

SCRITTI IN ONORE
di
ERMANNNO BOCCHINI

TOMO I

 Wolters Kluwer

CEDAM

2016

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Copyright 2016 Wolters Kluwer Italia Srl

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5 della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

*Venendo incontro al desiderio di molti Colleghi,
abbiamo assunto l'iniziativa di pubblicare gli
"Studi in onore di Ermanno Bocchini"
per testimoniare la Sua personalità scientifica
e la traccia profonda lasciata negli
studi di diritto commerciale e nell'attività professionale,
non disgiunta da una particolare sensibilità nei confronti
degli allievi che lo hanno amato e seguito
nel Magistero scientifico.*

IL COMITATO PROMOTORE

Guido Alpa

Giancarlo Laurini

Mario Libertini

Piergaetano Marchetti

Pietro Rescingo

Giuseppe Rescio

Francesco Vassalli

a cura di
Emilio Pezone

GIANCARLO GUARINO

SOVRANITÀ DELLO STATO, DIRITTI FONDAMENTALI
E MIGRAZIONE: GLI ELEMENTI
DI UNA CONTRADDIZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Taluni aspetti della legislazione italiana in materia di emigrazione e ‘migranti clandestini’. – 3. Libertà, sicurezza e sovranità. – 4. Di taluni obblighi degli stati in rapporto al fenomeno delle migrazioni. – 5. Di talune asimmetrie normative. – 5.1 ‘Bilanciamento’ e solidarietà umana: i ‘valori in gioco’. – 5.2 ‘Bilanciamento’ e diritto internazionale: diritto a lasciare il proprio stato e obbligo di accoglienza. – 5.3 Un possibile ‘bilanciamento’ per la Costituzione italiana. – 6. Conclusione

1. Introduzione.

Il fenomeno delle migrazioni, rappresenta un fattore crescente di instabilità anche nei sistemi giuridici europei più evoluti¹, sempre più spesso propensi a vedere in quel fenomeno un rischio, al quale rispondere, come vedremo, addirittura con legislazioni speciali particolarmente repressive e “precauzionali”, che hanno indotto a parlare e costruire addirittura un vero e proprio «diritto penale del nemico»².

In questo senso, la stessa legislazione statunitense non manca di essere significativa, quando, pur non trattando in maniera discriminatoria l’immigrato clandestino, sottopone l’immigrato regolare a pre-

¹ Compreso, duole dirlo, il nostro se solo si pensi alla nostra legislazione di ‘controllo’ delle migrazioni, con la infelice istituzione del reato di immigrazione clandestina (giustamente sanzionato molto duramente dalla CGUE con la sentenza C-61/11 PPU, *infra* nt. 10. È appena il caso di sottolineare come, alla data di redazione delle presenti note (22.2.2015) il reato in questione sembra finalmente essere stato abolito e trasformato in una contravvenzione, salvo recidiva. Per maggiore precisione, la Legge-delega 28.4.2014 n.67. all’art. 2 dispone per l’abrogazione (entro 18 mesi) del reato di cui all’art. 10.bis del Dlgs. 286/1998, che a tutt’oggi non risulta eseguita.

² Su cui v. LO MONTE E., *Il fenomeno dell’immigrazione clandestina: diritti sicurezza e criminalità*, in DI STASI A., KALB L. (a cura di), *La gestione*, cit., p. 135 ss e specialmente p. 151 ss.

cauzioni tali per cui la commissione di qualunque reato di diritto comune, ne comporta l'espulsione³. Anzi, va anche oltre, e molto anche, perché ammette lo straniero, ma poi lo tratta come un individuo da tenere non solo sotto controllo in quanto tale, ma sotto una sorta di minaccia permanente almeno molto prolungata⁴.

Nel caso italiano, come noto, sempre più spesso, anzi ormai nella maggioranza dei casi, "clandestini" sono, o meglio diventano, persone regolarmente entrate nel nostro paese, ma che vi restano (o cercano di recarsi in altri paesi, specie se legati agli accordi Schengen) *senza più* disporre del titolo per il quale hanno in origine avuto accesso al nostro, né di un nuovo titolo per restarvi. Rispetto a questo fenomeno non si deve dimenticare che, invece, l'affluenza di "clandestini", almeno in Italia, via mare o comunque *ab initio* clandestini (fenomeno molto pubblicizzato e indicato spesso alla preoccupata attenzione generale) è notoriamente assai minore, sia in percentuale che in numero assoluto, a quello degli *immigrati che diventano* clandestini essendo entrati regolarmente nel paese, cosa che ha generato il fenomeno di controlli sempre più parossistici alle frontiere⁵. Nei giorni in cui scrivo queste righe, inoltre, è all'ordine del giorno una fumosa proposta del nostro ministro degli affari esteri e di quello della difesa, circa la possibilità di azioni militari non meglio definite nell'ambito delle NU in Libia, da dove provengono molti degli immigranti via mare, sulla evoluzione della quale (sgradita sembrerebbe al Presidente del Consiglio) mancano al momento notizie⁶.

Vale la pena di anticipare in questa sede che, dal punto di vista del diritto internazionale, il fenomeno delle migrazioni, di per sé, determina un evidente (ma, a mio parere, solo apparente) conflitto tra il "diritto" individuale a lasciare il proprio paese e il diritto dello stato, di ogni stato, a regolare l'affluenza di persone dall'estero. Come si vedrà poco più avanti, infatti, si tratta di due 'diritti fondamentali' di diritto internazionale: il primo, come ovvio, non dell'individuo diret-

tamente (poiché non soggetto di diritto internazionale), ma *beneficiario di esso come persona suscettibile di garanzia da parte del diritto internazionale generale* e contrattuale (che, infatti, esplicitamente lo regolamenta), l'altro, un ben noto diritto (o meglio una prerogativa) dello stato, espressione della sua sovranità. Due diritti, va detto subito, *assolutamente incommensurabili*, diversamente da come invece certa giurisprudenza, anche italiana, sembra ritenere.

Ciò impone, unitamente ad altre ragioni non suscettibili di venire approfondite in questo scritto, la necessità di riconsiderare il contenuto del concetto di sovranità, alla luce del diritto internazionale contemporaneo, ma, specialmente, impone di valutare se e in che misura detti diritti siano sul medesimo piano così da poter essere visti come suscettibili di essere considerati alternativi l'uno all'altro, o, come ama dire la nostra Corte costituzionale, *suscettibili di "bilanciamento"*⁷.

Se, infatti, di un conflitto effettivamente si trattasse tra diritti fondamentali il tema da discutere sarebbe giustamente quello di analizzare le possibilità di "bilanciamento" (e quindi lo stesso metodo del bilanciamento) tra questi diversi, ma entrambi fondamentali diritti e garanzie. Perché non si può trascurare che: *a.*- se appare difficile immaginare come sia possibile "bilanciare" diritti fondamentali almeno apparentemente in contraddizione tra di loro, se non negandone uno a favore di un altro, è impossibile negare che *b.*- il significato e il contenuto del "diritto a lasciare il proprio stato" (o meglio: della *garanzia internazionale* perché ciascuno che lo voglia possa *effettivamente* lasciare il proprio stato) non è tale se non si sostanzia in un corrispondente "obbligo" di accoglienza che quindi va commisurato con il descritto diritto dello stato a decidere chi accogliere sul proprio territorio: ma che si tratti di valori commensurabili è almeno da discutere.

Il tema, inoltre, è fortemente complicato dal fatto che, sempre più spesso, il concetto di "straniero": *a.*- assume un contenuto diverso a seconda della provenienza. Assume infatti una veste particolare, anche nella legislazione di molti stati, Italia inclusa, il termine *migrante*, non privo di un contenuto sprezzante (quasi per distinguerlo da altri "stranieri" invece di per sé ritenuti bene accetti) se non altro per le defatiganti procedure cui i migranti sono sottoposti all'ingresso e nel periodo di permanenza nello stato; *b.*- ciò, a sua volta, genera non pochi dubbi di legittimità non solo rispetto al principio di eguaglianza, ma anche perché sulla base di quella particolare qualificazione dello stra-

³ V. USA *Supreme Court* 559 U.S. 356 (2010), *Padilla V. Kentucky*, e anche cfr. anche US Code, 8 USC 1226 Title 8 *Aliens And Nationality*, Chapter 12 *Immigration And Nationality*, Subchapter II, *Immigration Part IV, Inspection, Apprehension, Examination, Exclusion, and Removal*. § 1226.

⁴ US Code, 8 USC 1226.

⁵ V., di recente, COTURA S., *Noi passeggeri felici e schedati*, in CADIN R., CARLETTI C., COLACINO N., COTURA S., GUARINO A. jr., *Contrasto multilivello al terrorismo internazionale e rispetto dei diritti dell'uomo*, Torino (Giappichelli) 2012.

⁶ V. *Huffington post*, 14.2.2015, DE GIOVANNANGELI U., *Isis contro l'Italia, i nostri connazionali nel mirino del Califato. Intervento in Libia sempre più vicino*, in http://www.huffingtonpost.it/2015/02/14/isis-contro-italia-libia_n_6684274.html?1423940277&utm_hp_ref=italy

⁷ Sul punto, delicatissimo v. *infra passim* e GUARINO G., *Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell'estoppel?*, in *Consulta Online*, 4.12.2014, in <http://www.giurcost.org/studi/index.html>

niero, si innesta la recente teorica del *diritto penale del nemico*⁸; e che, infine, spesso conduce ad una assimilazione, non solo, appunto, psicologica del migrante, così "identificato" all' "almeno potenziale "terrorista" (del quale peraltro non mi occuperò in questa sede⁹), molto spesso in una visione tanto mitica quanto preconcepita dello stesso, tutt'altro che estranea alla nostra anche migliore giurisprudenza.

2. Taluni aspetti della legislazione italiana in materia di emigrazione e 'migranti clandestini'.

Prima di passare oltre, giova sottolineare come anche il nostro ordinamento sia e sia stato tutt'altro che poco solerte nel valutare negativamente la situazione di clandestinità in quanto tale, in particolare ad esempio, mediante l'adozione (con la L. 92/2008) dell'art. 61.11 *bis* del codice penale, dove si definisce esplicitamente l'aggravante della presenza illegittima sul territorio nazionale¹⁰. Come noto, la Corte Costituzionale è intervenuta sulla prima disposizione, annullandola nella parte relativa alla menzionata aggravante, partendo proprio dal presupposto che i diritti fondamentali spettano: «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»¹¹ e dunque affermando, sia pure in un *obiter dictum* che i diritti fondamentali vanno sempre e comunque garantiti a tutti semplicemente in quanto esseri umani¹². Si nega così la possibilità di attribuire peso diverso ad un comportamento, in ragione delle *qualità soggettive* dell'autore: nella specie, l'essere *clandestinamente* presente in Italia. In sostanza l'affermazione della Corte conferma l'idea per cui lo stato

⁸ V. il mio articolo di cui *infra* nt. 9.

⁹ Ma vedi il mio GUARINO G., *Migrazioni terrorismo e sovranità*, in DI STASI A., KALB L., *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico sicurezza interna e integrazione europea*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2013, pp. 23 ss.

¹⁰ Basterebbe per tutti citare il famigerato disposto del D.lgs. 1998/286, art. 14.5 *ter*.

¹¹ V. Corte Cost. Sentenza 249/2010, *Considerato in diritto* 4.1. Va rilevato come la Corte affermi anche, punto 4.2: «Comportamenti pregressi dei soggetti non possono giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza — indipendentemente dalla necessità di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale — ad una qualità personale e la trasformino, con la norma considerata discriminatoria, in un vero "segno distintivo" delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo speciale e differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini».

¹² Cfr. sul punto anche PIERRE CAPS S., *L'immigrazione nel cuore delle contraddizioni del diritto internazionale e del diritto costituzionale nazionale*, in GAMBINO S., D'IGNAZIO G., *Immigrazione e diritti fondamentali. Tra costruzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Milano (Giuffrè) 2010, p. 22. Per qualche breve ulteriore considerazione sul punto, *infra* § **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**

soggettivo di straniero non regolare non può *di per sé* essere considerato criminoso, non diversamente dalla razza o dalla religione.

Che poi la Corte, con una sentenza successiva, incorra, a mio parere, in una grave incoerenza quando non considera costituzionalmente illegittima la analoga norma sulla clandestinità della cd. legge Turco Napolitano¹³ (che assimila lo *status* di clandestino a quella del pregiudicato), non riduce l'importanza dell'affermazione della precedente sentenza, che nega in radice la possibilità di condannare uno *status* soggettivo in quanto tale. La Corte, giova sottolinearlo, si guarda bene nella sentenza menzionata dal distinguere tra immigrati, ma fa un esplicito e chiarissimo riferimento solo al fatto per cui la *qualità soggettiva* dell'individuo (immigrato irregolare) determina un suo, penalmente valutabile, diverso, e aggravato, trattamento: una sorta di condanna indiretta di quelle tesi sempre più diffuse, che identificano in *certe determinate persone*, in quanto tali, un qualcosa di penalmente rilevante, in senso negativo, e di per sé quelle stesse persone penalmente perseguibili in quanto per definizione ostili: quello che oggi viene definito *diritto penale del nemico*, come si accennava poco più sopra.

Il ragionamento, mi pare, merita di essere sottolineato e brevemente commentato. La Corte, infatti, sia pure incidentalmente, rileva come la normativa vigente all'epoca avesse per effetto di determinare una situazione abnorme: quella di considerare uno *status* soggettivo, per così dire "istantaneo" (il fatto di essere clandestinamente in Italia) in una sorta di reato ripetuto continuamente e da essere ripreso in considerazione ripetutamente dal punto di vista punitivo. Insomma, quella situazione particolare di quel particolare individuo, non solo determina una situazione illegittima in quanto tale (quella della clandestinità, poi prevista come reato e "cancellata" dalla CGUE), ma diviene (con le aggravanti citate) uno *status* permanente e ripetuto di aggravamento di *qualunque* comportamento illecito il clandestino si trovi a compiere. Che è appunto la fattispecie tipica del trattamento discriminatorio verso una persona in quanto tale, per sue caratteristiche intrinseche, altrimenti definito, come detto, *diritto penale d'autore*¹⁴.

¹³ Mi riferisco nel testo alla Sentenza della Corte Cost. 250/2010, che al punto 6.2 del Considerato in diritto, con riferimento all'art. 10 bis del D.lgs. 286/1998 (cd legge Turco Napolitano) afferma, con un ragionamento a mio parere alquanto capzioso, ne riconosce la legittimità costituzionale.

¹⁴ Opzione giuridica che, secondo gli stessi studiosi del tema, non apparterebbe nemmeno al diritto penale in senso stretto: «... si sottolineano due differenze strutturali (tra loro intimamente legate) tra il "diritto penale del nemico" e il diritto penale: a) il diritto penale del nemico non stabilizza norme (prevenzione generale positiva), ma demonizza (= esclude) determinati gruppi di colpevoli; b) di conseguenza il diritto

Da ciò deriva, a mio parere, lo dico molto succintamente ma molto nettamente, l'impossibilità tecnica e logica di parlare, come spesso si fa, di "limitazioni" della sovranità, che supporrebbero una estensione predefinita, assoluta, di essa, che, poi, venga "ridotta" da un qualche potere esterno (nel senso kelseniano del termine, dallo stesso "potere" insomma che ne ha definito prima i contorni) definito dal diritto internazionale generale: del quale, mi pare, non v'è traccia. Il concetto stesso di sovranità, invece, è un concetto assoluto: significa, appunto, ente *superiorem non recognoscens* - e non, però, *legibus solutus* - ma il dove e il quale superiore non riconoscere è frutto del diritto internazionale. In altre parole, mi pare, la sovranità è una prerogativa assoluta del soggetto di diritto internazionale, in ogni dato momento storico, in ogni temperie giuridica, insomma e quindi con il contenuto che da essi si deriva di fatto²³.

Ma, va detto subito, in quanto tale, è una prerogativa tipica del diritto internazionale, valida in quell'ordinamento ed in quanto tale, strutturalmente e concettualmente diversa dalla sovranità di diritto interno, che nella nostra Costituzione viene giustamente espressa nella formula perfetta: «la sovranità appartiene al popolo ...».

Per dire, cioè, che attraverso i meccanismi propri del diritto interno (gli strumenti costituzionali, dunque) il popolo (e pertanto i singoli individui, tutti i singoli individui che ne sono regolati) esprime la pro-

tion creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty» (corsivo mio). Piace ricordare qui le ben note e lucidissime parole di Kelsen H. (Tucker R. ed.), *Principles of International Law*, New York (Holt, Rinehart and Winston) 1967, p. 190: «It is assumed that such a relationship [quella tra diritto internazionale e diritto interno] can be established only by a "power" then the same power is to be found behind international law that is supposed to be behind national law. For this "power" is ... nothing but the efficacy of the normative order. Whether international law is considered to be a legal order superior to the national legal orders, or part of these orders, it is to be considered as a valid only if it is by and large effective... If however, as is actually the case, international law is considered as an effective normative order, then there is behind international law ... a "power"... If international law is considered to be a legal order superior to the national legal orders, then it is the international community constituted by international law which is behind this law... And this international legal community can be called the bearer, guarantor or source of international law...» (corsivi miei) e v. anche pp. 578 ss. Per una interessante discussione del tema in una prospettiva di teoria generale del diritto, v. le belle pagine di Ferrajoli L. a cura di Vitale E., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari (Laterza) 2001, 2008, p. 18 ss.

²³ V. sul punto il mio Guarino G., *Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell'estoppel?*, in *Consulta Online*, 2014 <http://www.giurcost.org/studi/index.html>

pria sovranità esprimendo gli organi che la gestiscono. Lo stato, come ente soggetto di diritto internazionale, esercita la sovranità nell'ambito dell'Ordinamento internazionale, al quale deve "rendere conto" di farlo nel rispetto della volontà del popolo, che ne è il titolare. Di tal che deve disporre di strumenti "democratici" adeguati a quanto richiesto dal diritto internazionale.

In assenza dei quali al popolo, come collettività, viene garantita - ma dal diritto internazionale - la possibilità di rovesciare il governo (o meglio: il regime) quando non corrispondente alle sue aspirazioni, attraverso la legittimazione dell'atto rivoluzionario in sé illegittimo per il diritto interno.

In questo modo, e solo in questo modo, si realizza l'integrazione tra il diritto internazionale e il diritto interno.

Fatta, dunque, eccezione, per le eventuali autolimitazioni della sovranità (per lo più contrattuali e che possono anche condurre ad una definitiva cessione, magari unilaterale - ma non ad una limitazione dall'esterno - della sovranità, come nel caso di uno stato che entri a far parte di una federazione) la sovranità medesima, per quanto "ridotta", è nella sua nuova "dimensione" assoluta²⁴. In altre parole: quella è la sovranità oggi, né più, né meno. La stessa *debilitatio*, con la conseguente scomparsa dello stato, nonché eccezionale è un caso di cancellazione imposta della sovranità dello stato debilitato, che dunque non è più.

Pertanto è solo il diritto internazionale generale quello che definisce, ed è il solo che può farlo, il contenuto della sovranità di ciascuno e di tutti i soggetti dell'Ordinamento internazionale e della Comunità in cui esso si articola. Il fatto che l'ampiezza della sovranità odierna sia diversa ("minore") da quella di un secolo fa (e magari "maggiore" di quella del secolo prossimo!) è solo il frutto della evoluzione delle norme generali (e in misura minore di quelle contrattuali) nella storia del diritto internazionale.

²⁴ E, penso, anche assolutamente libera nel suo contenuto: se un soggetto è sovrano, solo esso può definire la propria competenza. Solo così, infatti a mio parere e lo affermo con ogni cautela, si può capire come esistano soggetti di diritto internazionale diversi dagli stati, ma soggetti. È appena il caso di ricordare come già R., *Diritto internazionale pubblico*, Napoli (Liguori) 1968 p. 508 ss. indicasse ad esempio nella Chiesa Cattolica il soggetto di diritto internazionale, in luogo della Città del Vaticano. Forse si può opinare di indicare come soggetto la Santa Sede, da Quadri definita l'organo del soggetto Chiesa Cattolica, piuttosto che la Chiesa Cattolica, ma certo non la Città del Vaticano. Per altro verso, un caso di un soggetto che delimita autonomamente la propria competenza potrebbe essere l'OLP, che si dedica alle relazioni esterne della futura Palestina.

Le eventuali ulteriori "limitazioni" contrattuali della sovranità sono espressione della libertà (per ciò parlavo prima di "autonomia", ma basta dire *indipendenza*) di ogni singolo soggetto di autolimitarsi fino al punto di rinunciare alla stessa sovranità: se, in quest'ultimo caso, in maniera definitiva è lecito discutere o almeno dipende dalle circostanze²⁵.

Sta dunque a quelle norme generali, indipendentemente da quelle contrattuali (o, magari, unilaterali) - che possono definire specifici criteri e termini di limitazione della medesima sovranità nei confronti di uno o di tutti gli altri soggetti - di definire il contenuto della sovranità (quindi autonomia) di ciascun soggetto della Comunità internazionale, via via nei vari sottosistemi in cui essa si articola. Ciò, sia detto solo per inciso, senza alcuna incidenza sulla incerta e confusa pretesa di disegnare regimi speciali o separati²⁶, cui viene, a mio parere alquanto arbitrariamente, associata la citata sentenza della CPGI, che si limita, invece, ad affermare che le norme contrattuali possono definire un regime particolare tra le parti *appunto perché concordato*, senza necessariamente avere l'intenzione di derogare alle norme generali²⁷. Pur-

²⁵ Non a caso il trattato di Lisbona, all'art. 79, definisce i criteri per un controllo coordinato dei flussi migratori, dove (§ 3 lett. c) non manca il puntuale riferimento alla "immigrazione clandestina", mentre al § 5 riafferma il diritto degli stati singolarmente di fissare i volumi di ingresso degli stranieri sia pure, pudicamente per garantire loro un impiego. Non può non apparire contraddittorio che, mentre si affermano regole e meccanismi di coordinamento (in qualche misura "limitativi" della sovranità o almeno della autonomia dello stato) a livello comunitario, non si riesca a sottrarsi ad una sorta di "riflesso condizionato", che vuole preservare un principio ormai piuttosto discutibile e discusso.

²⁶ Quando non "self-contained" qualunque cosa ciò significhi (v. anche nt. 27) come in SIMMA B., PULKOWSKI D., *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, in *EJIL*, 2006, p. 483 ss.

²⁷ KOSKENNIEMI M., *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682, 2006, p. 85 «Such notions mirror the functional diversification of the international society or, more prosaically, the activities of particular caucuses seeking to articulate or strengthen preferences and orientations that seem not to have received sufficient attention under the general law. The application of special "principles" by specialized implementation organs is a visible feature of such regimes», il quale, però (contrariamente a certa dottrina che sembra, invece, ritenere i menzionati regimi particolari come indipendenti dal diritto internazionale generale o come strutture di deroga del diritto internazionale generale come ad es. BINDER C., *Stability and Change in Times of Fragmentation: The Limits of Pacta Sunt Servanda Revisited*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, p. 909 ss., FISCHER-LESCANO A., TEUBNER G., *Regime-Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in *Mich. J. Int'l L.* 2003-2004, p. 999 ss., ecc.) precisa, *ibidem*: «The relationship between the special regime and the general law - that is to say, the degree to which a regime is self-contained in the first place - will be predominantly a matter of interpret-

ché, appunto, sia chiaro che nessun regime o sistema normativo, per quanto particolare o isolato o anche unico esso sia, può in alcun caso prescindere dal diritto internazionale generale e via via da quello convenzionale sempre più "vicino" alla fattispecie in esame²⁸. L'unicità del sistema, quindi, è preservata in ogni caso in una struttura di *tipo apparentemente* gerarchico, ma in effetti, sembrerebbe, in alcuni casi come quello dei diritti dell'uomo (o forse in tutti) più di carattere strumentale o semplicemente logico²⁹.

In altre molto sintetiche parole: un regime convenzionale può definire *limitazioni reciproche della sovranità* di un soggetto, che è solo e sempre quella definita dalle norme generali di diritto internazionale, cioè dal complesso delle norme *non scritte* di per sé mutevoli di momento in momento.

E dunque, il principio per il quale ogni stato è libero di stabilire chi e quando possa accedere al suo territorio, è definito nel suo contenuto dal diritto internazionale e *non dal soggetto medesimo* nella sua autonomia o nell'esercizio della sua libertà contrattuale. In altre parole: se è indubbio che ciascun soggetto può decidere chi ammettere sul proprio territorio e limitare tale libertà su base contrattuale, è altrettanto indubbio che l'ampiezza e le modalità di esercizio di detto potere sono definiti dal diritto internazionale generale: non "possono" essere definiti, *sono* definiti. Il che, ovviamente non toglie allo stato in alcun modo il potere dovere di interpretare le disposizioni convenzionali per dedurne la scelta di una soluzione del singolo caso³⁰. Come, ad esem-

ing the treaties that form the regime. To what extent does a general law come in to fill the gaps or to assist in the interpretation of application - that is, in the administration - of the regime? Once it is clear that no regime is completely isolated from general law, the question emerges as to their relationship *inter se*», e dunque, se mi si permette di chiosare, i vari regimi sono comunque regolati dal diritto internazionale generale, che, al massimo, dovrà o potrà procedere al necessario bilanciamento fra di essi, *infra* nt. 52 e *passim*, restando il diritto internazionale generale quello che fissa il contenuto della sovranità dei soggetti. Sul tema, di recente, v. PONTECORVO C.M., *Il "regime" internazionale per la protezione delle foreste*, Napoli (Satura) 2012, *passim*.

²⁸ Sul punto e in generale sulla complessa problematica qui solo sfiorata, cfr. l'ampio studio di ARANGIO-RUIZ G., *Dualism revisited. International Law and Interindividual Law*, in *RDI*, 2003, p. 909 ss., sul cui pessimismo, mi permetto di non concordare pienamente, v. *infra* nt. 82.

²⁹ Mi pare questo, dico per inciso, l'unico modo per ricondurre a sistema norme apparentemente differenti o contraddittorie, ma legate da una relazione del tipo di quella descritta. Come, per fare solo un esempio a caso, nell'ipotesi di quelle norme in cui si precisa che le stesse vanno lette alla luce del sistema delle NU o che non sono da interpretare come in contrasto con quel sistema ecc. V. il lavoro cit. *supra* nt. 23.

³⁰ Ciò, sembra, è del tutto pacifico anche nella giurisprudenza anglosassone. V. ad es.: *EN (Serbia) v. The Secretary of State for the Home Department*, 2009 EWCA Civ 630, che, a proposito di interpretazione della norma della Convenzione di Ginevra del

pio in materia di *refoulement*, di recente ha affermato il Tribunale sull'asilo e l'immigrazione della Gran Bretagna³¹.

Nel caso che ci occupa, dunque, il limite di cui parlo (o almeno *un* limite) è dato innanzi tutto dai diritti dell'uomo in senso lato, che già nel "diritto internazionale classico", mentre lasciavano ogni stato libero di agire a propria discrezione nei confronti dei propri cittadini (in affermazione del principio della *domestic jurisdiction*) ne limitavano in qualche misura la libertà, attraverso l'obbligo di trattamento equo e non discriminatorio degli stranieri, garantito dall'istituto della protezione diplomatica proprio e solo nei confronti dei cittadini stranieri che si trovavano e agivano sul proprio territorio, pur consentendo ampia libertà allo stato nel permettere o meno l'ingresso di stranieri sul medesimo.

Oggi, invece, la stessa libertà assoluta di trattamento dei *propri* cittadini subisce limiti sempre più severi per l'azione continua dell'affermazione dei diritti dell'uomo che li garantisce, mentre un qualche limite anche alla libertà degli stati nel consentire o non consentire l'ingresso e l'espulsione degli stranieri, deriva proprio dagli stessi moderni diritti dell'uomo³². Non per caso e sempre più spesso si

1951 in materia di *refoulement* osserva, punto 75: «Section 72 [della legge inglese sull'immigrazione: *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*] expressly applies for the purpose of the construction and application of Article 33(2) of the Convention [di Ginevra del 1951, cit.], *It follows that if there is any ambiguity the section must be construed so as to accord with the provisions of the Convention*». *Supra*, nt. 29.

³¹ *III v. The Secretary of State for the Home Department*, 2009 UKAIT 012, 2008, dove, tenuto conto del documento UNHCR *Comments to UK The Nationality Immigration and Asylum Act 2002 (Specifications and Particularly Serious Crimes) Order*, 2004, che afferma nella conclusione: «...As outlined above, the analysis to apply Article 33(2) is a two-step process: the first one to establish whether there is a conviction for a *particularly serious crime* and then whether by this fact, a refugee present a danger to the community...The creation through various pieces of legislation of open-ended exceptions ...impair the good faith application of the 1951 Convention in the United Kingdom. This is additionally undermined by the use of an administrative instruction... to deny examination of an asylum claim in substance altogether», per cui la Corte osserva (punto 66): «... it is our task to search for the autonomous international meaning of the phrase "particularly serious crime" in Article 33(2). That task is to be undertaken in accordance with the principles of interpretation set out in the Vienna Convention...» (corsivo mio).

³² Basterebbe citare, per tutte la sentenza CtEDU *Trabelsi c. Allemagne*, 13.1.2012 n. 41548/06, dove, § 53, la Corte, pur concludendo per la legittimità dell'allontanamento di una persona nata in Germania e ivi residente da circa venti anni, analizza a fondo i legami sociali della persona da espellere, il suo comportamento, le sue azioni, ecc., e, in particolare, la stessa legislazione nazionale, apparentemente favorevole alla non espulsione, mostrando così di valutare la possibilità di escludere per ragioni di carattere "superiore" addirittura la possibilità di non espulsione in presenza di comportamenti penalmente perseguibili del soggetto.

parla di una necessità o obbligo dello stato, nel consentire l'accesso agli stranieri, di "bilanciamento" tra interessi ed esigenze diversi mentre al tempo stesso si afferma sempre più la libertà dello stato di non tenere conto delle garanzie diplomatiche (talvolta solo tali) fornite dai governi circa un trattamento corrispondente al rispetto dei diritti dell'uomo verso le persone non ammesse o respinte dallo stato o da estradare³³. Mi riferisco in particolare sia alle norme che, nel chiedere agli stati di estradare gli autori di reati in altri stati, senza frapporre ostacoli eccessivi nell'interesse generale della "sicurezza collettiva" per così dire, sia a quelle che, in certi casi, obbligano e comunque consentono all'estradante di garantirsi, negando al limite l'extradizione, che non vengano inflitte pene non accettabili per la legislazione dell'estradante³⁴, o interdette dal diritto internazionale dei diritti dell'uomo³⁵.

Detto bilanciamento³⁶, infatti potrebbe avere per effetto quello di violare alcuni diritti fondamentali nel solo interesse, o preteso interes-

³³ Per tutti, si veda CtEDU, *Saadi v. Italy* (37201/06), dove il tema di cui nel testo è ampiamente discusso: «124. It is the Court's settled case-law that as a matter of well-established international law, and subject to their treaty obligations, including those arising from the Convention, Contracting States have the right to control the entry, residence and removal of aliens ... 127. Article 3, which prohibits in *absolute terms* torture and inhuman or degrading treatment or punishment, *enshrines one of the fundamental values of democratic societies*. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 *makes no provision for exceptions and no derogation* from it is permissible under Article 15, even in the event of a public emergency threatening the life of the nation» (corsivo mio).

³⁴ *Saadi*, cit., *ibidem*: «146. In these circumstances, the Court considers that in the present case substantial grounds have been shown for *believing that there is a real risk* that the applicant would be subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention if he were to be deported to Tunisia. That risk cannot be excluded on the basis of other material available to the Court. In particular, although it is true that the International Committee of the Red Cross has been able to visit Tunisian prisons, that humanitarian organisation is required to maintain confidentiality about its fieldwork ... and, in spite of an undertaking given in April 2005, similar visiting rights have been refused to the independent human-rights-protection organisation, Human Rights Watch. Moreover, some of the acts of torture reported allegedly took place while the victims were in police custody or pre-trial detention on the premises of the Ministry of the Interior ... Consequently, the visits by the International Committee of the Red Cross *cannot exclude the risk of subjection to treatment contrary to Article 3 in the present case*» (corsivo mio). Dove, è molto importante sottolineare che, a giudizio della Corte basta il solo dubbio che il maltrattamento possa esservi, per giustificare pienamente il rifiuto di estradizione, e dunque per escludere, se del caso, la responsabilità dello stato per la mancata osservanza di un eventuale accordo in materia.

³⁵ È appena il caso di ricordare come il combinato disposto degli artt. 2, 10 e 117.1 Cost., rendano la cosa probabilmente obbligatoria per l'Italia.

³⁶ *Saadi*, *ibidem*: «139. The Court considers that the argument based on the balancing of the risk of harm if the person is sent back against the dangerousness he or

se, di una maggiore sicurezza dello stato³⁷, mentre lo stato ormai non può più liberamente decidere se, nell'interesse ad esempio della propria presunta sicurezza, *taluni diritti fondamentali* possano essere violati o aggirati, così come non può evitare la propria responsabilità solo sulla base del fatto che l'eventuale violazione non accada sul suolo dello stato, ma su quello di un altro³⁸ o addirittura in mare aperto. In

she represents to the community if not sent back is misconceived. The concepts of "risk" and "dangerousness" in this context do not lend themselves to a balancing test because they are notions that can only be assessed independently of each other. Either the evidence adduced before the Court reveals that there is a substantial risk if the person is sent back or it does not. The prospect that he may pose a serious threat to the community if not returned does not reduce in any way the degree of risk of ill treatment that the person may be subject to on return. For that reason it would be incorrect to require a higher standard of proof, as submitted by the intervener, where the person is considered to represent a serious danger to the community, since assessment of the level of risk is independent of such a test» (corsivo mio).

³⁷ Sono note in tal senso le sentenze, in particolare, *Trabelsi c. Italie*, CtEDU 13.4.2010 (n. 50163/08) n. 40 ss. e specialmente *Saadi c. Italy*, CtEDU 28.2.2008 (n. 37201/06), n. 124: «124. It is the Court's settled case-law that as a matter of well-established international law, and subject to their treaty obligations, including those arising from the Convention, Contracting States have the right to control the entry, residence and removal of aliens ... 125. However, expulsion by a Contracting State may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if deported, faces a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3. In such a case Article 3 implies an obligation not to deport the person in question to that country».

³⁸ V. CtEDU *Saadi* cit. *supra* nt. 37, punti 138 ss, dove la Corte afferma: «138. Accordingly, the Court cannot accept the argument ... that a distinction must be drawn under Article 3 between treatment inflicted directly by a signatory State and treatment that might be inflicted by the authorities of another State, and that protection against this latter form of ill-treatment should be weighed against the interests of the community as a whole ... Since protection against the treatment prohibited by Article 3 is absolute, that provision imposes an obligation not to extradite or expel any person who, in the receiving country, would run the real risk of being subjected to such treatment. As the Court has repeatedly held, there can be no derogation from that rule ... It must therefore reaffirm ... that it is not possible to weigh the risk of ill-treatment against the reasons put forward for the expulsion in order to determine whether the responsibility of a State is engaged under Article 3, even where such treatment is inflicted by another State. In that connection, the conduct of the person concerned, however undesirable or dangerous, cannot be taken into account, with the consequence that the protection afforded by Article 3 is broader than that provided for in Articles 32 and 33 of the 1951 United Nations Convention relating to the Status of Refugees ... Moreover, that conclusion is in line with points IV and XII of the guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on human rights and the fight against terrorism ... 139. The Court considers that the argument based on the balancing of the risk of harm if the person is sent back against the dangerousness he or she represents to the community if not sent back is misconceived. The concepts of "risk" and "dangerousness" in this context do not lend themselves to a balancing test

altre parole, la logica tradizionale è cambiata assai nel senso che lo stato, oltre a doversi fare carico di un trattamento adeguato degli individui ammessi sul suo territorio, deve, *da un lato*, essere assai più flessibile e vincolato che in passato nell'ammetterli e trattarli in maniera adeguata fino al punto di una sorta di obbligo di conferimento della cittadinanza in applicazione dell'art. 1 della *Convention on the Reduction of Statelessness* del 1961³⁹ e, *dall'altro*, farsi anche carico di assicurarsi che l'eventuale allontanamento dello straniero non lo assoggetti a trattamenti contrari ai diritti dell'uomo, *indipendentemente dalla sua eventuale pericolosità o ostilità*. Insomma: i diritti dell'uomo prevalgono logicamente e strutturalmente anche sulla tradizionale sovranità dello stato, definendone i confini, e sempre più impongono di trattare in maniera simile se non eguale tutti gli individui, cittadini e non. *Prevalgono* nel senso che, se le altre norme trovassero una appli-

because they are notions that can only be assessed independently of each other. Either the evidence adduced before the Court reveals that there is a substantial risk if the person is sent back or it does not. The prospect that he may pose a serious threat to the community if not returned does not reduce in any way the degree of risk of ill treatment that the person may be subject to on return. For that reason it would be incorrect to require a higher standard of proof, as submitted by the *Saadi v. Italy Judgment...* where the person is considered to represent a serious danger to the community, since assessment of the level of risk is independent of such a test...the Court observes that such an approach is not compatible with the absolute nature of the protection afforded by Article 3 either. It amounts to asserting that, in the absence of evidence meeting a higher standard, protection of national security justifies accepting more readily a risk of ill-treatment for the individual. The Court therefore sees no reason to modify the relevant standard of proof, as suggested by the third-party intervener, by requiring in cases like the present that it be proved that subjection to ill-treatment is "more likely than not". On the contrary, it reaffirms that for a planned forcible expulsion to be in breach of the Convention it is necessary – and sufficient – for substantial grounds to have been shown for believing that there is a real risk that the person concerned will be subjected in the receiving country to treatment prohibited by Article 3» (corsivo mio).

³⁹ V. sul punto SHEARER I., OPESKIN B., *Nationality and Statelessness*, in OPESKIN et al., cit., p. 93 ss. La convenzione cit., *Convention on the Reduction of Statelessness*, New York 30.8.1961, obbliga lo stato a concedere la cittadinanza al residente straniero nato sul territorio dello stato (*ius soli*, in altre parole), quando la mancata concessione della cittadinanza possa avere per effetto di rendere la persona apolide: «1. A Contracting State shall grant its nationality to a person born in its territory who would otherwise be stateless. Such nationality shall be granted: (a) at birth, by operation of law, or (b) upon an application being lodged with the appropriate authority, by or on behalf of the person concerned, in the manner prescribed by the national law. Subject to the provisions of paragraph 2 of this Article, no such application may be rejected. A Contracting State which provides for the grant of its nationality in accordance with sub-paragraph (b) of this paragraph may also provide for the grant of its nationality by operation of law at such age and subject to such conditions as may be prescribed by the national law».

cazione assoluta, quei diritti dell'uomo ne risulterebbero violati e dunque le altre norme di cui parlo (il principio di sovranità) ha un contenuto necessariamente compatibile con i diritti dell'uomo. Ragione per la quale, detto con ogni cautela, è ipotizzabile proprio una sorta di "funzione pubblica" in materia dello stato, una sorta, insomma, di azione *uti universus*.

Nel caso dell'Italia, solo per concludere sinteticamente, la questione è ancora più netta che altrove, per la presenza e il funzionamento delle due norme fondamentali del sistema delle relazioni tra il diritto interno italiano e il diritto internazionale: gli artt. 10.1 e 117.1 Cost., anche alla luce e nell'ambito dei commi 2, 3 e 4 del medesimo art. 10⁴⁰. Mentre, infatti, il primo comma dell'art. 10 garantisce l'introduzione e la natura costituzionale delle norme generali di diritto internazionale, l'art. 117.1, assicura l'obbligo di trasformazione delle norme contrattuali in diritto interno, e - a mio parere, stante l'obbligo (letteralmente il "vincolo") del Parlamento a legiferare in maniera conforme - la possibilità di non applicazione, prima e più che di dichiarazione di incostituzionalità, del diritto interno difforme⁴¹, alla luce e nel quadro anche della stessa Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che obbliga non solo a introdurre le norme convenzionali internazionali negli ordinamenti interni - almeno fin tanto che serva a rispettare la norma *pacta sunt servanda* - ma ne richiede la conformità attraverso la non opponibilità agli stati terzi dell'esimente della legislazione interna difforme⁴². Ma non solo, perché le norme in tema di stranieri degli altri commi dell'art. 10, mentre definiscono normativamente l'obbligo⁴³ di trattamento degli stessi alla luce del diritto inter-

⁴⁰ Sul punto cfr. le interessanti e condivisibili osservazioni di STANCATI P., *L'immigrazione e il diritto costituzionale interno*, in GAMBINO S., D'IGNAZIO G., *Immigrazione*, cit., p. 357 ss., che a pag. 367 conclude: «... l'art. 10 Cost., e in particolare la presenza del suo secondo comma, non altro sottintende se non la volontà del Costituente di adeguare, in diretta dipendenza della evoluzione dei rapporti intrastatali via via formalizzati attraverso la fonte internazionale pattizia, l'assetto normativo interno e quello esterno; e, per ciò che qui interessa, pervenire alla progressiva purificazione dello status *libertatis* del cittadino e dello straniero».

⁴¹ V. GUARINO G., *Some recent perspectives in Italian Constitutional Law, on the relation between International Law and Italian Law*, in *Consulta Online*, 2011, www.giurcost.org/studi/STUDINEW2011.html

⁴² Artt. 26 e 27 convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, come già ho avuto modo di sostenere in passato. V. GUARINO G., *Autodeterminazione dei popoli e successione di norme contrattuali: alle radici di un conflitto. Il ruolo del diritto internazionale generale nella Carta Araba sui diritti dell'uomo*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2005, 21, p. 7 ss.

⁴³ Obbligo, perciò, direttamente esigibile, dato che la legge di cui alla disposizione è fatta (*deve essere fatta*) in maniera conforme al diritto internazionale, per cui, ove

nazionale, generale e convenzionale (co. 2), conferiscono allo straniero perseguitato in patria, un vero e proprio diritto all'asilo (co. 3), questa volta, è vero, non definito per rinvio al diritto internazionale, ma necessariamente conforme a quest'ultimo per quanto detto prima e cioè *ex art. 117.1 Cost.* e probabilmente anche 10.1, se, come sembra verosimile, esiste una norma di diritto internazionale generale che obbliga gli stati ad accogliere lo straniero, in ragione del suo diritto a lasciare il proprio paese, su cui qui appresso.

4. Di taluni obblighi degli stati in rapporto al fenomeno delle migrazioni.

Non occorre nemmeno spendere troppe altre parole, per rilevare come ormai e da parecchio tempo il tema delle migrazioni⁴⁴ e, più particolarmente, quello dei migranti (in quanto uomini e quindi in questo senso in quanto problema di diritti dell'uomo) sia entrato nell'orbita degli ordinamenti giuridici, sulla base anche di norme internazionali, contrattuali e non, sempre più stringenti. In altre parole, come rilevato sopra, gli stati, direttamente o indirettamente, sono necessitati a decidere non solo sulla base dei propri interessi e convincimenti, ma anche alla luce di norme internazionali, che di fatto o di diritto intendono impedire o limitare l'autonomia dello stato in materia.

Basterebbe notare come la sola "banale" applicazione delle norme sul *refoulement* della Convenzione di Ginevra del 1951, quanto meno obblighi (e lo obblighi in maniera contrattuale, con la conseguente responsabilità contrattuale per inadempimento) lo stato, ogni stato, a non respingere lo straniero in determinate circostanze: il contrario, perciò, della libertà assoluta, sovrana, dello stato di decidere chi ammettere sul proprio territorio. Non a caso, non manca il tentativo di "aggirare" la norma definendo quei comportamenti in maniera tanto fantasiosa quanto improbabile, come ad esempio: «informal deportation»⁴⁵ e simili amenità proprio allo scopo preciso di non essere obbligati a determinati comportamenti.

non lo fosse, scatterebbe almeno oggi con il primo co. dell'art. 117, l'illegittimità costituzionale della norma interna difforme.

⁴⁴ Come afferma BHABHA J., *Talking the Talk and Walking the Walk: International Management, Human Rights and Domestic Politics*, in *ASIL Proceedings*, 2012, p. 61 ss., che, pur ritenendo che non vi siano norme obbligatorie attualmente in materia, esistano degli *standard* ormai acquisiti, in gran parte riferibili al regime dei diritti dell'uomo.

⁴⁵ Così UN Doc. A/AC.96/1085 (cit. *infra* nt. 46) § 19: «Instances of *refoulement*, often occurring out of the public eye, disguised as *voluntary returns* or cloaked in new terminology such as "*informal deportations*", coupled with long waiting periods to register and properly adjudicate asylum claims, emerged during the year as telling in-

Ciò, come ovvio, pone (ma qui non è luogo per approfondire il discorso) due ordini di problemi strettamente collegati: *a.*- quello degli effetti della violazione di quel diritto nei confronti delle stesse NU, attraverso l'Alto Commissariato per i rifugiati e quant'altro, nella misura in cui ad esse (e ad esso) sono, almeno di fatto, affidati i compiti di valutazione e controllo (e quindi anche eventuale sanzione) del rispetto di quelle norme⁴⁶ e *b.*- la natura dell'obbligo che scaturisce dal sistema nel suo complesso, specialmente nella misura in cui l'obbligazione assunta dagli stati è lungi dall'essere reciproca, anche quando di provenienza contrattuale. Giova in merito riportare per esteso le osservazioni del citato documento del 2001, dove ai paragrafi 16 e 17 si afferma testualmente⁴⁷: «The obligation of States not to expel, return or *refouler* refugees to territories where their life or freedom would be threatened is a cardinal protection principle enshrined in the Convention, to which no reservations are permitted...».

Gli stati, dunque, hanno assunto degli obblighi non rinunciabili e non reciproci in senso stretto dunque *erga omnes*. Posto dunque senz'altro che un contraente può ben pretendere da un altro il rispetto delle norme sottoscritte, è almeno dubbio che lo faccia in questo caso

indicators of lapses in protection. UNHCR also noted deficiencies in asylum systems that led to subsequent removals, sometimes in the form of forced returns to the country of origin. In some cases, refugees awaiting urgent resettlement suddenly disappeared. In other cases, UNHCR was able to prevent *refoulement* by making formal or informal interventions with relevant authorities or through human rights mechanisms. When *refoulement* occurs, refugee status does not cease and the Office continues to have a responsibility to monitor and protect the persons concerned» (corsivi miei). Il riferimento agli interventi, magari "informali", può attestare almeno del fatto che detto intervento non viola il limite degli affari interni dello stato presso il quale si interviene, così come non appare considerato lesivo dell'onorabilità dello stato il fatto di parlare di quei comportamenti a dir poco discutibili.

⁴⁶ V. per tutti e solo a titolo strettamente esemplificativo i documenti UN Doc. A/AC.96/1085 (30.6.2010) *Executive Committee of the High Commissioner's Programme, Reports on the work of the Standing Committee International Protection. Note on international protection, Report of the High Commissioner*, e A/AC.96/951 (13.9.2001) *Executive Committee of the High Commissioner's Programme, Fifty-second session, Note on International Protection*, cit. anche nella sentenza *Hirsi*, cit.

⁴⁷ E proprio con esplicito riferimento alla *Convenzione* di Ginevra del 1951 (art. 33) e la *American Convention on Human Rights* San Jose 1969 (art. 22.8 e 9: «In no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is his country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status, or political opinions. 9. The collective expulsion of aliens is prohibited»), *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. New York 4.2.1985 (Article 3) e si afferma inoltre: «ICCPR Article 7, and 1950 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 3, have also been found to include a non-*refoulement* component».

(se non altro per mancanza di interesse ad agire), ma ciò non basta ad escludere che certi comportamenti siano condannabili in sé e dunque verosimilmente perseguibili in quanto in violazione di obblighi *erga omnes*.

Ciò anche al di là del fatto ovvio, come osservavo più sopra, che determinati comportamenti siano in violazione e per tanto perseguibili per motivi umanitari, di diritti dell'uomo, da considerare di necessità universali. Anzi, è proprio l'esigenza di rispetto e di garanzia dei diritti dell'uomo e dei diritti fondamentali, quella che induce spesso a valutare tutt'altro che libero il comportamento dello stato sovrano nel trattamento dei migranti, con particolare riferimento alla loro accoglienza: la recente sentenza *Hirsi Jamaa and others* della CtEDU è esemplare⁴⁸, quando condannando l'Italia per lo sconcio *refoulement* di migranti verso la Libia (per tacere del trattato che lo consentiva) nega esplicitamente che lo stato, ogni stato, sia interamente libero di decidere su chi ammettere e come sul proprio territorio, ma specialmente nella misura in cui precisa ancora più di quanto fatto fin qui, il concetto di "jurisdiction"⁴⁹ dello stato facendo giustizia della pretesa per cui il fatto che i migranti fossero in alto mare, fosse di per sé solo sufficiente per escluderli dalla "giurisdizione" italiana, pur essendo una nave italiana quella che li costringeva a ritornare in Libia⁵⁰.

5. Di talune asimmetrie normative.

In termini assolutamente generali, ma appunto con riferimento ai menzionati diritti fondamentali, il tema della legittimità e della libertà di movimento interstatale delle persone e delle sue conseguenze, assume una veste preliminare anche se non può essere oggetto di queste poche pagine, salvo per un rapido accenno del tutto generale.

Il punto è quello della compatibilità, appunto il ricordato bilanciamento⁵¹, tra: *a.*- il diritto innegabile - e anche definito in documenti

⁴⁸ V. CtEDU, *Grand Chamber, Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Appl. N. 27765/09 del 23.2.2012.

⁴⁹ Leggi: sovranità territoriale.

⁵⁰ È solo una crudele ironia della storia (ma anche frutto di insipienza e superficialità) quella per cui, mentre il nostro paese cercava di difendere il proprio comportamento affermando la propria mancanza di giurisdizione in alto mare su individui sotto il controllo effettivo di nostre navi militari, taluni italiani si trovassero (alla chiusura del presente lavoro, la situazione è ancora immutata) a subire una affermazione a dir poco dubbia (nonché eccessiva) della sovranità indiana su una nave italiana nella zona contigua se non in alto mare, rispetto alla quale l'Italia rivendica, per vero molto debole e confusamente, la propria giurisdizione.

⁵¹ Anzi, verosimilmente lo stesso "bilanciamento" sarebbe in sé suscettibile di analisi critica forte, nella misura in cui immaginare una scelta tra diritti fondamentali da garantire appare quanto meno opinabile.

internazionali importanti come l'art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 12 dei Patti delle NU sui diritti civili e politici, gli artt. 2 e 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, l'art. 12 della Carta africana dei diritti dell'uomo, ecc. - alla libertà di movimento (intesa come libertà di *i.*- muoversi all'interno dello stato, *ii.*- di uscire dallo stato e *iii.*- di rientrarvi e il *iv.*- diritto a cercare asilo o accoglienza in altri stati) e, *b.*- il diritto dello stato a controllare o condizionare l'accesso al proprio territorio⁵².

Come noto, l'effetto della normativa vigente nel diritto internazionale, sembrerebbe attestare (anzi, attesta, senza mezzi termini!) di una sorta di asimmetria, tra i diritti, *sub a*, teoricamente non limitabili e anzi ripetutamente affermati, di ciascun individuo tra l'altro a lasciare il proprio paese⁵³ e quello di rientrarvi: il contestatissimo diritto al ritorno. Ma principalmente con quello, *sub b*, a entrare in un altro paese, una volta usciti da quello in cui ci si trova. Mancando la possibilità di affermare quest'ultimo diritto, si rischia di costruire un sistema normativo di diritti privi di obblighi corrispondenti!

Da ciò almeno alcune domande: *a.*- se esista un simile diritto soggettivo dell'individuo, *b.*- se, in via subordinata, trattandosi di un diritto

⁵² Piace ricordare come le esigenze di bilanciamento talvolta portino a considerazioni alquanto discutibili, quali quella per cui taluni diritti fondamentali possono ben essere negati perché la "Costituzione non è un patto suicida", affermazione famosa del giudice GOLDBERG A.: «The Constitution is silent about the permissibility of involuntary forfeiture of citizenship rights. While it confirms citizenship rights, plainly there are imperative obligations of citizenship, performance of which Congress in the exercise of its powers may constitutionally exact. One of the most important of these is to serve the country in time of war and national emergency. The powers of Congress to require military service for the common defense are broad and far-reaching, for while the Constitution protects against invasions of individual rights, it is not a suicide pact. Similarly, Congress has broad power under the Necessary and Proper Clause to enact legislation for the regulation of foreign affairs. Latitude in this area is necessary to ensure effectuation of this indispensable function of government», in *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S. 144 (1963) (in <http://laws.findlaw.com/us/372/144.html>), p. 160, su cui anche POSNER R., *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford (University Press) 2006. Simili affermazioni, pur se comprensibili in determinati contesti, possono essere (e spesso sono) alla base di scelte ben diverse: quelle che inducono, ad esempio, a violare taluni diritti fondamentali, in presenza di situazioni di pericolo più o meno immaginario. Certamente, però, è estremamente interessante l'analisi del "bilanciamento" tra il diritto alla vita delle persone e il diritto alla difesa dello stato: quello del bilanciamento tra diritti fondamentali è un tema affascinante tutto da elaborare.

⁵³ Per vero anche il diritto di lasciare il proprio paese è spesso coartato in vari modi, sia pure anche solo di carattere esageratamente burocratico. Sul punto cfr. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment No. 27: Freedom of Movement*, UN Doc. CCPR/C21/Rev.1/Add.9, 1999, n. 17.

to dell'individuo in quanto tale, esso sia garantito dal diritto internazionale e, specialmente, come detta garanzia si concretizzi, *c.*- se ne derivi un *obbligo di un qualunque stato* ad accogliere l'individuo in questione, *d.*- se *ogni* stato, diverso da quello di partenza, o *determinati* stati (e quindi a quali!) siano passibili dell'obbligo di accoglienza e, infine *e.*- a chi competa di fare valere quell'obbligo. Si potrebbe anche aggiungere che, posto l'obbligo (in termini di diritti dell'uomo) di consentire a chiunque di uscire dal proprio stato - al di là dei possibili condizionamenti a permettere l'esercizio di quella facoltà, e dunque, si ribadisce, l'obbligo è di *consentire*, non di lasciare *tout court* - ne consegua un obbligo esigibile (e dunque bisognerebbe poter sapere da chi e come) a permettere, *in primis*, il rientro⁵⁴. Tenuto conto che, nella prassi internazionale, il "diritto" a lasciare il proprio paese (salvo a ritornarvi) è classificato tra i diritti fondamentali, alla luce e nell'ambito della Carta delle NU⁵⁵, e viene definito in termini analitici proprio nel senso di indicare che solo minimi condizionamenti, ivi compresi quelli di carattere economico come l'imposizione di tassazioni forti per consentire l'uscita dal paese⁵⁶, possono essere interposti all'abbandono del proprio paese⁵⁷ in condizioni di eguaglianza con gli altri cittadini dello stato⁵⁸ e con quelli *degli altri stati*. Eguale collocazione trovano

⁵⁴ È evidente che il caso classico, e, non a caso, più controverso, è quello della pretesa al ritorno dei palestinesi fuggiti o espulsi o allontanati dal territorio di Israele, all'atto della sua costituzione e della guerra del 1948.

⁵⁵ Oltre alle norme in materia di diritti dell'uomo citate nel testo, v. il documento di cui, *infra*, alla nt. 57, l. d: «(d) The right of every national to leave his country shall in no case be exercised contrary to the purposes and principles of the United Nations. This right shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of national security, public order, health or morals and the general welfare in a democratic society. Any limitation which may be imposed shall not be aimed at destroying the right and shall be consistent with the purposes and principles of the United Nations».

⁵⁶ *Ibidem*, I, e, f: «(e) No deposit or other guarantee, financial or otherwise, shall be required to ensure the repatriation or return of any national. (f) Economic controls or currency restrictions imposed with a view to safeguarding the national economy shall not be abused to deny any national the right to leave his country».

⁵⁷ V. per tutti UN Doc. E/CN.4/846, E/CN.4/Sub.2/229, p. 44 ss., *Annex, Draft Principles on Freedom and non-Discrimination in Respect of the Right of everyone to leave any country, including his own, and to return to his Country*, I, «(a) Every national of a country is entitled, without distinction of any kind... to leave his country, temporarily or permanently. This right may not be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations...».

⁵⁸ *Ibidem* I, c: «(c) The conditions prescribed by law or administrative regulations for the exercise of this right shall be the same for all nationals of a country».

sia il diritto al ritorno, che quello degli *stranieri* a lasciare liberamente il territorio di uno stato del quale siano ospiti⁵⁹.

Premesso che il riferimento ripetuto all'inquadramento di quei diritti nel sistema normativo delle NU, affida a queste ultime (e alle sue norme derivate) una funzione di coordinamento e di legittimazione delle varie iniziative in merito, va rilevato che, in genere⁶⁰, non una parola vi sia in detti documenti sul diritto ad essere accolto in un altro stato - che non sia quello della nazionalità anche se non quello di nascita⁶¹ - che è o dovrebbe essere la necessaria conseguenza di quello a lasciarlo.

Non essendovi qui lo spazio e l'occasione per approfondire tutti questi temi, mi limito ad alcune brevissime considerazioni in riferimento al solo tema del bilanciamento o equilibrio tra gli enunciati diritti da garantire.

A meno che non esista un organismo dotato del potere di definire detto bilanciamento, è tutto da comprendere come *e se* si possa stabilire, in via preliminare, quale diritto prevalga su un altro, anche se il problema lo si ponesse in termini di interessi (più o meno collettivi) da salvaguardare. Non è infatti chiaro come si possa definire (e chi possa farlo) una graduazione o, peggio, gerarchizzazione tra diritti fondamentali, se non altro per lo stesso fatto che sono "fondamentali".

In questa prospettiva va infatti rilevato come quella del bilanciamento è da considerare una pura funzione politica nella misura in cui è alla politica, e solo alla politica, che spetta di esprimere legittimamente una eventuale scelta tra diritti da garantire, se non altro perché è la politica e solo la politica (o se si preferisce, il potere esecutivo) quella che può assumersene la responsabilità interna e internazionale.

Alla giurisprudenza, invece, spetta di *valutare se quelle scelte siano legittime o meno* oltre che se siano applicate legittimamente. Nulla di più, *ma nulla di meno!*

⁵⁹ *Ibidem*, II, III.

⁶⁰ Lo rileva anche il UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/22, § 18, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, BOUTKEVITCH V. *Working paper on the right to freedom of movement and related issues*, 29.7.1997.

⁶¹ Significativamente v. ad es.: il documento cit. alla nt. 46, che afferma: «The view was expressed that "his own country" should mean the country of which the individual concerned was a national or a citizen; the necessity of being able to submit ample proof of the fact was also emphasized». Sulle possibili complicazioni nascenti da questa ipotetica distinzione tra cittadinanza e nazionalità sorvolo, ma sono facilmente intuibili. Per un accenno a simili problematiche e alle sue conseguenze, v. GUARINO G., *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli (Jovene) 1984, p. 98 e *passim*.

5.1.- 'Bilanciamento' e solidarietà umana: i 'valori in gioco'.

Qualcosa del genere, in realtà, è stata tentata, senza molto successo a mio parere, dalla nostra Corte Costituzionale in una serie di sentenze, a cominciare, specialmente, da quella già citata n. 250/10, e prima ancora nella famosa sentenza 1465/88, oltre che nella sentenza 353/97⁶². In quest'ultima, infatti, la Corte, molto sinteticamente afferma: «Le ragioni della solidarietà umana non possono essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei valori in gioco, di cui si è fatto carico il legislatore. Lo Stato non può infatti abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere: le regole stabilite in funzione d'un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza vanno dunque rispettate, e non eluse, o anche soltanto derogate di volta in volta con valutazioni di carattere sostanzialmente discrezionale, essendo poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali» (il corsivo è mio). Il bilanciamento, nel caso, è, dunque, fatto tra le esigenze di solidarietà (leggi: diritti dell'uomo di carattere universale, come, tra l'altro, definiti a cominciare dalla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*) che vorrebbero ad esempio garantire ad una persona, in quanto tale, la possibilità di accedere in condizioni di sicurezza ad uno stato di sua scelta e quelle dello stesso stato al "presidio delle proprie frontiere"⁶³. Ma la Corte, sia detto con tutto il rispetto, si guarda bene dal dimostrare in qualche modo che e perché le esigenze dello stato al controllo delle frontiere, debbano e possano prevalere su quelle dell'individuo che, magari, rischia la propria stessa vita, o rischia una vita particolarmente travagliata, tanto più che la Corte riconosce esplicitamente il

⁶² Ma v. anche l'*Ordinanza* 192/06 dove addirittura la Corte osserva che: «comunque, i valori dell'unità familiare e dell'interesse dei figli minori devono essere bilanciati con altri valori aventi uguale dignità costituzionale, quali quelli garantiti e protetti dalla normativa in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri nel territorio nazionale». Nemmeno, dunque, quando esista una legge apposita in materia di protezione della natalità e dell'unità familiare in quanto principio importante del nostro ordinamento (e ben si sa quanto esso sia e sia stato fondamentale in Italia) questo potrebbe fare premio sull'interesse dello stato a regolamentare ingresso e soggiorno degli stranieri. Ma legittima si pone la domanda: a qual titolo e su quale base giuridica, si possa affermare che quell'interesse dello stato prevalga addirittura sull'unità familiare.

⁶³ Incidentalmente è tutto da accertare che quanto dice la Corte circa il fatto che sia lo stato a farsi carico del bilanciamento e che, dunque, la sua scelta sia definitiva per la stessa Corte. Lo stato, a mio parere, non è libero di "bilanciare", ma *obbligato* ad applicare le norme di diritto internazionale.

principio dell'indivisibilità dei diritti dell'uomo⁶⁴. Che una scelta 'politica' nell'ambito di uno stato sia comprensibile, e giuridicamente strutturabile, sulla base di una graduazione di esigenze e di norme gerarchicamente ordinate sarebbe in astratto perfettamente comprensibile e tecnicamente ineccepibile; altro, invece, è definire la stessa scelta in termini di diritti fondamentali e obblighi corrispondenti. Ma non basta, perché il riferimento alla «tolleranza di situazioni illegali», presuppone che la definizione di illegalità sia stata fatta, dallo stesso stato e dalla sua Corte costituzionale: è per lo meno da dimostrare che allo stato compete un simile potere.

In effetti, mi si consenta l'inciso, il problema è assai più ampio e articolato di quanto dipinto, duole doverlo dire, sommariamente dalla Corte: un bilanciamento, infatti posto pure che fosse ammissibile, sarebbe di per sé ammissibile solo ad opera dell'ordinamento internazionale, cui compete il compito di indicare priorità tra diritti fondamentali, priorità che, inoltre, come già da me accennato in passato, possono essere solo logiche e strumentali, ma mai gerarchiche, e dunque posto pure che il detto bilanciamento sia concepibile in assoluto, in nessun caso esso potrebbe esserlo ad opera di un ordinamento interno, e per di più in via autonoma rispetto al diritto internazionale.

Che lo si voglia o no, è incontestabile che i due ordinamenti (o meglio i due sistemi o gruppi di ordinamenti) *debbono*, debbono *necessa-*

⁶⁴ V. Corte Cost. *Sentenza 5/04*, punto 2.2 del *Considerato in diritto*: «... l'istituto dell'espulsione si colloca in un quadro sistematico che, pur nella tendenziale indivisibilità dei diritti fondamentali, vede regolati in modo diverso - anche a livello costituzionale (art. 10, terzo comma, Cost.) - l'ingresso e la permanenza degli stranieri nel Paese, a seconda che si tratti di richiedenti il diritto di asilo o rifugiati, ovvero di c.d. "migranti economici". E così, per l'aspetto che qui interessa, mentre il pericolo di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali preclude l'espulsione o il respingimento dello straniero (art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998), analoga efficacia "paralizzante" è negata, in linea di principio, alle esigenze che caratterizzano la seconda figura. In simile prospettiva, la clausola in questione, se pure non può essere ritenuta evocativa delle sole cause di giustificazione in senso tecnico - lettura che la renderebbe pleonastica, posto che le scriminanti opererebbero comunque, in quanto istituti di ordine generale - ha tuttavia riguardo a situazioni ostative di particolare *pregnanza*, che incidano sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa; non anche ad esigenze che riflettano la condizione tipica del "migrante economico", sebbene espressive di istanze in sé e per sé pienamente legittime, sempre che - come è ovvio - non ricorrano situazioni riconducibili alle scriminanti previste dall'ordinamento». Non può non lasciare interdetti, per continuare il discorso del testo, che la Corte riconosca che pur nella tendenziale indivisibilità dei diritti, ve ne siano alcuni di particolare *pregnanza*. Un discorso, con tutto il rispetto, a dir poco contraddittorio e impreciso, anche per la estrema vaghezza della idea delle "indivisibilità" tendenziale!

riamente, convivere. È inammissibile, nonché impossibile, che l'un ordinamento sia *indipendente* dall'altro.

A ciò si aggiunga che, per fare un esempio: posto che il diritto alla vita è un valore fondamentale (cioè, evitando giri di parole e allusioni, un *diritto*, in termini giuridici), esso non può essere posposto ad altro valore (diritto) anch'esso fondamentale.

Affermare, invece, come fa la nostra Corte costituzionale (sentenza 250/10) che «de ragioni della solidarietà umana non possono essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei valori in gioco», sembra a dir poco superficiale. Al di là, infatti, dell'uso improvido del termine "gioco", se di "valori", cioè, ripeto, di *diritti*, si tratta, come possono mai essere bilanciati e graduati quando i "valori" in questione riguardano, ad esempio, il diritto alla vita? Ciò posto e posto che un bilanciamento sia immaginabile, l'ordinamento competente a proporlo non può che essere quello internazionale, e *non certamente quello statale*, in ragione di una presunta sovranità capace di rendere lo stato del tutto *legibus solutus*. Tesi quest'ultima, che è da ritenere sia considerata, invece, perfettamente lecita dalla nostra Corte, se è vero, come è vero, che la Corte stessa non ha mancato di affermare (del tutto assurdamente, a mio parere, sentenza 80/11) che in determinati casi di conflitto tra le norme di diritto internazionale e le nostre norme costituzionali, benché eccezionali e relativi a norme convenzionali, «dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato» cioè il parametro di conformità alla norma costituzionale. E ciò, non solo con la, negata, non applicazione della norma interna divergente da quella internazionale (come invece avviene normalmente per le norme di provenienza comunitaria, anche se nella stessa sentenza *Granital* una clausola analoga vi era; ma la Corte, come noto, nega pervicacemente una assimilazione tra il diritto comunitario e il diritto internazionale "comune") ma con il possibile annullamento di quella di provenienza internazionale. Come dire che l'ordinamento italiano, per la nostra Corte costituzionale, sarebbe supremo giudice della conformità, *e quindi del rispetto*, di norme contrattuali, liberamente sottoscritte, alla luce della nostra Costituzione, che viene assunta perciò a parametro universale. Il che, pur nella ammirazione di una Carta costituzionale di grande bellezza, mi sembra eccessivo, specialmente perché non tiene conto (e permette di ignorare) le norme comuni di diritto internazionale, che pure permettono, a condizioni determinate e ben chiare, ad uno stato di liberarsi di norme contrattuali sgradite, nel rispetto delle procedure predisposte dall'Ordinamento internazionale stesso. È appena il caso di rilevare, con grande preoccupazione, che l'ipotesi avanzata dalla Corte, prefi-

gura la possibilità di una Italia, che violi sistematicamente norme, regolarmente sottoscritte!

E, puntualmente questo è stato il caso della sentenza 238/14 già citata.

Non diversamente, del resto, pare ragionare la Corte nella successiva e già richiamata sentenza 250/10, quando afferma: «... è giurisprudenza costante di questa Corte - chiamata ad occuparsi del tema segnatamente in rapporto alla disciplina dei divieti di espulsione e di respingimento e del ricongiungimento familiare (artt. 19 e 29 del d.lgs. n. 286 del 1998) - che, in materia di immigrazione, "le ragioni della solidarietà umana non possono essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei valori in gioco" In particolare, "le ragioni della solidarietà umana non sono di per sé in contrasto con le regole in materia di immigrazione previste in funzione di un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza ed integrazione degli stranieri"», per poi ribadire il concetto della diversa ampiezza e valenza dei diritti garantiti dalla Carta e insistere affermando: «In materia il legislatore fruisce, dunque, di ampia discrezionalità nel porre limiti all'accesso degli stranieri⁶⁵ nel territorio dello Stato, all'esito di un bilanciamento dei valori che vengono in rilievo: discrezionalità il cui esercizio è sindacabile da questa Corte solo nel caso in cui le scelte operate si palesino manifestamente irragionevoli⁶⁶ ... e che si estende,

⁶⁵ Che è appunto il *quid demonstrandum*: da cosa si evince questa ampia libertà, se, specialmente, i diritti dell'uomo sono *tendenzialmente* indivisibili? Premesso, del resto, che non comprendo cosa si intenda per diritto "tendenzialmente" indivisibile: se sono indivisibili (tendenzialmente o meno) *sono tutti sul medesimo piano*, e non gerarchicamente ordinati. Se non lo sono, vanno graduati. *Tertium, credo, non datur.*

⁶⁶ Altro concetto, me lo si consenta, assai poco perspicuo: cosa voglia dunque dire che la legislazione sia irragionevole (manifestamente o non) non è certo chiarito dalla Corte. "Irragionevole", peraltro, rispetto a cosa, non essendo stato, nelle sentenze richiamate, mai indicato un parametro o un riferimento normativo, che non sia l'interesse "sovrano" dello stato, affermato, sembrerebbe attraverso la propria legislazione. Affermazione, me lo si consenta, estremamente rischiosa, perché implica la totale libertà dello stato, sul piano del diritto internazionale (tripefianamente?), nel decidere se e quali norme imporre nel proprio ordinamento, anche, magari, violando (cioè, non accettando?) norme di diritto internazionale. È curioso, ma non può essere dimenticato, che poi è la stessa Corte quella che afferma, in sentenze ormai oggetto di analisi approfondite come le due del 2007 348 e 349 e le successive, che i diritti dell'uomo sono affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo attraverso la sua interpretazione (*vincolante per la stessa Corte Costituzionale*) della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Non solo, ma come affermato più volte dalla Corte, il giudice nazionale deve "forzare" al massimo la sua interpretazione per adeguarsi alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e alle sentenze della CEDU. Non è molto chiaro perché, mentre il giudice debba fare ogni sforzo per applicare le norme internazionali -

secondo quanto in precedenza osservato, anche al versante della selezione degli strumenti repressivi degli illeciti perpetrati. Le ragioni della solidarietà trovano, in questo senso, espressione - oltre che nella ricordata disciplina dei divieti di espulsione e di respingimento e del ricongiungimento familiare - nell'applicabilità, allo straniero irregolare, della normativa sul soccorso al rifugiato e la protezione internazionale, di cui al d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251 (attuazione della direttiva 2004/83/CE⁶⁷ ...) fatta espressamente salva dal comma 6 dello stesso art. 10-bis del d.lgs. n. 286 del 1998, che prevede la sospensione del procedimento penale per il reato in esame nel caso di presentazione della relativa domanda e, nell'ipotesi di suo accoglimento, la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere ... ». Dato, insomma, che, secondo la Corte, la scelta dello stato è discrezionale, per la Corte, alla luce del diritto interno, non v'è più luogo a discutere: è lo stato, sembra dire la Corte, che decide chi ammettere e chi no, liberamente, purché non "irragionevolmente", concetto giuridico di imbarazzante vaghezza, posto pure che giuridico sia. Francamente, sulla piena "ragionevolezza" della opinione della Corte, mi permetto di dubitare.

Ma, la stessa questione, vista dal punto di vista della Comunità internazionale, ma anche, come accennato sopra, delle norme della nostra Costituzione a cominciare dal co 1 dell'art. 117 Cost., assume un aspetto ed un contenuto completamente diversi⁶⁸.

lasciando alla Corte il compito di annullare le leggi interne non "piegabili" dalla interpretazione giurisprudenziale - il legislatore no, visto che anche il legislatore è obbligato al rispetto del diritto internazionale. Beninteso, se norma internazionale non c'è, il legislatore è del tutto libero, ma se c'è, magari "tendenzialmente", *quid?*

⁶⁷ E anche qui sia consentito sottolineare che se di attuazione di una direttiva si tratti, allora sarebbe ovvio e certo che, applicando una norma di diritto internazionale, si sarebbe vincolati al suo contenuto effettivo alla luce del diritto internazionale, come già affermato dalla Corte in relazione all'art. 117.1 (se pure la Corte non sembra ritenerlo congruo al diritto comunitario, mi sia consentito di rinviare in materia al mio GUARINO G., *Costituzione italiana e adesione dell'UE alla CEDU*, in *Grotius* 2008, p. 69 ss.) o almeno all'art. 11 della Costituzione.

⁶⁸ In maniera non dissimile, v. anche Corte Cost. *Sentenza* 80/11, dove il detto "bilanciamento" porta alla preferenza della norma di provenienza internazionale, v. punto 2 del *considerato in diritto*: «Nella circostanza, questa Corte ha anzitutto ricordato - e giova qui ribadirlo, in rapporto a quanto più avanti si osserverà - come, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza costituzionale sia costante nel ritenere *che le norme della CEDU - nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) - *integrino*, quali «norme interposte», il *parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali»* (sentenze n. 317 e n. 311 del 2009, n. 39 del 2008). In questa prospettiva, *ove si profili un eventuale contrasto fra una norma in-*

5.2 - *'Bilanciamento' e diritto internazionale: diritto a lasciare il proprio stato e obbligo di accoglienza.*

Gli stati, in quanto soggetti di diritto internazionale, sono parti, come ovvio, di una comunità, la Comunità internazionale, strettamente necessaria per il solo fatto che i soggetti di diritto internazionale debbono convivere tra di loro secondo regole, consuetudinarie, spontanee o contrattuali che siano. Ciò posto, dunque, le norme di diritto internazionale, sono appunto dirette in gran parte agli stessi stati, e ci si deve aspettare (giuridicamente parlando e quindi affermando un obbligo, intendo) che vengano rispettate dagli stati stessi, nei modi e nelle forme che sono loro propri. Uno stato, a meno di dimostrare il contrario di volta in volta, non può sottrarsi agli obblighi che gli competono, senza violare il diritto internazionale (pattizio o generale che sia). Tra questi obblighi ci sono quelli in materia di migrazione e trattamento degli stranieri, ecc. In gran parte, norme di diritto internazionale dei diritti dell'uomo, e spesso esplicitate in affermazioni di *soft law*, qualunque cosa quell'espressione significhi⁶⁹.

Posto, dunque, che la norma di diritto internazionale - largamente pattizia, ma certamente anche di diritto internazionale generale, dato che non credo possa essere messo in discussione, in quanto norma generale, il diritto di ogni individuo alla piena libertà di movimento all'interno e fuori dal proprio stato - in materia di diritto dell'individuo a lasciare il proprio paese (e a tornarvi) esiste, occorre che (o, più precisamente, è implicito che) quel diritto venga completato da un obbligo corrispondente: quello di accogliere l'individuo stesso in uno stato. O in *uno degli stati* legati tra di loro da un accordo in merito, come è il caso, ad esempio per gli stati legati a quegli accordi

terna e una norma della CEDU, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; e, ove tale verifica dia esito negativo - non potendo a ciò rimediare tramite la semplice non applicazione della norma interna contrastante - egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'indicato parametro. A sua volta, la Corte costituzionale, investita dello scrutinio, pur non potendo sindacare l'interpretazione della CEDU data dalla Corte europea, resta legittimata a verificare se, così interpretata, la norma della Convenzione - la quale si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale - si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: «ipotesi eccezionale nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato» (corsivi miei).

⁶⁹ Come dire, in altre parole, che gli studi, le proposte, gli appelli ecc., di cui sopra, ad esempio della Commissione delle NU dei diritti dell'uomo, contribuiscono alla formazione di norme di diritto internazionale ovviamente non scritte.

(come ad es. quello di Dublino⁷⁰ o altri analoghi) che stabiliscono quale stato sia competente a gestire lo straniero ivi giunto, ma non se. Posto cioè, ma mi fermo qui nell'analisi di un tema di così grande complessità, che gli stati possano liberamente dividersi la competenza nella gestione dello straniero purché uno di essi lo accolga in ossequio o in virtù di accordi tra gli stati interessati, del tutto indipendentemente dall'individuo, e posto altresì che gli stati possano (ma a condizioni strettissime e tutte da stabilire) definire contrattualmente con altri il rientro⁷¹ dello straniero in patria (sempre nel rigoroso rispetto dei diritti dell'uomo) un qualche stato deve necessariamente accogliere lo straniero che voglia lasciare il proprio paese e non voglia rientrarvi, pena la menzionata asimmetria, tra un diritto affermato e un obbligo corrispondente mancante⁷²: l'individuo che vuole lasciare il proprio paese avrebbe il diritto di farlo ... ma non potrebbe materialmente farlo!

Altro, ovviamente, anche se non meno importante, è il fatto che, assunto contrattualmente o imposto per via di norma generale, un determinato obbligo ad uno stato, quest'ultimo lo deve eseguire nel senso che è obbligato (di nuovo per norma di diritto internazionale generale e per norma di diritto internazionale convenzionale, come gli artt. 26 e 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati) innegabilmente a rendere applicabili o trasformare quelle norme in corrispondenti norme di diritto interno quando già non lo siano automaticamente e comunque ad assicurare il risultato. Non è infatti concepibile, a mio parere, che uno stato, membro della comunità internazionale,

⁷⁰ V. *Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle comunità europee*, Dublino 15.6.1990, in GUUE C. 254 del 19/08/1997, in cui non a caso, mentre si stabilisce che anche un immigrato irregolare che richieda asilo venga obbligatoriamente accolto (art. 6), si precisa che lo stato competente secondo la Convenzione ha l'obbligo di pronunciarsi sulla domanda (art. 11.4).

⁷¹ Dal che deriva che anche le norme (internazionali e interne) sul respingimento dei migranti, in quanto regolate dal diritto internazionale, devono sottostare alle medesime regole in materia di rispetto dei diritti fondamentali.

⁷² Va sottolineata in materia la Dichiarazione di Vienna sui diritti dell'uomo (UN Doc. A/CONF.157/23) § 23: «The World Conference on Human Rights reaffirms that everyone, without distinction of any kind, is entitled to the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution, as well as the right to return to one's own country. In this respect it stresses the importance of the Universal Declaration of Human Rights, the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, its 1967 Protocol and regional instruments. It expresses its appreciation to States that continue to admit and host large numbers of refugees in their territories, and to the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees for its dedication to its task. It also expresses its appreciation to the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East».

o sottoscrittore di accordi in merito, non sia obbligato ad applicarli. Che, poi, si tratti in effetti di un obbligo di risultato è solo un aspetto marginale, di collocazione sistematica dell'obbligo stesso.

Dipenderà, infatti, dalla struttura degli ordinamenti costituzionali degli stati interessati valutare come (*ma non se*, diversamente da quanto afferma la nostra Corte costituzionale) i singoli individui potranno fare valere i propri diritti, e, nel caso, come, *ma non se*, la Comunità internazionale possa e debba intervenire per pretendere di vedere quei diritti soddisfatti⁷³.

Per maggiore precisione. Affermare (almeno, come nella sentenza *Hirsi* di cui sopra) l'obbligo di assistenza da parte dello stato in cui l'individuo comunque giunga o sotto la cui *jurisdiction* si venga a trovare, implica che l'"assistito" debba essere ospitato in un luogo di assistenza. Non solo: perché in quel luogo lo stato ha, certamente e almeno, l'obbligo di valutare se *debba* necessariamente accoglierlo per uno dei motivi già contrattualmente previsti dal diritto internazionale, a cominciare dall'*obbligo* di concedere l'asilo.

La domanda da porsi dunque è se, posto che la persona accolta non possa o non voglia chiedere l'asilo (né ricorrano altre eventuali situazioni di obbligo contrattuale di accoglienza) a quella persona sia egualmente dovuta ospitalità, se non nello stato di accoglienza, in altro: ma, *necessariamente in uno stato diverso da quello di partenza*.

Se un accordo non si determina, non resta che riferirsi alla Comunità internazionale nella sua funzione di *entità garante*, unica e ultima residua, per stabilire *dove* il migrante *debba* essere ospitato. Diversamente, il diritto all'espatrio, di cui alle norme menzionate, resterebbe senza oggetto.

⁷³ Del resto, in qualche modo, la stessa sentenza della C'IEDU nel cit. caso *Hirsi Jamaa and others* (*infra* nt. 48) esprime un obbligo dello stato competente all'accoglimento (nel caso in quanto abbia agito attraverso una nave battente la sua bandiera) per il solo fatto che quegli individui sono sbarcati (o meglio, hanno provato a sbarcare) in Italia. Ci si limita, nel caso, a valutare, in termini di obbligo di assistenza e valutazione delle motivazioni dell'allontanamento dal proprio paese, ma è proprio il respingimento in sé che viene condannato: lo stato deve almeno valutare se esistono le condizioni per un accoglimento *dovuto*. Si potrebbe dunque ipotizzare, che lo stesso indubbio obbligo di assistenza (se non altro in ossequio alle norme in materia di salvataggio in mare) comprenda implicitamente l'obbligo di accoglimento, ripeto, per la contraddizione stridente che altrimenti si determinerebbe tra il "diritto" dell'individuo a lasciare il proprio stato e il "mancato obbligo" di uno stato purchessia di accoglierlo. Diversamente il risultato sarebbe del tutto aberrante: il divieto per un individuo che lo voglia di lasciare il proprio paese!

Premesso, dunque, che è implicito⁷⁴, o dovrebbe esserlo⁷⁵, che, affermata la libertà dell'individuo di lasciare il proprio paese, ne deve necessariamente conseguire la possibilità, o meglio la necessità di garantire la possibilità di quell'individuo di andare altrove; si tratta di definire meglio i contorni di un obbligo, se esiste, da parte degli stati di accogliere chi, nell'esercizio della predetta libertà, lasci il proprio paese. Se, insomma, è certamente molto difficile negare - in astratto e secondo una concezione a mio parere assai datata del principio di sovranità, come mostrato sopra - il diritto di uno stato ad impedire l'accesso al proprio territorio, si tratterà, e si tratterà verosimilmente di volta in volta, di stabilire se ed in quali limiti si debba garantire un di-

⁷⁴ *Ma non sempre*, sembrerebbe, *ricosciuto*. Fatta, infatti eccezione, per la quanto vaga disposizione della Dichiarazione di Vienna e per il documento della Sub-Commissione sui diritti dell'uomo, in genere la questione viene trascurata: si definisce il diritto a lasciare ma si sorvola su quello a entrare. V. sul punto, molto interessante lo studio (certamente lungi dall'essere in sé direttamente vincolante), E/CN.4/Sub.2/1997/22, 29.7.1997, FREEDOM OF MOVEMENT, *Rapporto di BOUTKEVITCH V., Working paper on the right to freedom of movement and related issues in implementation of Decision 1996/109 of the Sub-Commission*, che afferma § 3: «Clearly, on the basis of the text of the decision alone, these related issues include: population movements and displacements, the right to leave and to return to one's own country and the right to seek and enjoy asylum. This list of related issues can be extended by adding those mentioned in Sub-Commission resolution 1996/9 on "The right to freedom of movement", namely: the right of everyone *lawfully within the territory of a State to liberty of movement and freedom to choose his or her residence, the prohibition of arbitrary deprivation of the right to enter one's own country and the principle of non-refoulement*. The following are also directly related to the right to freedom of movement (regrettably, inasmuch as they deprive populations of that right): forcible exile, mass expulsion and deportation, population transfer, forcible population exchange, unlawful forcible evacuation, eviction and forcible relocation, "ethnic cleansing" and other forms of forcible displacement of populations within a country or across borders...43. The Special Rapporteur correctly noted that: "The right to leave is directly dependent on the ability or possibility to enter another country. Indeed, for them to be effective, both these aspects of the freedom of international movement should be addressed and settled at one and the same time. States should be encouraged to take international and regional measures and to reduce the necessity for entry visas on temporary visits. All forms of discrimination in this respect should be eliminated." 20/ Unfortunately, this appeal of the Special Rapporteur's is even more pertinent today. Little progress has been made in fulfilling the Special Rapporteur's wishes with regard to migrant workers, the "brain drain", family reunification, refugees, etc. In his view, "the recourse procedures included in national legislations should be left to independent judicial or non-judicial bodies". Unfortunately, a new study of this area might well lead to the same desire again being expressed».

⁷⁵ Mancano riferimenti nel precedente rapporto. INGLES D. *Special Rapporteur, Study Of Discrimination In Respect Of The Right Of Everyone To Leave any Country, Including his own, and to Return to his Country, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, UN Doc., E/CN.4/Sub.2/229/Rev.1, New York, 1963.*

ritto di accesso al territorio stesso. Siamo, insomma, di fronte ad una esigenza di bilanciamento tra diritti diversi e opposti, *non commensurabili*, che in qualche misura devono trovare necessariamente un *compimento*, *soddisfacendoli entrambi e non negandone uno a vantaggio dell'altro*. Se ogni individuo è per definizione libero di uscire dal proprio stato, *necessariamente* bisogna che possa andare altrove, altrimenti quella libertà sarebbe solo del tutto astratta! Dato, infatti, che il limbo nella Comunità internazionale non esiste, quell'individuo ha diritto a vedersi garantita l'accoglienza da uno stato purchessia, *ma comunque ad essere accolto*.

Quel bilanciamento, non può che essere il frutto di una *interpretazione* corretta delle norme di diritto internazionale adeguate, che, in larga misura, sono quelle, citate, in materia di diritti dell'uomo, che però, salvo errori, si limitano a definire il diritto a lasciare il proprio paese, ma non definiscono un obbligo di accoglienza, a parte (e già con qualche difficoltà) in presenza di situazioni di emergenza, che possono essere sicuramente quelle climatiche o telluriche, per dir così, ma anche quelle politiche⁷⁶.

È lecito, in altre parole, *domandarsi*, posta da parte la migrazione puramente economica, *quale sia la differenza tra un obbligo di accoglienza in situazioni di emergenza (come un terremoto o simili) e quello di accogliere delle persone in fuga da una guerra. Meglio: se in realtà la fuga da una guerra non sia altro che una delle forme dell'emergenza e della forza maggiore*.

È significativo peraltro e merita una brevissima notazione, il fatto che mentre non mancano documenti e studi in merito al diritto a lasciare il proprio paese e quello (assai più restrittivo) a tornarvi, non vi siano analoghi documenti sul diritto ad entrare in uno stato, con la conseguenza che esiste il rischio, ripetutamente fin qui richiamato, di costruire un diritto cui non corrisponde un obbligo. Eppure, sembrerebbe del tutto ovvio, anzi *simmetricamente necessario*, che l'affermazione di un diritto a muoversi da un paese, determini (o corrisponda a) un diritto a entrare in un altro, un altro purchessia.

In questo senso, non a caso, si esprime, ma solo in maniera genericamente programmatica il rapporto della Sub-Commissione dei diritti dell'uomo delle NU, dove si afferma, § 524: «The right to leave is directly dependent on the ability or possibility to enter another country. Indeed, for them to be effective, both these aspects of the freedom of international movement should be addressed and settled at one and the same time. § 525. States should be encouraged to take international

⁷⁶ Sul punto sommariamente v. PERRUCHOU R., *State Sovereignty*, cit., p. 126 ss.

and regional measures and to reduce the necessity for entry visas on temporary visits. § 526. All forms of discrimination in this respect should be eliminated»⁷⁷. Ma il discorso, credo, va rovesciato, poiché il diritto ad uscire non può essere condizionato all'esistenza di una disponibilità (magari conclamata) all'accoglienza, trattandosi, come ovvio e ripetutamente detto, di un diritto assoluto *garantito* dalla Comunità internazionale.

L'obbligo di accogliere (salvo a vedere chi, come e quando) è giuridicamente implicito nel diritto a uscire.

5.3.- Un possibile 'bilanciamento' per la Costituzione italiana.

Fatta salva la possibile regolamentazione degli accessi per motivi di sicurezza o di interesse pubblico su cui non è questo il luogo per discutere, riesce difficile negare un diritto di accesso almeno per i richiedenti asilo specialmente quando, come nel caso dell'Italia, la possibilità di accesso e accoglienza nel territorio sia regolata da una norma costituzionale come quella del nostro art. 10, dove si parla esplicitamente di "diritto" all'asilo. Mentre, infatti, la nostra Carta (Art. 10 co. 2) stabilisce una relazione diretta tra il trattamento (e dunque anche l'accesso) dello straniero e le norme convenzionali e generali di diritto internazionale (non solo, dunque, di quelle convenzionali), il co. 3 del medesimo articolo definisce senza mezzi termini un *diritto* vero e proprio dello straniero ad accedere come asilante sul nostro territorio, alla sola (peraltro fondamentale) condizione che sia documentabile o articolabile la privazione dello straniero stesso, nel suo paese (e dunque non di *ogni* straniero) dei diritti civili e politici garantiti ai cittadini italiani nella nostra Costituzione. In altre parole: posto che l'asilante a determinate condizioni ha diritto ad essere accolto sul nostro territorio (salvo, ovviamente, a valutare se veramente di un asilante, ai termini della nostra Carta costituzionale, si tratti) il co. 2 dell'art. 10 afferma che il trattamento dello straniero in generale, in Italia deriva dall'applicazione delle norme di diritto internazionale (convenzionali e generali) vigenti: e dunque, tra di esse, di quelle che, conferendo

⁷⁷ V. UN Doc. E/CN. 4/Sub. 2/1988/35, p. 111 §§ 524 ss., E/CN. 4/Sub.2/1988/35, 20.6. 1988, UN Commission On Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 14^o session, promotion, protection and restoration of human rights at national, regional and international level the right of everyone to leave any country, including his own, and to return to his country, Mubanga-Chipoya C., *Analysis of the current trends and developments regarding the right to leave any country including one's own, and to return to one's own country, and some other rights or considerations arising there from, Final Report*.

all'individuo il diritto di uscire da un paese, affermano il diritto ad entrare in un altro.

In altre parole, il fulcro su cui poggiare per la valutazione, si sposta dal principio o diritto di sovranità dello stato, al diritto, sempre dello stato, ma di valutare se determinate circostanze consentano (obbligano al) l'asilo. Non chiunque, infatti, può legittimamente pretendere l'asilo, ma solo chi sia represso o coartato alla luce della valutazione dello stato ricevente, in termini di legittimità della propria stessa Costituzione. Come dire: se una persona fugge da un regime "democratico" perché preferisce un regime autoritario, che gli viene impedito di perseguire, non verrà accolto nello stato richiesto in quanto rifugiato, nella misura in cui lo stato richiesto disponga di una Costituzione corrispondente a quanto richiesto dall'Ordinamento internazionale.

Affermazione molto delicata e complessa da analizzare, che però, letta anche alla luce dell'art. 2 della medesima Costituzione, dove si richiamano esplicitamente i diritti dell'uomo, obbliga ad una valutazione attenta e prudente nella produzione normativa tesa a limitare o condizionare l'ingresso degli stranieri nel nostro territorio.

L'impressione che si ricava dal complesso di norme elencate, ma che non si intende analizzare approfonditamente in questa sede, è però che la stessa regolamentazione dell'accesso di stranieri possa incorrere in un giudizio di incostituzionalità, salvo che si dimostri l'impossibilità o almeno il danno grave di accoglierli, ma sempre che ciò non comporti la lesione di un diritto fondamentale dello straniero più forte dell'interesse nazionale, anche, anzi specialmente, quando il fatto in sé di non accogliere, come rilevato sopra, comporti un danno grave per lo straniero. In questo senso la sentenza *Hirsi Jamaa and others* è da tenere nel massimo conto.

Allo stato degli atti, per così dire, è indubbio che il diritto internazionale contrattuale, sembra definire talune condizioni in presenza delle quali lo stato può decidere se ammettere o meno il migrante sul proprio territorio⁷⁸. Ma, come ho cercato di mostrare sinteticamente fin qui, una lettura attenta della normativa anche costituzionale italiana, induce ad una conclusione diametralmente opposta. Ovviamente sarà una questione di analisi approfondita (e caso per caso) della normativa e delle situazioni particolari, quella che dovrà fare identificare su quale o su quali stati gravi l'obbligo di accoglienza, salva sempre la facoltà degli stati (e il conseguente obbligo dell'individuo di adeguarsi) di "dividersi" i migranti.

⁷⁸ Per una elencazione delle norme convenzionali in merito, v. CHEFAL V., *Sources of International Migration Law*, in OPESKIN *et al.*, cit., p. 56 ss.

Verosimilmente, dunque, solo ragioni di sicurezza certe e documentate, potranno essere adottate per rifiutare l'ingresso agli stranieri e pertanto, qui si inserisce il discorso sulle relazioni, più o meno presunte, del fenomeno migratorio con il terrorismo.

6. Conclusione

E dunque, per concludere, da un punto di vista strettamente internazionalistico, appare indubbio come la normativa scritta fin qui prodotta in materia sia, specificamente, insufficiente a coprire in particolare la prima domanda che si è posta in materia: la conciliazione del diritto ad uscire da un paese con quello ad entrare in un altro. Le disposizioni contrattuali, insomma, definiscono solo una parte del tema. E dunque, per la parte non specificamente regolamentata, restano da applicare i principi generali in materia di diritti dell'uomo, con tutta la valenza obbligatoria che norme generali di diritto internazionale possono avere, ivi compresa, per restare alla prima domanda, l'affermazione del fatto che se vi è un *diritto* a lasciare un paese vi è un *corrispondente diritto ad entrare in un altro* e cioè un *obbligo ad accogliere*.

La sentenza *Hirsi Jamaa and others*, in questo senso, a me pare di grande importanza, nella misura in cui fissa chiarissima e come prevalente la norma che impone allo stato di rispettare la *sostanza* dei diritti fondamentali⁷⁹, indipendentemente dal luogo in cui questi diritti vadano esercitati e, specialmente, dalla qualità dei soggetti cui si applicano⁸⁰, purché lo stato parte della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia in qualche modo in stato di controllo dei luoghi o della situazione. Si approfondisce e si chiarisce l'idea per cui uno stato che abbia sottoscritto certi accordi, ma, meglio, a mio parere, uno stato che faccia parte della odierna Comunità internazionale, complessivamente dotata di norme pattizie e generali in materia di diritti fondamentali, ne deve rispettare i fonda-

⁷⁹ V. *Sentenza* cit.: § 74: « Whenever the State through its agents operating outside its territory exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section 1 of the Convention that are relevant to the situation of that individual. In this sense, therefore, the Court has now accepted that Convention rights can be "divided and tailored" »

⁸⁰ In questo senso duole assai assistere ai contorcimenti burocratico-cavillosi delle Corti europee (dell'UE, della CEDU, e degli stati membri, nostra Corte Costituzionale inclusa, purtroppo) e di chi ne segue con altrettanti cavillosità le torsioni, i distinguo, le procedure e quant'altro tese a definire se e quali diritti siano garantiti da chi, per non accettare la logica semplice e diretta per cui i diritti fondamentali vanno rispettati e fatti rispettare, sempre e comunque, da tutti.

menti senza più potersi trincerare dietro lo schermo della mancata sottoscrizione di questo o quell'accordo o del luogo, più o meno evanescente, in cui il fatto si svolga, o quant'altro.

Sia consentito, in conclusione, di osservare come si debba rilevare una inopportuna e stridente contraddizione tra le affermazioni della nostra Corte costituzionale (ma, nel corso del lavoro lo abbiamo visto, non solo) circa il fatto che certi diritti spettano alle persone in quanto esseri umani senza aggettivi⁸¹ affermando la loro limitazione per esigenze non meglio definite della sovranità statale, mentre la citata giurisprudenza della CtEDU, secondo una classica logica internazionalistica, applica le norme nei termini spaziali, variamente "allargati", della tradizionale e classica sovranità, territoriale. Il punto è che la somma della (pur così ambigua) giurisprudenza costituzionale, per quanto ci riguarda, italiana e di quelle internazionale, accerta e non risolve un vero e proprio vuoto normativo. Talune garanzie della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* sono riconosciute solo a chi sia sotto il controllo in qualche modo di uno degli stati parte della Convenzione, pur se si tratta di diritti universali: quegli stessi diritti che, come rilevato, la nostra Corte Costituzionale definisce indivisibili, benché *tendenzialmente*, e applicabili alle persone, tutte le persone (cittadini e non) in quanto esseri umani. Anche se, alla fine, taluni individui, non cittadini, appaiono, purtroppo, discriminati e meno garantiti.

Ciascuna nel suo campo, sia pure con accenti diversi e talvolta ambigui, le due Corti affermano certi diritti e dichiarano la necessità di garantirli. Resta, però, del tutto aperto il problema per chi non possa ricadere sotto la protezione di questa o quella Corte, che resterebbe privo di ogni garanzia, sia pure, magari, limitata. La domanda da porsi, tutta ancora aperta, è se non sia ipotizzabile una logica interpretativa delle norme interne e internazionali, che garantisca a tutti gli esseri umani le medesime garanzie⁸².

⁸¹ V. *supra* § 0, ntt. 11.

⁸² Per un primo approfondimento in tal senso, v. il mio *Per una ricostruzione in termini di sistema dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2008, p. 279 ss.

GIANCARLO LAURINI*

VERBALIZZAZIONE NOTARILE E CONTROLLO DI LEGALITÀ DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

SOMMARIO: 1. L'art. 2436 e le novità introdotte dalla l. 340/2000 e dai provvedimenti «emergenziali» del 2012/2013 – 2. La doppia funzione del verbale notarile – 3. La distinzione tra funzione di documentazione e funzione di controllo – 3.1. La documentazione – 3.1.1. Il contenuto del verbale – 3.1.2. La sottoscrizione – 3.1.3. La lettura – 3.1.4. La redazione dopo la riunione e l'iscrizione a repertorio – 3.2. Il controllo di legalità della delibera e la responsabilità disciplinare del notaio *ex artt.* 28, n. 1 e 138-*bis* l. not. – 3.2.1. Conclusioni sui limiti di applicabilità dell'art. 28 l. not. ai verbali di assemblea – 4. L'omologazione «residuale». Esclusione di un giudizio «contro» il notaio – 5. Il deposito dello statuto modificato nel registro delle imprese. La non rilevabilità incidentale da parte del notaio di preesistenti vizi di nullità dello statuto – 6. Il controllo «formale» del Registro delle imprese – 7. Le responsabilità del notaio verbalizzante – 7.1. Disciplinare *ex artt.* 28 nn. 2 e 3 l. not. – 7.2. Civile – 7.3. Penale – 8. L'incidenza del controllo di legalità sull'efficacia delle delibere. L'efficacia parziale.

1. L'art. 2436 e le novità introdotte dalla l. 340/2000 e dai provvedimenti emergenziali del 2012/2013

Il problema di un più rapido, ma sempre rigoroso, sistema di controllo di legalità sugli atti costitutivi e modificativi delle società di capitali ha costituito uno dei punti di più acceso dibattito in dottrina e in giurisprudenza nel corso degli ultimi decenni. Un dibattito che non poteva non influenzare i lavori della Commissione Mirone per la riforma della società di capitali e, conseguentemente, non influire sull'*iter* parlamentare sia della l. 340/2000 (Bassanini), sia della legge-delega 366/2001, ambedue espressione della decisione politica di realizzare la più ampia e razionale semplificazione, non soltanto della fase costitutiva delle società di capitali, ma anche di quella modifica-