sup> e se esse sono strumentali alla garanzia di diritti costituzionalmente garantiti, come, ad esempio il diritto alla salute, all'istruzione<sup>85</sup>, alla dignità della vita, diritti di cui agli articoli 32, 34, 38 Cost., la causa normativa della residenza legale non si può intrecciare, ragionevolmente, con quella della sua durata o con altre condizioni – ad esempio il possesso di un impiego o di un reddito da lavoro<sup>86</sup> – per «contrasto con il principio costituzionale – oltre che convenzionale – di eguaglianza sostanziale (art. 3 Cost.)» con riferimento a «esigenze di tutela che, proprio in quanto destinate al soddisfacimento di bisogni primari delle persone», divengono «indifferenziabili e indilazionabili sulla base di criteri meramente estrinseci o formali»<sup>87</sup>.

È poi ancora più importante sottolineare che il titolo di riconoscimento della *presenza* e del *contributo* del singolo allo sviluppo di una comunità, quale il possesso di titoli di soggiorno per il non cittadino (l'essere migrante *regolare*), non rileva in alcun modo laddove il legislatore operi forme di discriminazione che toccano il nucleo essenziale di diritti costituzionali.

La giurisprudenza costituzionale in tema di diritto alla salute e all'abitazione, infatti, non solo ha valorizzato l'esercizio delle competenze legislative regionali in materia di diritti della persona, se volto alla rimozione degli ostacoli all'esercizio dei diritti e dei doveri dello straniero, ma ha anche rimosso ogni norma che si opponga all'effettiva tutela del contenuto minimo essenziale di tali diritti<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> C. cost. n. 133 del 2013 par. 2 *considerato in diritto*.

<sup>85</sup> C. cost. n. 2 del 2013.

<sup>86</sup> C. cost. n. 173 del 2013 per prestazioni sociali che superano i livelli essenziali di cui all'art. 117 c. 2° lett. m) Cost. (assegno di cura, disciplinato da una legge della Provincia autonoma di Trento), par. 7 *considerato in diritto*: «Ciò che, dunque, assume valore dirimente agli effetti del sindacato di costituzionalità, non è la denominazione o l'inquadramento formale della singola provvidenza, quanto, piuttosto, il concreto atteggiarsi di questa nel panorama delle varie misure e dei benefici di ordine economico che il legislatore (statale o regionale) ha predisposto quali strumenti di ausilio ed assistenza in favore di categorie "deboli". La compatibilità costituzionale delle scelte legislative va dunque affermata se ed allorquando, «alla luce della configurazione normativa e della funzione sociale», la misura presa in considerazione integri un rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento di "bisogni primari" inerenti alla sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare (sentenze n. 329 del 2011 e n. 187 del 2010). Condizione questa che certamente (per quanto detto) si configura relativamente alla provvidenza in esame, che è espressamente destinata a coinvolgere e salvaguardare beni e valori tutti di primario risalto nel quadro dei diritti fondamentali della persona non autosufficiente anche con riferimento al contesto familiare in cui è inserita. Senza pertanto che valga l'eccezione mossa dalla resistente in ragione del fatto che l'assegno de quo è «misura integrativa dell'indennità di accompagnamento» (art. 10, comma 2, ultimo periodo), giacché (come già detto) la classificazione del beneficio va operata imprescindibilmente con riferimento alla natura e alla portata teleologica che ne caratterizzano la predisposizione e la prestazione.»

<sup>87</sup> C. cost. n. 166 del 2018; C. cost. n. 230 e 22 del 2015; C. cost. n. 40 del 2013.

<sup>88</sup> C. cost. n. 61 del 2011 su cui C. CORSI, *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio tra Stato, Regioni e Corte costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2012, 43 ss., S. MABELLINI, *La dimensione sociale dello straniero tra uniformità (sovranazionale) e differenziazione (regionale)*, in *Giur. cost.*, 2011, 804; A. LOLLO, *Prime osservazioni su eguaglianza e inclusione*, in *ConsultaOnLine*, reperibile alla pagina web <http://www.giurcost.org/studi/Lollo.pdf>; D. STRAZZARI, *Stranieri regolari, irregolari, "neocomunitari" o persone? Gli spazi d'azione regionale in materia di trattamento*

Questa giurisprudenza costituzionale contribuisce così a identificare alcuni aspetti dello statuto giuridico dello *ius migrandi*: il limite costituzionale dei diritti ed il concetto costituzionale di solidarietà, che sono necessari a costruire l'equilibrio fra le diverse determinanti che concorrono a definire la protezione della persona migrante.

Attraverso la dimensione costituzionale della solidarietà fra persone e il riconoscimento di un patrimonio comune di diritti in capo ad ogni persona, a prescindere dallo *status* di cittadino o dai titoli per l'ingresso ed il soggiorno, prendono dunque corpo quei limiti giuridici che sono necessari per raggiungere l'equilibrio fra diritti, solidarietà, sicurezza e responsabilità nella protezione della persona migrante.

---

*giuridico dello straniero in un'ambigua sentenza della Corte*, in *Le Regioni*, 2011, 1037; Corte cost. nn. 299 e 269 del 2010 su cui G. BASCHERINI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione al tempo del 'pacchetto sicurezza'*. Osservazioni a margine delle sentt. nn. 269 e 299 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 3901 ss.; D. MORANA, *Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati (note minime a Corte cost., sent. n. 269 del 2010)*, in *Giur. cost.*, 2010, 3238 ss.; A. RANDAZZO, *La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale dimezzato?*, in *ConsultaOnLine*, reperibile alla pagina web <http://www.giurcost.org/studi/randazzo3.pdf>; C. SALAZAR, *Leggi statali, leggi regionali e politiche per gli immigrati: i diritti dei "clandestini" e degli "irregolari" in due recenti decisioni della Corte costituzionale (sentt. nn. 134 e 269/2010)*, in AA. VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, IV, 3259 ss.; A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, 2012, XV, 233 ss.; L. RONCHETTI, *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni (a proposito delle sentenze nn. 299 del 2010 e 61 del 2011)*, in *Rivista AIC*, 3/2011, reperibile alla pagina web <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/laura-ronchetti/i-diritti-fondamentali-alla-prova-delle-migrazioni-a-proposito-delle-sentenze-nn-299-del-2010-e-61-del-2011>. Il Giudice costituzionale, sotto questo aspetto richiama costantemente come paradigma di riferimento il testo dell'articolo 2 c. 1 e 47 d.lgs. n. 286 del 1998.