

LA GESTIONE DEI FLUSSI MIGRATORI TRA
ESIGENZE DI ORDINE PUBBLICO
SICUREZZA INTERNA
ED INTEGRAZIONE EUROPEA

Atti del Convegno del
Dipartimento di Diritto Pubblico e di Teoria e Storia delle Istituzioni
Università degli Studi di Salerno

24 maggio 2012

a cura di
Angela Di Stasi e Luigi Kalb

[ESTRATTO]

Editoriale Scientifica
Napoli

MIGRAZIONI, TERRORISMO E SOVRANITÀ

GIANCARLO GUARINO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Taluni aspetti della legislazione italiana in materia di emigrazione e “migranti clandestini”. – 3. Migrazioni e terrorismo nella Comunità internazionale. – 3.1. Libertà, sicurezza e sovranità. – 3.2. Di taluni obblighi degli stati in rapporto al fenomeno delle migrazioni. – 4. Di talune asimmetrie normative. – 4.1. “Bilanciamento” e solidarietà umana: i “valori in gioco”. – 4.2. “Bilanciamento” e diritto internazionale: diritto a lasciare il proprio stato e obbligo di accoglienza. – 4.3. Un possibile “bilanciamento” per la Costituzione italiana. – 5. Migrazione e terrorismo, l’inesistenza della relazione: i combattenti. – 6. Sulla natura del fenomeno terroristico dal punto di vista del diritto interno e del diritto internazionale. – 6.1. Un’ipotesi di definizione della fattispecie “terrorismo”. – 7. Stranieri, migranti, terroristi. – 7.1. Il diritto penale del nemico e le migrazioni. – 8. Conclusione.

1. Introduzione

Sempre più spesso si tende a parlare di migrazioni e terrorismo insieme, con l’intento di affermare, o peggio di lasciare intendere, che esista una relazione, tra i due fenomeni, una relazione di causa ad effetto: sia collegata ad una presunta ragione di ordine tecnico (la maggiore facilità di collegamenti) sia ad una diffusa sensazione di paura (è l’unico termine che mi viene in mente in materia) che da certe determinate parti della terra pervengano spinte terroristiche, o “flussi di terroristi”, con la conseguenza per la quale il fenomeno delle migrazioni è vissuto come un fenomeno cui reagire con strumenti anche legislativi e di natura repressiva¹: da ciò le sempre più frequenti legislazioni anti-terrorismo legate a legislazioni anti-stranieri o migranti.

Tutto ciò porta a vedere appunto quel collegamento in modo tale che il

* Professore ordinario di Diritto Internazionale – Dipartimento di Economia, Management, Istituzioni, Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Per lo più “preventiva”, 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. 3, che provocò, come noto, l’immediata disposizione da parte della Procura Generale della Corte di Cassazione di interrompere i giudizi in corso e di rimettere in libertà gli eventuali condannati o imputati) ma con la permanenza del sistema di sostanziale carcerazione degli immigrati, nei Centri di identificazione, in attesa di concessione della qualifica di rifugiati o del loro respingimento. Giova rilevare *in limine*, che la citata sentenza europea, sembrerebbe rovesciare la sentenza della Corte Costituzionale 250/2010, che invece giudicava ammissibile la fattispecie, mentre con la sentenza precedente (249/2010) dichiarava incostituzionale la norma di cui *infra* nt. 106.

fenomeno della migrazione finisce per essere interpretato, in particolare nel "pensiero comune, popolare" come fatto terroristico in sé, tanto più che un aspetto tutt'altro che secondario del fenomeno migratorio (e di grande impatto sociale, ovviamente) è quello della cd. emigrazione clandestina o, più correttamente dell'arrivo e della conseguente presenza nel paese di migranti "clandestini" nel senso di persone che non hanno seguito le procedure richieste per accedervi o, per lo più, per permanervi.

Come, infatti, è ben noto, sempre più spesso, anzi ormai nella maggioranza dei casi, "clandestini" sono, o meglio diventano, persone regolarmente entrate nei paesi di immigrazione (e che pertanto sono "normali" stranieri ospiti del paese), ma che restano in quei paesi (o in altri ad essi vicini nei quali possono entrare più facilmente, ad esempio grazie alle facilitazioni per i cdd. "paesi Schengen") senza più disporre del titolo per il quale hanno in origine avuto accesso al paese, 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, da cui il fenomeno dei controlli parossistici alle frontiere di ingresso².

Non occorre sottolineare in questa sede ciò che è e risulterà evidente, ma che si richiama qui solo per chiarezza di esposizione: e cioè il fatto 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 un "diritto" individuale a lasciare il proprio paese – dove per "proprio" si deve intendere quello di residenza o domicilio abituale o di cittadinanza, su cui *infra* § 4 – e il diritto dello stato, di ogni stato, a regolare l'affluenza di persone dall'estero (su cui *infra* § 3). Come si vedrà poco più avanti, infatti, si tratta di due 'diritti fondamentali' di diritto internazionale: il primo, come ovvio, non dell'individuo direttamente (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 regola), l'altro, un ben noto diritto dello stato, espressione della sua sovranità. Due diritti, va detto subito, assolutamente *non* incommensurabili, come invece certa giurisprudenza, anche italiana, sembra ritenere, *infra* § 4.3. Ciò impone, se non altro per 'appuntarselo per il futuro', la necessità di riconsiderare il contenuto del concetto di sovranità, alla luce del diritto internazionale contemporaneo (*infra* § 3.1).

Il punto di discussione sarà dunque quello di analizzare le ipotesi di "bilanciamento" (e lo stesso metodo del bilanciamento) tra questi diversi, ma entrambi fondamentali diritti e garanzie, alla luce del fatto che: a. - appare difficile immaginare come sia possibile "bilanciare" diritti fondamentali almeno apparentemente in contraddizione tra di loro, se non negandone uno a favore

² V., di recente, S. COTURA, *Noi passeggeri felici e schedati*, in raccolta cit. *infra* nt. 22.

di un altro, e, b. - il significato e il contenuto del “diritto a lasciare il proprio stato” (o meglio: della *garanzia* perché ciascuno che lo voglia possa *effettivamente* lasciare il proprio stato), che non è tale se non si sostanzia in un corrispondente “obbligo” di accoglienza (*infra* § 4.2) e che quindi va commisurato con il descritto diritto dello stato a decidere chi accogliere sul proprio territorio.

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 straniero, si innesta la recente teorica del *diritto penale del nemico*, di cui al § 7.1; c. - che, infine, spesso conduce ad una assimilazione, non solo, appunto, psicologica del migrante, così “identificato” all’almeno potenziale “terrorista”, molto spesso in una visione tanto mitica quanto preconcepita dello stesso, tutt’altro che estranea alla nostra anche migliore giurisprudenza (per non parlare della nostra rozza legislazione) come mostrerò nei paragrafi finali di questo lavoro.

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 tale³, in particolare ad esempio, mediante l’adozione (con la L. 92/2008) dell’art. 61.11 *bis* del codice penale, dove si de-

³ Basterebbe per tutti citare il famigerato disposto del D.lgs. 1998/286, art. 14.5 *ter* «La violazione dell’ordine di cui al comma 5-*bis* è punita, salvo che sussista il giustificato motivo, con la multa da 10.000 a 20.000 euro, in caso di respingimento o espulsione disposta ai sensi dell’articolo 13, comma 4, o se lo straniero, ammesso ai programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all’articolo 14-*ter*, vi si sia sottratto. Si applica la multa da 6.000 a 15.000 euro se l’espulsione è stata disposta in base all’articolo 13, comma 5. Valutato il singolo caso e tenuto conto dell’articolo 13, commi 4 e 5, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all’adozione di un nuovo provvedimento di espulsione per violazione all’ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-*bis* del presente articolo. Qualora non sia possibile procedere all’accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-*bis* del presente articolo, nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all’articolo 13, comma 3 e 5 *quater*», norme, queste ultime, rese inefficaci con l’importante sentenza della CGUE di cui *supra* nt. 1. Al di là del linguaggio impervio della disposizione, non può non suscitare critiche l’idea della inflizione di multe notevoli a chi notoriamente, o almeno per lo più, certo non nuota nell’oro e che dunque quelle multe non può pagare.

finisce esplicitamente l'aggravante della presenza illegittima sul territorio nazionale, per non parlare del famigerato D.Lgs. 286/1998. 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»⁴ e dunque affermando, sia pure in un *obiter dictum* che i diritti fondamentali vanno sempre e comunque garantiti a tutti semplicemente in quanto esseri umani⁵. 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 soggettivo di straniero non regolare in sé non può di per sé essere considerato criminoso, non diversamente dalla razza o dalla religione. La Corte, e giova ripeterlo in questa sede, afferma infatti chiaramente per sottolineare l'assurdità della situazione⁶: «Lo straniero extracomunitario viene punito una prima volta all'atto della rilevazione del suo ingresso o soggiorno illegale nel

⁴ 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».

⁵ Cfr. sul punto anche S. PIERRE CAPS, *L'immigrazione nel cuore delle contraddizioni del diritto internazionale e del diritto costituzionale nazionale*, in S. GAMBINO – G. D'IGNAZIO, *Immigrazione e diritti fondamentali. Tra costruzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, 22. Per qualche breve ulteriore considerazione sul punto, *infra* § 7.

⁶ La Corte rileva anche al punto 6 del *Considerato in diritto*: «Le recenti modifiche legislative hanno messo in luce con nettezza ancora maggiore la natura discriminatoria dell'aggravante oggetto della presente questione. Difatti, l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio nazionale erano considerati dalla legge – all'epoca dei fatti che hanno dato origine al processo pendente davanti al Tribunale di Ferrara – alla stregua di illeciti amministrativi, mentre attualmente, cioè dopo l'introduzione di un autonomo reato di immigrazione irregolare, gli stessi comportamenti sono divenuti causa di responsabilità penale. L'illegittimità del soggiorno viene dunque in rilievo in una duplice prospettiva, producendo una *intensificazione del trattamento sanzionatorio* che deve essere considerata in questa sede, giacché fa parte integrante della valutazione complessiva sulla compatibilità costituzionale della norma censurata. Questa Corte non può ignorare il contesto normativo esistente al momento della sua pronuncia e rispetto ad esso, preso nel suo insieme, deve orientare il proprio giudizio ... L'introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato non solo non ha fatto venir meno la contraddizione derivante dalla eterogeneità della natura della condotta antecedente rispetto a quella dei comportamenti successivi, ma ha esasperato la contraddizione medesima, in quanto ha posto le premesse per possibili duplicazioni o moltiplicazioni sanzionatorie, tutte originate dalla qualità acquisita con un'unica violazione delle leggi sull'immigrazione, ormai oggetto di autonoma penalizzazione, e tuttavia priva di qualsivoglia collegamento con i precetti penali in ipotesi violati dal soggetto interessato», per concludere al punto 6 *in fine*, con quanto riportato nel testo. Si rileva, *in limine*, che, benché correttamente la Corte in quanto investita della questione della aggravante si sia pronunciata su quella, non abbia, però, detto nulla sulla questione del reato di clandestinità, condannato, invece, dalla CGUE.

territorio nazionale, ma subisce *una o più punizioni ulteriori* determinate dalla perdurante esistenza della sua qualità di straniero irregolare, in rapporto a violazioni, in numero indefinito, che pregiudicano interessi e valori che nulla hanno a che fare con la problematica del controllo dei flussi migratori. L'irragionevolezza della conseguenza si coglie pienamente ove si consideri che da una contravvenzione [poi divenuta reato, N.d.R.] punita con la sola pena pecuniaria può scaturire una serie di pene aggiuntive, anche a carattere detentivo, che il criterio di computo su base percentuale può condurre a valori elevatissimi, dando luogo a prolungate privazioni di libertà. Non solo lo straniero in condizione di soggiorno irregolare, a parità di comportamenti penalmente rilevanti, è punito più gravemente del cittadino italiano o dell'Unione europea, ma lo stesso rimane *esposto per tutto il tempo della sua successiva permanenza nel territorio nazionale, e per tutti i reati previsti dalle leggi italiane* (tranne quelli aventi ad oggetto condotte illecite strettamente legate all'immigrazione irregolare), ad un *trattamento penale più severo*. Tutto ciò si pone in contrasto con il principio di eguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost., *che non tollera irragionevoli diversità di trattamento*», per concludere al punto 9: «Alla luce di quanto detto, si deve concludere che la *ratio* sostanziale posta a base della norma censurata è una *presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare*, che si riflette sul trattamento sanzionatorio di qualunque violazione della legge penale da lui posta in essere».

Che poi la Corte, con una sentenza successiva, incorra, a mio parere, in una grave critica di incoerenza quando non considera costituzionalmente illegittima la norma sulla clandestinità della cd. legge Turco Napolitano⁷ (che assimila lo *status* di clandestino a quella del pregiudicato), non riduce l'importanza della affermazione della precedente sentenza, che nega in radice la pos-

⁷ 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 Dlgs. 286/1998 (cd legge Turco Napolitano) afferma, con un ragionamento a mio parere alquanto capzioso: «Contrariamente a quanto sostiene il giudice rimettente, non si può infatti ritenere che l'art. 10-bis del d.lgs. n. 286 del 1998, introducendo nell'ordinamento la contravvenzione di «ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato», penalizzi una mera «condizione personale e sociale» – quella, cioè, di straniero «clandestino» (o, più propriamente, «irregolare») – della quale verrebbe arbitrariamente presunta la pericolosità sociale. Oggetto dell'incriminazione non è un «modo di essere» della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti. Tale è, in specie, quello descritto dalle locuzioni alternative «fare ingresso» e «trattenersi» nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del testo unico sull'immigrazione o della disciplina in tema di soggiorni di breve durata per visite, affari, turismo e studio, di cui all'art. 1 della legge n. 68 del 2007: locuzioni cui corrispondono, rispettivamente, una condotta attiva istantanea (il varcare illegalmente i confini nazionali) e una a carattere permanente il cui nucleo antidoveroso è omissivo (l'omettere di lasciare il territorio nazionale, pur non essendo in possesso di un titolo che renda legittima la permanenza). La condizione di cosiddetta "clandestinità" non è un dato preesistente ed estraneo al fatto, ma rappresenta, al contrario, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale di illiceità (non diversamente da come la condizione di pregiudicato per determinati reati deriva, salvo il successivo accertamento giudiziale, dall'aver commesso i reati stessi)».

sibilità 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* del soggetto (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 penalmente perseguibili in quanto per definizione ostili, appunto: quello che oggi viene definito *diritto penale del nemico*⁸.

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 una situazione soggettiva, per così dire "istantanea" (il fatto di essere clandestinamente in Italia) in una sorta di reato ripetuto continuamente e da essere ripreso in considerazione ripetutamente in termini punitivi. 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 aggravati 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.

Quanto fin qui accennato, peraltro, ci pone dinanzi alla necessità di valutare anche in termini di rispetto dei diritti dell'uomo quella accennata modalità assai particolare di interpretare il fenomeno, in un mondo moderno nel quale non si fa che parlare di globalizzazione, ma dove magari si definiscono categorie "privilegiate" di migranti⁹ o si attribuiscono agli stranieri (sostan-

⁸ Opzione giuridica che, secondo gli stessi studiosi del tema, non apparirebbe 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 penale del nemico non è un diritto penale del fatto, ma d'autore», così M. CANCIO MELIÀ, "Diritto penale" del nemico?, in M. DONINI – M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 89 s.

⁹ E di gestione equilibrata dei flussi migratori, specie in un ambito territoriale quale quello dell'UE, dove sempre più stridente è il contrasto tra le norme che facilitano la circolazione degli stranieri extracomunitari e le norme restrittive e precauzionali di molti stati e della stessa UE, con le sue complesse e non sempre chiarissime norme in materia di migrazioni, *refoulement*, asilo, ecc. V. di recente il contributo di A. TINO – C. CAUDRON, *Flux migratoires et politique commune dans le cadre de l'union européenne*, in *federalismi.it*, 2013, n. 10, dove è messa in rilievo la tendenziale "apertura" dell'UE verso gli stranieri, ma specialmente la volontà di creare un sistema uniforme di gestione dei medesimi.

zialmente a “certi” stranieri¹⁰) qualifiche, che in certi casi come abbiamo visto diventano elementi soggettivi di aggravante penale, quando non essi stessi reato *tout court*, e che li fa definire «immigrati clandestini»: una connotazione tanto negativa¹¹ quanto poco significativa¹², nella misura in cui assegna un connotato negativo, e quindi discriminante, al solo fatto, come rilevato, meramente soggettivo di trovarsi nel paese senza un motivo di lavoro o di studio, documentato, documentabile ed accertato (e accettato) con la conseguenza ulteriore per cui talvolta si confonde la situazione del migrante cd. economico con quella del migrante cd. politico, del richiedente asilo, insomma, o, cosa che confonde ancora di più le idee, del combattente legittimo¹³.

Ma, si dovrebbe aggiungere, molto spesso questa relazione del tutto arbitraria si collega al fenomeno del cd. terrorismo internazionale, visto in termini (internazionalisticamente parlando) di conflitto armato, di guerra: una “guerra” tra uno o più stati e non meglio indicati individui o raggruppamenti di individui. Con la conseguenza di parlare addirittura di *ius in bello* e di *ius ad bellum* con riferimento al terrorismo, ai terroristi e alla lotta, rispettivamente, all’uno e agli altri¹⁴, senza tenere conto del fatto (ma su ciò non è qui il luogo)

¹⁰ Negli USA, secondo alcuni autori, v. *infra* nt. 112, si diffonde sempre di più l’idea per cui “certi” stranieri siano di per sé pericolosi sulla base del cd. “ethnic profiling”.

¹¹ V. sul punto, ad es. e in termini assai critici, C. AMIRANTE, *La condizione post-coloniale dei ‘clandestini’ nell’Unione Europea: una persistente violazione della dignità umana*, in S. GAMBINI – G. D’IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali: fra Costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, 87 ss., che giustamente mette in relazione la sostanziale indifferenza dell’ordinamento italiano verso la «criminalità delle organizzazioni economiche private dei *white collars*, del vasto arcipelago delle agenzie di *rating* e di controllo ... », mentre lo stesso è assai più pronto a criminalizzare attraverso norme penali, appunto «l’immigrazione clandestina ... ispirate, al contrario, all’ideologia e alla logica della massima sicurezza» (*ibidem*, p. 89). Orbene, sebbene sia discutibile la classificazione di certe attività economiche *tout court* in attività criminose, è condivisibile l’osservazione sull’atteggiamento discriminatorio (e non solo culturale) verso certi fenomeni, anch’essi figli della globalizzazione.

¹² E talvolta ambigua. V. gli stessi Aa. della nt. 9.

¹³ V. un caso significativo, *infra* nt. 52.

¹⁴ Significativo in tal senso, v. R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, che afferma ad es., p. 205 s.: «Per quanto riguarda lo *jus ad bellum*, si deve notare che in presenza di un attacco terroristico posto in essere da una organizzazione internazionale, la strategia tradizionale non riconosce autonomia a tale organizzazione, nel senso che se essa ha agito da sola, senza alcun legame con un altro Stato, non può essere combattuta che con il diritto penale ancorché d’eccezione, mentre se ha agito su istruzione o comunque sotto la direzione o il controllo effettivo (e specifico) di uno Stato, essa può essere contrastata con l’uso della forza, ma non direttamente perché per l’appunto legata allo Stato e quindi ingaggiando un conflitto armato internazionale ... », con il che, a mio parere, si confonde tra concetti del tutto diversi, ma specialmente si nega legittimità ad un fenomeno, invece, perfettamente legittimo, che è appunto la cd. guerra di liberazione nazionale, combattuta dai relativi movimenti, quando rispondenti alle norme di diritto internazionale in materia.

che di “guerra” si può parlare solo in presenza di un conflitto tra soggetti di diritto internazionale, sia pure non solo e necessariamente “stati”.

3. Migrazioni e terrorismo nella Comunità internazionale

Passando al piano più strettamente internazionale, non può non sorprendere, benché sia sconsolatamente significativo della descritta mentalità, che sia addirittura la stessa *Organizzazione internazionale per le migrazioni*, quella che, lungi dallo sfuggire alla logica descritta, non manca, addirittura, di costruire e di dare per scontata detta relazione (addirittura come premessa implicita alle misure di contrasto necessarie), per cui si affanna a dare indicazioni circa i modi per combattere il terrorismo e i fenomeni ad esso legati, attraverso un maggior controllo delle migrazioni in quanto presunte cause o veicoli di terrorismo, come quando ad es. afferma: «How migration relates to security issues is a multi-dimensional subject¹⁵. *International terrorism* could, because of its cross-border dimensions, also be *considered a migration issue*»¹⁶.

Così posto, il tema, è una semplice tautologia, tanto superficiale quanto pericolosa, nella misura in cui identifica, o almeno rischia di identificare con un potenziale terrorista il migrante¹⁷ in quanto tale. Si potrebbe addirittura giungere ad affermare che, nella sostanza, si determina per questa via una forma nuova e pericolosa quant'altre mai di razzismo o almeno di xenofobia, che investe in generale la categoria degli “stranieri”. Anzi, a onor del vero, di

¹⁵ Del tutto incidentalmente mi prendo la libertà di sottolineare criticamente la sempre più diffusa tendenza a descrivere fenomeni e possibili soluzioni in termini di natura “multi-dimensionale”, e di controllo “multi-livello”, una sorta, mi sembra, di espediente per sfuggire a quella logica unitaria della regolamentazione dei fenomeni e delle fattispecie giuridiche, in termini di liceità e illiceità, che dovrebbe essere propria della scienza giuridica, per giustificare per questa via trattamenti e comportamenti differenziati e discriminatori, figli in larga misura di quella teorica diffusa che va sotto il nome di “frammentazione del diritto internazionale”. Non è qui il luogo per affrontare il tema, che però è trattato spesso sotto il profilo appunto della necessità (e della conseguente possibilità) di fare convivere (e di trovare una sorta di gerarchia) tra i vari livelli “costituzionali” esistenti: quello nazionale, quello europeo e quello internazionale. V. sul punto ad es.: P. BILANCIA, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti* www.associazionedeicostituzionalisti.it; S. DOUGLAS-SCOTT, *A Tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights acquis*, in *CML Rev.*, 2006, 649 ss.; S. GAMBINO, *I Diritti fondamentali fra trattati e Costituzioni*, in *federalismi.it*, 2009; I. PERNICE – F. MAYER – S. WERNICKE, *Renewing the European Social Contract: the challenge of institutional reform and enlargement in the light of multilevel constitutionalism*, in *King's College Law Journal*, 2001, 61 ss.; I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon: multi-level constitutionalism in action*, in *Columbia JEL*, 2008-2009, 349 ss.

¹⁶ Cfr. IOM-INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *International Terrorism And Migration*, Geneva, 2010, 6, in www.iom.int.

¹⁷ Che poi diventa sempre più spesso lo “straniero” tout court, quando non addirittura chi abbia solo origini straniere.

un "certo" straniero migrante, visto che molto difficilmente ci si porrebbe il problema di considerare suscettibile di particolari ed eccezionalmente stringenti misure di prevenzione un migrante ... statunitense o australiano¹⁸. La stessa fonte, non a caso, conclude quel discorso, affermando: « ... migration policy, particularly with regard to managing who comes in and out of a country and resides there, is just one area where national and international law enforcement can act against terrorism»¹⁹.

Appunto: controllare la migrazione equivale a controllare il terrorismo, anzi il "terrorismo internazionale"²⁰, ormai assunto a "nemico pubblico numero uno", indipendentemente dalla sua dannosità effettiva, un nemico, occorre riconoscerlo, in qualche caso quasi mitico se è vero come è vero che le stesse NU nelle risoluzioni contro il "terrorismo internazionale", lo identificano con

¹⁸ Ma è difficile sottrarsi al disagio quando si osserva come spesso un linguaggio, che somariamente ho descritto come razzista, viene applicato a cittadini europei a tutti gli effetti come i cdd. "Rom". Ciò non attiene soltanto ad un comportamento popolare, ma anche spesso ad azioni amministrative e perfino penali. Sul punto, giova riportare una frase della cit. sentenza della Corte Cost. 249/2010 (*supra* nt. 4), che afferma al punto 5 del *Considerato in diritto*: « ... particolare disciplina dell'aggravante *censurata* nel presente giudizio fa leva prevalentemente sullo status soggettivo del reo, giacché la circostanza non si applica ai cittadini di Stati dell'Unione europea neppure nella più grave ipotesi dell'inottemperanza ad un provvedimento di allontanamento, vale a dire quando l'irregolarità del soggiorno è stata riscontrata ed ha formato oggetto di valutazione da parte della competente autorità di sicurezza, che ha emesso un ordine trasgredito dal soggetto interessato, il quale ha assunto, per tale condotta, una specifica responsabilità penale. È evidente, in altre parole, che la giustificazione della fattispecie censurata non può fondarsi su una presunzione correlata alla violazione delle norme sull'ingresso e sulla permanenza nello Stato di soggetti privi della cittadinanza italiana. E ciò si nota a prescindere dalla relazione tra lo status dell'immigrato in condizione irregolare e l'offesa tipica del reato che di volta in volta venga in considerazione».

¹⁹ Lascia lievemente perplessi, il fatto che secondo P. SPIRO, *Introductory remarks, to An emerging international law of migration*, in *ASIL Proceedings*, 2012, 61 ss. il tema « ... is surely the most important area of international interaction, lacking a formal multilateral institutional framework. There is no International Convention on Migration or World Migration Organization» (corsivo mio). Non saprei, dunque, come definire l'organismo cit. *supra* nt. 16, di cui al sito <http://www.iom.int/cms/home>, dove si afferma che una organizzazione denominata *International Organization for Migration* sarebbe stata fondata nel 1951 e avrebbe la partecipazione di centoquarantanove stati e di moltissime Organizzazioni internazionali e avrebbe addirittura una sede a Ginevra. Poco oltre, peraltro, l'illustre Autore di cui sopra, aggiunge anche: «Even in the absence of an umbrella regime, there is evidence that international law is insinuating itself into state migration practice». Non mi pronuncio sulla figura giuridica della insinuazione normativa, ma l'affermazione è certamente promettente.

²⁰ Sorvolo, anche se sarebbe necessario, sulla ambiguità dell'espressione. Se può essere definito tale il comportamento di uno stato verso un altro (ad es., come spesso si afferma, i bombardamenti a tappeto durante la seconda guerra mondiale, o l'organizzazione da parte di uno stato di atti terroristici contro un altro, ecc.), non è chiaro come il comportamento di un privato possa assurgere a tale terminologia, dato che potrebbe indurre a immaginare che l'agente "terroristico internazionale" goda di soggettività di diritto internazionale.

il misterioso e inafferrabile o alla fine afferrato Bin Laden e i suoi seguaci²¹ o, mi si consenta l'ironia, con la nuova SPECTRE dei tempi moderni: Al Qaeda²². Nei confronti della quale, e in particolare dei suoi presunti aderenti, il rispetto dei diritti fondamentali appare assai edulcorato²³ dall'alternativa spesso invo-

²¹ Solo per fare degli esempi a caso, si vedano le S/RES/1267, 1333, 1363, 1390, ecc., dove esplicitamente si parla di Bin Laden e dei Talebani (... che, è notizia di questi giorni, si accingono a trattare la "pace" con gli USA, non diversamente dai Vietcong degli anni settanta). Beninteso il senso è chiaro, ma, posto che un'azione terroristica non sia attribuibile a questi, potrebbe sorgere il dubbio, in qualche giudice preciso e, giustamente, attento alla lettera della legge, sulla perseguibilità di un presunto terrorista, in quanto non riconducibile alla categoria delle disposizioni normative del CdS. Va anzi rilevato (e con qualche preoccupazione per la sciatteria dispositiva) come, ad es., la legislazione italiana in materia di riciclaggio (D.lgs. 2007/60) o altra (come, sempre solo per fare un esempio, la legge 2012/240, *Ratifica ed esecuzione dell'Accordo quadro tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra*, fatto a Bruxelles il 10 maggio 2010) si facciano espliciti rinvii alle risoluzioni citate. In questo senso, v. anche, assai rilevanti: tra gli altri, il D.lgs. 2007/109, la cui premessa recita: «Viste le risoluzioni emanate dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni unite per contrastare e reprimere il finanziamento del terrorismo e l'attività di Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale; Viste le risoluzioni n. 1267/1999, n. 1333/2000, n. 1363/2001, n. 1390/2002, n. 1452/2002, n. 1455/2003, n. 1526/2004, n. 1566/2004, n. 1617/2005 e n. 1735/2006 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite; Vista la risoluzione n. 1373/2001 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite ... art. 2: 1. Il presente decreto detta misure per prevenire l'uso del sistema finanziario a scopo di finanziamento del terrorismo e per attuare il congelamento dei fondi e delle risorse economiche per il contrasto del finanziamento del terrorismo e dell'attività di Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale in base alle risoluzioni delle Nazioni unite o alle deliberazioni dell'Unione europea» e anche l'art. 64 del D.lgs. 2007/231 e v. *infra* nt. 104. È appena il caso di rilevare che questa tecnica legislativa, impone di considerare la "legislazione" internazionale, in particolare delle NU, come parte integrante (o almeno determinante ai fini della corretta interpretazione) della legislazione interna. Quel richiamo, insomma, agisce come una norma di rinvio, non diversa, mi pare, dal classico ordine di esecuzione, ma allora, proprio per questo, sarebbe auspicabile una maggiore attenzione a cosa e come si introduce nel nostro ordinamento.

²² Una logica, se mi si permette la parentesi, alla quale non è estranea, purtroppo, la nostra giurisprudenza, anche quella più paludata e riflessiva, che tende ormai sempre più spesso ad identificare *tout court* senza approfondimenti particolari, la stessa esistenza di certe associazioni private, come in sé, fonti di terrorismo. Come vedremo poco più avanti, si finisce per questa via per confondere problemi e questioni profondamente differenti e da trattare in maniera del tutto diversa. Si veda, solo per fare un esempio, la recente sentenza Cass. VI pen., 1099/2012, 16.7.2012. In generale, di recente, v. F. BATTAGLIA, *Il terrorismo nel diritto internazionale*, Napoli, 2012. Ma per accenni in materia, si veda anche G. GUARINO, *Terrorismo e lotte di liberazione nazionale: la legge applicabile*, in *Riv. coop. giur. internaz.*, 2006, n. 22, 7 ss. e G. GUARINO, *Terrorismo, conflitti interni e internazionali: la legge applicabile*, in *La Giustizia Penale*, 2006, V, 257 ss. V. anche la bella raccolta di scritti R. CADIN – C. CARLETTI – N. COLACINO – S. COTURA – A. GUARINO jr., *Contrasto multilivello al terrorismo internazionale e rispetto dei diritti dell'uomo*, Torino, 2012 e in particolare A. GUARINO jr., *Il quadro legislativo italiano e la lotta al terrorismo*, *ibidem* 122 ss. Per un'ipotesi speculare di quanto dico, v. *infra* nt. 87.

²³ Tipica in questo senso la S/RES/1973 (2001), dove tra l'altro si afferma, punto 2.g: «Pre-

cata tra libertà e sicurezza, che conduce, ad es. in USA, alla ben nota formulazione della figura dell'«unlawful enemy combatant», o addirittura semplicemente «enemy alien»²⁴ privato dei diritti e garanzie (specie queste ultime) solitamente spettanti ai cittadini «normali»²⁵.

Insomma secondo la logica riferita: combattere il terrorismo è un problema di controllo delle migrazioni o, viceversa, il terrorismo è un portato delle migrazioni. I due fenomeni sempre più spesso vengono descritti come strettamente connessi, quando addirittura non si afferma che le migrazioni, talvolta, sono finalizzate alla diffusione del terrorismo, con la conseguenza di una vera e propria criminalizzazione pregiudiziale della migrazione e dei migranti²⁶ in nome ed in ragione di esigenze generali di «sicurezza»²⁷.

vent the movement of terrorists or terrorist groups by effective border controls and controls on issuance of identity papers and travel documents, and through measures for preventing counterfeiting, forgery or fraudulent use of identity papers and travel documents» e si aggiunge (punto 3.f, g. l'invito a: «(f) Take appropriate measures in conformity with the relevant provisions of national and international law, including international standards of human rights, before granting refugee status, for the purpose of ensuring that the asylum-seeker has not planned, facilitated or participated in the commission of terrorist acts; (g) Ensure, in conformity with international law, that refugee status is not abused by the perpetrators, organizers or facilitators of terrorist acts, and that claims of political motivation are not recognized as grounds for refusing requests for the extradition of alleged terrorists», disposizioni in cui è difficile sottrarsi all'impressione evidente che si invitino gli stati a guardare con una certa «disinvoltura» alle norme specialmente in materia di diritti dell'uomo, per combattere il terrorismo, agevolato dal fenomeno migratorio, ad esempio facilitando l'estradizione. V. per casi analoghi, appunto, di dubbio rispetto delle norme, G. GUARINO, *Un caso singolare di estradizione: i diritti dell'uomo ignorati?*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, 423 ss.

²⁴ Che non gode, a parità di reato commesso, delle medesime garanzie processuali di un cittadino americano, come nel ben noto caso Lindh, www.investigativeproject.org/case/132.

²⁵ Sul punto e sui temi collegati, v. P. BARGIACCHI, *Power, law and territory: Extraterritorial application of the United States Constitution at Landseberg prison in occupied Germany, at Guantanamo Bay Naval Base in Cuba and at Bagram Aifield Military Base in Afghanistan*, in G. GUARINO – I. D'ANNA, *International Institutions and Co-operation: Terrorism, Migration, Asylum*, Napoli, 2011, 495 ss.; C. DRAGHICI, *The Human Rights compliance of UK anti-terrorism legislation in the light of domestic and international case law*, *ibidem*, 673 ss.

²⁶ V. in questo senso l'interessante contributo di A. SCERBO, *Criminalizzazione degli immigrati vs. diritti fondamentali. La recente evoluzione del diritto dell'Unione Europea nella prospettiva di adesione alla Convenzione Europea*, in S. GAMBINO – G. D'IGNAZIO, *Immigrazione*, cit., 317 ss.

²⁷ V. sul punto, tra gli altri, R. PERRUCHOU, *State sovereignty and freedom of movement*, in B. OPESKIN – R. PERRUCHOU – J. REDPATH-CROSS (Eds.), *Foundations of international migration law*, Cambridge, 2012, 134, che osserva correttamente, p. 135: «As a result, migrants are regarded with more suspicion than before – whether they be asylum seekers, refugees, trafficked persons or economically motivated, many are seen, unjustifiably, as potential enemies. The threat of terrorism is being used increasingly to justify actions against migrants».

3.1 Libertà, sicurezza e sovranità

È noto che, dal punto di vista del diritto internazionale "classico", ogni stato in quanto tale, essendo dotato di sovranità, avrebbe, tra gli altri, il potere esclusivo di decidere chi ammettere sul proprio territorio. Detto potere, però e come noto, non è esente da regole, nella medesima misura in cui la stessa sovranità è soggetta alle regole imposte dalla Comunità internazionale attraverso le norme generali di diritto internazionale, ed inoltre può essere *autodelimitata* (e dunque non "persa" e pertanto sempre recuperabile) consensualmente attraverso la libera sottoscrizione di norme negoziali²⁸. 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 – di definire il contenuto della sovranità (che in questo senso andrebbe meglio definita come autonomia) di ciascun soggetto della Comunità internazionale, via via nei vari sottosistemi in cui essa si articola²⁹. Da ciò, lo dico molto succintamente, deriva, a mio parere, 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

²⁸ Viene naturale, senza ulteriori discussioni, la citazione del famoso passo della sentenza *Wimbledon* (PCJI, Serie A, n. 1, 1923, p. 25: «The Court declines to see in the conclusion of any Treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty. No doubt any convention 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 H. KELSEN (R. TUCKER ed.), *Principles of International Law*, New York, 1967, 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 578 ss. Per una interessante discussione del tema in una prospettiva di teoria generale del diritto, v. le belle pagine di L. FERRAJOLI a cura di E. VITALE, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, 2001, 2008, 18 ss.

²⁹ 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.

un qualche potere esterno (nel senso kelseniano di cui in nota), come il diritto internazionale generale. Il concetto stesso di sovranità, invece, è un concetto assoluto: significa, appunto, *superiorem non recognoscere* – 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.

Fatta, dunque, eccezione, per le eventuali *autolimitazioni* della sovranità (per lo più contrattuali e che possono anche condurre ad una definitiva cessione, magari unilaterale – non limitazione dall'esterno – della sovranità, come nel caso di uno stato che entri a far parte di una federazione) essa, per quanto “ridotta”, è assoluta. In altre parole: *quella è la sovranità oggi*: né più, né meno. La stessa *debellatio*, con la conseguente scomparsa dello stato, nonché eccezionale è un caso di cancellazione imposta della sovranità dello stato debellato, sempre che quest'ultimo non “riemerge” a tempo debito.

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, ma anche minore!) è solo il frutto della evoluzione delle norme generali (e in misura minore di quelle contrattuali) nella storia del diritto internazionale.

Le eventuali ulteriori “limitazioni” contrattuali della sovranità sono espressione della libertà (per ciò parlavo prima di “autonomia”) 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.

Ciò, sia detto solo per inciso, senza alcuna incidenza sulla incerta e confusa pretesa di disegnare regimi speciali o separati³⁰, cui viene, a mio parere alquanto arbitrariamente, associata la citata sentenza della CPGI, che si limita, invece, ad affermare, appunto, che le norme contrattuali possono definire un regime particolare concordato tra le parti, senza necessariamente avere l'intenzione di derogare alle norme generali³¹. Purché, appunto, sia chiaro che

³⁰ Quando non “self-contained” qualunque cosa ciò significhi (v. anche nt. 31) come in B. SIMMA – D. PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, in *Eur. JIL*, 2006, 483 ss.

³¹ M. KOSKENNIEMI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682, 2006, 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. C. BINDER, *Stability and Change in Times of Fragmentation: The Limits of Pacta Sunt Servanda Revisited*, in *Leid. Journ. Int. Law*, 2012, 909 ss.; A. FISCHER – LESCANO – G. TEUBNER, *Regime-Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the*

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 esame³². L'unicità del sistema, quindi, è preservata in ogni caso in una struttura di *tipo* gerarchico, ma in effetti, sembrerebbe, in alcuni casi come quello dei diritti dell'uomo (o forse in tutti) più di carattere strumentale o semplicemente logico³³.

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, che, a loro volta, impongono precise e sempre maggiori regole ai soggetti.

E dunque, il principio per il quale ogni stato è libero di stabilire chi e quando possa accedere al suo territorio, può ben darsi che sia (a mio parere, è) definito nel suo contenuto dal diritto internazionale e non (o non solo) 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 caso³⁴. Come, ad esempio in materia di *refoulement*,

Fragmentation of Global Law, in *Mich. J. Int'l L.*, 2003-2004, 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 interpreting 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. 56 e *passim*, restando il diritto internazionale generale quello che fissa il contenuto della sovranità dei soggetti. Sul tema, di recente, v. C.M. PONTECORVO, *Il 'regime' internazionale per la protezione delle foreste*, Napoli, 2012, *passim*.

³² Sul punto e in generale sulla complessa problematica qui solo sfiorata, cfr. l'ampio studio di G. ARANGIO-RUIZ, *Dualism revisited. International Law and Interindividual Law*, in *Riv. dir. int.*, 2003, 909 ss., sul cui pessimismo, mi permetto di non concordare pienamente, v. *infra* nt. 118.

³³ 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.

³⁴ Ciò, sembra, è del tutto pacifico almeno 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 1951 in materia di *refoulement* osserva, punto 75: «Section 72 [della legge inglese sull'immigrazione: *Nationality*,

di recente ha affermato il Tribunale sull'asilo e l'immigrazione della Gran Bretagna³⁵.

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.

Mentre oggi, la stessa libertà assoluta di trattamento dei *propri* cittadini subisce limiti sempre più severi per l'azione continua dell'affermazione dei diritti dell'uomo; 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'uomo³⁶. Non per caso e sempre più spesso si parla di

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. 33.

³⁵ *IH 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 [come sarebbe il caso del nostro maldestro crimine di clandestinità, di cui sopra] ... *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).

³⁶ Basterebbe citare, per tutte la sentenza CtEDU *Trabelsi c. Allemagne*, 13.1.2012 n. 41548/06, dove 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: «53. En ce qui concerne la question de savoir si l'ingérence est « nécessaire dans une société démocratique », la Cour rappelle qu'elle a résumé les critères pertinents à cet égard Üner c. Pays-Bas précité ... En particulier, *d'après un principe de droit international bien établi*, les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des *non-nationaux* sur leur sol. La Convention ne garantit pas le droit pour un étranger d'entrer ou

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 estradare³⁷. 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'estradante³⁸, o in-

de résider dans un pays particulier, et, lorsqu'ils assument leur mission de maintien de l'ordre public, les États contractants ont la faculté d'expulser un étranger délinquant. Toutefois, leurs décisions en la matière, *dans la mesure où elles porteraient atteinte à un droit protégé par le paragraphe 1 de l'article 8, doivent se révéler nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi ...* 54. Ces principes s'appliquent indépendamment de la question de savoir si un étranger est entré dans le pays d'hôte à l'âge adulte ou à un très jeune âge ou encore s'il y est né. Par ailleurs, si un certain nombre d'États ont adopté des lois ou des règlements prévoyant que les immigrés de longue durée nés sur leur territoire ou arrivés sur leur territoire à un jeune âge, ne peuvent être expulsés sur la base de leurs antécédents judiciaires ..., *un droit aussi absolu à la non-expulsion ne peut se déduire de l'article 8 de la Convention, dont le paragraphe 2 est libellé en des termes qui autorisent clairement des exceptions aux droits généraux garantis dans le paragraphe 1*» (corsivi miei). Il principio, viene quindi specificato e precisato, al contrario, nella sentenza *Saadi*, infra nt. 37 e v. anche nt. 43.

³⁷ 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).

³⁸ *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

terdette dal diritto internazionale dei diritti dell'uomo³⁹.

Detto bilanciamento⁴⁰, infatti potrebbe avere per effetto quello di violare alcuni diritti fondamentali nel solo interesse, o preteso interesse, di una maggiore sicurezza dello stato⁴¹, 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 altro⁴² o addirittura in

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.

³⁹ 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.

⁴⁰ *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 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).

⁴¹ 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».

⁴² 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 Con-

mare aperto. In 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 1961⁴³ e, *dall'altro*, farsi anche carico di assicurarsi che l'eventuale allontanamento dello straniero non lo assoggetti a trattamenti contrari ai diritti dell'uomo, *independentemente dalla sua eventuale pericolosità o ostilità*. Insomma: i diritti dell'uomo *prevalgono logicamente e strutturalmente* anche sulla tradizionale

vention 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 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).

⁴³ V. sul punto I. SHEARER – B. OPESKIN, *Nationality and Statelessness*, in OPESKIN et al., cit., 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».

sovranità dello stato, definendone i confini, e sempre più impongono di trattare in maniera simile se non eguale tutti gli individui, cittadini e non.

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. 10⁴⁴. Mentre, infatti, il primo comma dell'art. 10 garantisce l'introduzione e la *prevalenza* sul diritto interno 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 di legiferare in maniera conforme – la possibilità di non applicazione, prima e più che di dichiarazione di incostituzionalità, del diritto interno difforme⁴⁵, alla luce e nel quadro 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 difforme⁴⁶. Ma non solo, perché le norme in tema di stranieri degli altri commi dell'art. 10, mentre definiscono normativamente l'obbligo⁴⁷ di trattamento degli stessi alla luce del diritto internazionale, 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 (o almeno è in corso di formazione) che obbliga gli

⁴⁴ Sul punto cfr. le interessanti e condivisibili osservazioni di P. STANCATI, *L'immigrazione e il diritto costituzionale interno*, in S. GAMBINO – G. D'IGNAZIO, *Immigrazione*, cit., 357 ss., che a p. 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 parificazione dello *status libertatis* del cittadino e dello straniero».

⁴⁵ V. G. GUARINO, *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

⁴⁶ Artt. 26 e 27 convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, come già ho avuto modo di sostenere in passato. V. G. GUARINO, *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 *Riv. coop. giur. internaz.*, 2005, n. 21, 7 ss.

⁴⁷ 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 non lo fosse, scarterebbe almeno oggi con il primo co. dell'art. 117, l'illegittimità costituzionale della norma interna difforme.

stati ad accogliere lo straniero, in ragione del suo *diritto* a lasciare il proprio paese, su cui qui appresso.

3.2 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 migrazioni⁴⁸ 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 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»⁴⁹ e simili amenità proprio allo scopo preciso di non sentirsi, o fare sentirgli Stati, obbligati a determinati comportamenti.

Ciò, come ovvio, pone (ma qui non è luogo per approfondire il discorso) due ordini di problemi strettamente collegati: *a.*- quello degli effetti della vio-

⁴⁸ Come afferma J. BHABHA, *Talking the Talk and Walking the Walk: International Management, Human Rights and Domestic Politics*, in *ASIL Proceedings*, 2012, 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.

⁴⁹ Così UN Doc. A/AC.96/1085 (cit. *infra* nt. 50) § 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 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.

lazione 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 norme⁵⁰ 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 testualmente⁵¹: «The *obligation* of States not to expel, return or *refoule* 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*. In many ways, the principle is the logical complement to the right to seek asylum recognized in the Universal Declaration of Human Rights. It has come to be considered a *rule of customary international law* binding on all States. In addition, international human rights law has established *non-refoulement* as a *fundamental* component of the absolute prohibition of torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. The duty not to *refoule* is also recognized as applying to refugees irrespective of their formal recognition, thus obviously including asylum-seekers whose status has not yet been determined. It encompasses any measure attributable to a State which could have the effect of returning an asylum-seeker or refugee to the frontiers of territories where his or her life or freedom would be threatened, or where he or she would risk persecution. This includes rejection at the frontier, interception and indirect *refoulement*, whether of an individual seeking asylum or in situations of mass influx» e si aggiunge: «States have consistently *reaffirmed their commitment* to the principle of *non-refoulement* in national statements by incorporating the principle into their domestic law, and in regional and international fora. Regional and national policies uphold the principle. Very many countries, including many which have seen significant increases in the

⁵⁰ 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.

⁵¹ E proprio con esplicito riferimento alla *Convenzione* di Ginevra del 1951 (art. 33) e la *American Convention on Human Rights*, San José 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».

arrivals of refugees and asylum seekers and others with large, longstanding refugee populations continue to respect the principle. Over the past year, there has been, however, a disturbing increase in violations of the principle in some countries in particular».

Gli stati, dunque, hanno assunto degli obblighi non rinunciabili e *non reciproci* in senso stretto. 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 (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, di necessità da considerare 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 esemplare⁵², 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"⁵³ 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 Libia⁵⁴.

4. 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

⁵² V. CtEDU, *Grand Chamber, Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Appl. n. 27765/09 del 23.2.2012.

⁵³ Leggi: sovranità territoriale.

⁵⁴ 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, nel Giugno 2013, 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 la propria giurisdizione.

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 bilanciamento⁵⁵, tra: *a.*- il diritto innegabile – e anche definito in documenti 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 muoversi all'interno dello stato, di *uscire dallo stato* e di rientrarvi e il diritto a cercare asilo o accoglienza in altri stati, e, *b.*- il diritto dello stato a controllare o condizionare l'accesso al proprio territorio⁵⁶.

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 paese⁵⁷ 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 tro-

⁵⁵ Anzi, verisimilmente 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.

⁵⁶ 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 A. GOLDBERG: «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 R. POSNER, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford, 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 immaginarie, *infra* § 6. 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.

⁵⁷ 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.

va. 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 dell'individuo in quanto tale, esso sia garantito dal diritto internazionale e, specialmente, come, *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 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 rientro⁵⁸. 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 NU⁵⁹, 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 paese⁶⁰, possono essere interposti all'abbandono del proprio paese⁶¹ in condizioni di eguaglianza con gli altri cittadini dello stato⁶² e con quelli degli altri stati. Eguale collocazione trovano sia il diritto al ritorno, che quello

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Oltre alle norme in materia di diritti dell'uomo citate nel testo, v. il documento di cui, *infra*, alla nt. 61, I, 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».

⁶⁰ *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».

⁶¹ V. per tutti UN Doc. E/CN.4/846, E/CN.4/Sub.2/229, 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...».

⁶² *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».

degli *stranieri* a lasciare liberamente il territorio di uno stato del quale siano ospiti⁶³.

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 genere⁶⁴, 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 nascita⁶⁵ – 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 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".

4.1 "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 sentenza 353/97⁶⁶. In quest'ultima, infatti, la Corte, molto sinteticamente afferma: «Le

⁶³ *Ibidem*, II, III.

⁶⁴ Lo rileva anche lo UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/22, § 18, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, V. BOUTKEVITCH, *Working paper on the right to freedom of movement and related issues*, 29.7.1997.

⁶⁵ Significativamente v. ad es.: il documento cit. alla nt. 50, 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. G. GUARINO, *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli, 1984, 98 e *passim*.

⁶⁶ 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 soggiorn-

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 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"⁶⁷. 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 principio dell'indivisibilità dei diritti dell'uomo⁶⁸. Che una scelta 'politica' nell'ambito di uno stato sia comprensibile, e

no 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.

⁶⁷ 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. E, oggi, alla luce dell'art. 117.1. Cost., la Corte è obbligata a valutare se le scelte legislative dello stato siano, o meno, coerenti con le sopravvenute norme contrattuali di diritto internazionale, posto che coerenti siano a quelle di diritto internazionale generale.

⁶⁸ 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 pre-

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.

In altre parole portando 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.

Volendo portare brevemente il discorso all'estremo, dunque, si potrebbe perfino utilizzare questo argomento per motivare il *divieto assoluto dell'uso della forza*, in quanto quest'ultimo lederebbe, per definizione il diritto alla vita, fatta salva, come ovvio, la legittima difesa.

Affermare, invece, come fa la nostra Corte Costituzionale (sentenza 250/10) che «le 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, l'ordinamento competente a proporre il detto bilanciamento 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» (di conformità, cioè, alla norma costituzionale) non solo con la, negata, conseguente non applicazione della norma interna divergente da quella internazionale come invece avviene normalmente per le norme di provenienza comunitaria, anche se nella sentenza *Granital* una clau-

gnanza. Un discorso, con tutto il rispetto, a dir poco contraddittorio e impreciso, anche per la estrema vaghezza della idea delle «indivisibilità» tendenziale!

sola 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, è supremo giudice della conformità, e quindi del rispetto, di norme contrattuali, liberamente sottoscritte, alla luce della nostra Costituzione, che vien assunta a parametro universale. Il che, pur nella ammirazione di una Carta Costituzionale di grande bellezza, mi sembra lievemente eccessivo, specialmente perché ignora (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, prefigura la possibilità di una Italia, che violi sistematicamente norme, regolarmente sottoscritte!

Non diversamente, del resto 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 stranieri⁶⁹ 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 irragionevoli⁷⁰ ... e che si estende, secondo quanto in

⁶⁹ 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*.

⁷⁰ 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* (triepelianamente?), 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 (*vinco-*

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/CE⁷¹ ...), 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”. Francamente, sulla piena “ragionevolezza” della opinione della Corte, mi permetto di dubitare. Ma, infine, quale sia il parametro della “ragionevolezza” di una norma, mi sfugge del tutto, se non altro in termini ermeneutici.

D'altro canto, 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 diversi⁷².

lante 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 CtEDU. Non è molto chiaro perché, mentre il giudice debba fare ogni sforzo per applicare le norme internazionali – 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?*

⁷¹ 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 G. GUARINO, *Costituzione italiana e adesione dell'UE alla CEDU*, in *Grotius*, 2008, 69 ss.) o almeno all'art. 11 della Costituzione.

⁷² 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 interna e una norma della CEDU*, il giu-

4.2 "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 significhi⁷³.

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 (come ad es. quello di Dublino⁷⁴ o altri analoghi) che stabiliscono *quale stato sia competente a gestire lo straniero ivi giunto*. Posto cioè, ma mi fermo qui

dice 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).

⁷³ 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.

⁷⁴ 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).

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 rientro⁷⁵ dello straniero in patria (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 mancante⁷⁶: 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, 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 soddisfatti⁷⁷. Per maggiore

⁷⁵ 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.

⁷⁶ 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».

⁷⁷ Del resto, in qualche modo, la stessa sentenza della CtEDU nel cit. caso *Hirsi Jamaa and others* (*supra* nt. 52) 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

precisione. Affermare (almeno, come nella sentenza *Hirsi* di cui in nota) 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 la 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.

Premesso, dunque, che è implicito⁷⁸, o dovrebbe esserlo⁷⁹, che, affermata la libertà dell'individuo di lasciare il proprio paese, ne deve necessariamente

valutare se esistano 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!

⁷⁸ Ma *non sempre*, sembrerebbe, *ricosciuto*. Fatta, infatti eccezione, per la alquanto 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 V. BOUTKEVITCH, 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 ne-

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 – 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 diritto di accesso al territorio stesso. Siamo, insomma, di fronte ad una esigenza di bilanciamento tra diritti diversi e opposti, 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! Ma, dato 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, dunque, 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 politiche⁸⁰.

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 e studi 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: il che è assurdo! 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

cessity 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».

⁷⁹ Mancano riferimenti nel precedente rapporto. D. INGLES, *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 A/Sub.2/229/Rev.1, New York, 1963.

⁸⁰ Sul punto sommariamente v. R. PERRUCHOUD, *State Sovereignty*, cit., 126 ss.

un qualche potere esterno (nel senso kelseniano di cui in nota), come il diritto internazionale generale. Il concetto stesso di sovranità, invece, è un concetto assoluto: significa, appunto, *superiorem non recognoscere* – 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.

Fatta, dunque, eccezione, per le eventuali *autolimitazioni* della sovranità (per lo più contrattuali e che possono anche condurre ad una definitiva cessione, magari unilaterale – non limitazione dall'esterno – della sovranità, come nel caso di uno stato che entri a far parte di una federazione) essa, per quanto “ridotta”, è assoluta. In altre parole: *quella è la sovranità oggi*: né più, né meno. La stessa *debellatio*, con la conseguente scomparsa dello stato, nonché eccezionale è un caso di cancellazione imposta della sovranità dello stato debellato, sempre che quest'ultimo non “riemerge” a tempo debito.

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, ma anche minore!) è solo il frutto della evoluzione delle norme generali (e in misura minore di quelle contrattuali) nella storia del diritto internazionale.

Le eventuali ulteriori “limitazioni” contrattuali della sovranità sono espressione della libertà (per ciò parlavo prima di “autonomia”) 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.

Ciò, sia detto solo per inciso, senza alcuna incidenza sulla incerta e confusa pretesa di disegnare regimi speciali o separati³⁰, cui viene, a mio parere alquanto arbitrariamente, associata la citata sentenza della CPGI, che si limita, invece, ad affermare, appunto, che le norme contrattuali possono definire un regime particolare concordato tra le parti, senza necessariamente avere l'intenzione di derogare alle norme generali³¹. Purché, appunto, sia chiaro che

³⁰ Quando non “self-contained” qualunque cosa ciò significhi (v. anche nt. 31) come in B. SIMMA – D. PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, in *Eur. JIL*, 2006, 483 ss.

³¹ M. KOSKENNIEMI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682, 2006, 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. C. BINDER, *Stability and Change in Times of Fragmentation: The Limits of Pacta Sunt Servanda Revisited*, in *Leid. Journ. Int. Law*, 2012, 909 ss.; A. FISCHER – LESCANO – G. TEUBNER, *Regime-Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the*

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 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»⁸¹. 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), dunque, giuridicamente implicito nel diritto a uscire.

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

⁸¹ 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° 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, C. MUBANGA-CHIPOYA, *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.*

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 al 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 per definizione, come spiegato, almeno sullo stesso piano 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 potrebbe decidere se ammettere o meno il migrante sul proprio territorio⁸². 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.

Verosimilmente, dunque, solo ragioni di sicurezza certe e documentate, potranno essere addotte 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.

5. Migrazione e terrorismo, l'inesistenza della relazione: i combattenti

Beninteso, non si intende minimamente negare che in certi casi attraverso il fenomeno delle migrazioni, si cerchi di diffondere azioni terroristiche finalizzate ad un disegno politico preciso, anche se (mi prendo la libertà di dire) sempre meno chiaro nei suoi scopi. Anzi è fuori di dubbio che in certi casi è possibile ricostruire una sorta di disegno distruttivo "globale" da parte di certe ideologie politico-religiose, delle società e strutture sociali di altri ambiti ideologici e territoriali. Non si intende, nemmeno, negare l'esistenza di un fe-

⁸² Per una elencazione delle norme convenzionali in merito, v. V. CHETAIL, *Sources of International Migration Law*, in OPESKIN *et al.*, cit., 56 ss.

nomeno reale di “guerra tra civiltà”⁸³, ampiamente descritta e argomentata da sociologi ben noti. Il punto è che il fenomeno va esaminato, giuridicamente parlando, nella sua realtà effettiva, e cioè nella realtà del fatto che, fatta eccezione per chi in nome di presunte ideologie agisce in assenza di una logica coordinata e quindi solo per soddisfare le proprie istanze ideologiche o religiose o addirittura psicologiche, il fenomeno ha un senso giuridicamente significativo solo nella misura in cui sia inteso a determinare nel luogo in cui si svolge conseguenze di carattere politico legate ad un certo “disegno”, appunto, politico: magari, certo, determinato solo dalla immaginazione o illusione o incubo di chi lo esegue, ma comunque, benché follemente, *politico*. Per usare l’espressione dei documenti UE, ma anche della nostra stessa (spesso assai sciatta) legislazione, il terrorismo ha un senso giuridico solo se gli atti svolti nell’esercizio delle azioni terroristiche abbiano per scopo, ad esempio, quello di indurre un governo ad assumere un certo atteggiamento di favore verso una certa “causa” politica (per lo più straniera, ma talvolta anche interna, si pensi alle Brigate Rosse italiane) o di determinare una situazione di attenzione verso quella “causa”, dettata da motivi di paura⁸⁴. In grandissima sintesi, questo è il terrorismo, dunque: un’azione, in due parole, politica. Non va dimenticato, però, come detto prima, che la “politicalità” di un certo comportamento, può avere, dal punto di vista del diritto internazionale, dei risvolti tali da indurre a impedire di considerare quegli atti come crimini di diritto comune. Accanto a quei comportamenti, infatti, vi sono fenomeni, vicini, ma diversi, profondamente diversi, quali quelli di quelle organizzazioni, di nuovo certamente politiche, che si propongono di contribuire dall’esterno alla conduzione di un conflitto armato in corso altrove.

È esattamente ciò che, come si diceva all’inizio di queste righe, differenzia il terrorista dal combattente, dal punto di vista delle modalità di trattamento giuridico delle due situazioni. Il terrorista è un delinquente “comune”⁸⁵, il combattente no⁸⁶.

Ora, che attraverso il flusso migratorio sia possibile introdurre in determi-

⁸³ Io stesso, in passato, vi ho fatto cenno in G. GUARINO, *La Charte Arabe des droits de l’homme dans le Système Universel des droits de l’homme*, in C. ZANGHÌ – R. BEN ACHOUR, *La nouvelle Charte Arabe des droits de l’homme*, Torino, 2005.

⁸⁴ Questa è stata, in larga misura, la strategia, vincente, dei primi anni di vita della OLP, che poi è passata ad azioni militarmente molto meglio determinate e definibili, appunto come momenti di una guerra vera e propria.

⁸⁵ Benché magari trattato, dal punto di vista sostanziale, con particolare durezza nella pena, in quanto legata alla particolare pericolosità e dannosità dei comportamenti, *ma non delle persone*.

⁸⁶ Per un’analisi più approfondita del problema nel suo complesso v. G. GUARINO, *Terrorismo e lotte di liberazione nazionale: la legge applicabile*, in *Riv. coop. giur. internaz.*, 2006, n. 22, 7 ss.; G. GUARINO, *Terrorismo, conflitti interni e internazionali: la legge applicabile*, in *La Giustizia Penale*, 2006, V, 257 ss.

nati paesi agenti terroristi è cosa ovvia e prevedibile, non diversamente dall'introduzione di droghe o di prostituzione ecc., ma non ha relazione alcuna con il fenomeno delle migrazioni, che, come noto, ha ragioni assolutamente specifiche e per nulla legate a, più o meno presunte, lotte di civiltà, così come non si può negare che in certi casi sia dato osservare il fenomeno inverso, di combattenti all'estero per la, più o meno presunta, libertà altrui provenienti da paesi in cui vengono trattati come terroristi⁸⁷.

6. Sulla natura del fenomeno terroristico dal punto di vista del diritto interno e del diritto internazionale

In realtà, per tornare al discorso sulle relazioni (presunte relazioni) tra migrazioni e terrorismo occorre ora approfondirlo per illustrarne meglio il senso alla luce di due diversi fattori: a.- il fattore provenienza e motivazione della migrazione, innanzitutto, b.- ma principalmente solo se ed in quanto si sappia decidere e comprendere bene cosa si possa (e, spesso, si voglia) effettivamente intendere per terrorismo, alla luce del fatto che, prima di poter costruire (o *de-costruire*) quella relazione, occorre sapere cosa si intenda "combattere". Ciò perché, spesso non di terrorismo (o di tentato terrorismo) si tratta, ma "semplicemente", come detto sopra, di azioni o di organismi che mettono in atto azioni, che mirano a condurre o facilitare la conduzione di un *conflitto armato internazionale* ai sensi delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e del primo protocollo del 1977⁸⁸.

Per quanto attiene al primo punto, basta limitarsi a ricordare, come ampiamente spiegato nella prima parte del presente lavoro, che le motivazioni, per così dire legittime, delle migrazioni sono le più varie e vanno dalla fuga dal proprio stato per le condizioni particolarmente povere di vita, all'allontanamento per disastri naturali di vario genere, alla fuga o allontanamento per motivi politici, per non parlare della fuga da situazioni di conflitto armato sul territorio. Tutti fattori che, in quanto tali, non hanno alcuna relazione o presu-

⁸⁷ Proprio nei giorni di chiusura del presente articolo, accade che un cittadino italiano, combattente in Siria contro il governo legittimo, venga ucciso e si scopra che, in Italia, era indagato come terrorista per essere vicino all'islamismo e ai movimenti di opposizione siriani, senza avere in Italia commesso reato veruno: D. ALFONSO – B. PERSANO, *Genovese ucciso in Siria "Già indagato" per terrorismo*, in *Repubblica.it*, 18.6.2013, http://genova.repubblica.it/cronaca/2013/06/18/news/un_ventenne_genovese_ucciso_in_siria-61317075/?ref=HRER1-1, *Giuliano Ibrahim Delnevo morto in Siria combattendo con i ribelli contro Assad*, *HuffingtonPost*, 18.6.2013, www.huffingtonpost.it/2013/06/18/giuliano-ibrahim-delnevo_n_3458186.html?utm_hp_ref=italy.

⁸⁸ Per un accenno e riferimenti in materia, v. G. GUARINO, *Autodétermination des peuples et respect de la volonté populaire*, in S. MARCHISIO (a cura di), *Liber amicorum M. R. SAULLE*, in corso di stampa.

mibile relazione con il terrorismo. Che poi qualche migrante possa decidere di dedicarsi al terrorismo è un fatto individuale, non legato alla migrazione. Certamente, può accadere che qualcuno sia indotto a migrare proprio allo scopo di svolgere azioni terroristiche nello stato ospite, ma allora il problema è “solo” un problema di controlli precauzionali, spesso sostanzialmente inutili tanto più se si consideri che spesso scelgono di svolgere azioni terroristiche persone regolarmente residenti nello stato o addirittura “normali” cittadini dello stato stesso. Stando così le cose, il problema è “solo” un problema di organizzazione dell'accoglienza nei termini del diritto internazionale dei diritti dell'uomo vigente⁸⁹ e di salvaguardia dei diritti fondamentali di tutti: migranti e cittadini dello stato. A mio parere, se di un ‘bilanciamento’ si può parlare è solo su questa relazione che esso può essere tentato. E certo, ma lo affermo solo del tutto *in limine* perché anche qui il discorso andrebbe molto approfondito, se il bilanciamento dovesse essere tra la legittima aspettativa al lavoro o altro del cittadino e il diritto del migrante a vivere o almeno a vivere una vita umanamente decente dubito molto che possa esservi gran che da bilanciare!

Per quanto attiene, invece, al secondo punto, va osservato che molto spesso l'accusa o il sospetto di terrorismo deriva più che dalla effettiva organizzazione di azioni dannose per le cose e le persone dove i soggetti agiscono, dalle attività, in sé del tutto “innocue” (per lo stato ospitante, come ovvio), collegate a conflitti armati interni o internazionali in atto, che, nell'indurre il migrante a cercare di aiutare in vario modo i suoi concittadini, vanno gestite dallo stato ospite, in quanto tali e cioè non in quanto atti ostili. Se, infatti, è fuori di ogni dubbio che uno stato abbia non solo il diritto, ma il dovere di difendersi in ogni modo lecito da atti dannosi, è altrettanto fuori di dubbio che ogni stato ha il dovere di astenersi dall'interferire nelle situazioni interne o esterne di natura conflittuale di altri stati e, se del caso, di comportarsi verso gli autori di atti del genere (ripeto, in sé non dannosi) nel rispetto delle già menzionate convenzioni di Ginevra: cosa questa assai poco accettata dagli stati e in particolare dalle loro strutture giurisdizionali, Italia inclusa.

Beninteso, occorrerebbe ora distinguere ed approfondire il tema, sulla qualificazione dei conflitti e in particolare sulla distinzione tra quelli interni e quelli internazionali. Basti, però, qui dire che, dal punto di vista del diritto internazionale, in ogni caso in cui una certa situazione conflittuale violenta, si determini tra due o più stati essa è un conflitto internazionale alla luce delle Convenzioni di Ginevra e dei loro Protocolli. Così come lo è quello “interno” ad uno stato, nel quale sia riconoscibile la qualità di un conflitto di autode-

⁸⁹ Alla luce anche di quanto discusso in precedenza, circa un possibile obbligo di accoglienza, in ragione del diritto a lasciare il proprio paese, *supra* § 4.

terminazione⁹⁰. Quand'anche di un conflitto strettamente interno si trattasse, ad esempio alla luce del secondo Protocollo delle Convenzioni di Ginevra, eventuali atti intesi a parteggiare per l'una o l'altra delle parti in lotta, potrebbe al massimo implicare una violazione da parte dello stato in cui quegli atti avvengono dell'obbligo di non interferenza negli affari interni dell'altro stato. Ma potrebbe solo essere impedito "neutralizzando" l'azione, ma non considerandola un reato di diritto penale interno.

Il caso di cui all'inizio di questo lavoro, è in questo senso emblematico, dato che il fatto criminoso imputato agli autori, non consisteva in alcun modo in azioni intese a provocare danni in Italia, ma a sostenere la lotta contro l'occupazione militare di uno stato estero da parte del suo popolo. Per di più, in una situazione in cui l'Italia era parte del conflitto o, comunque, era addirittura uno degli occupanti o *ex* occupanti del territorio in questione. Contro detta occupazione, se era perfettamente lecito, dal punto di vista del diritto internazionale e del Protocollo I alla Convenzione di Ginevra⁹¹ combattere *in loco* era anche perfettamente lecito cercare aiuti o sostegni all'estero (ivi compreso il territorio dello stato occupante), purché senza provocare danni nel territorio. Da ciò la conseguenza per cui, nel caso di specie, delle due l'una: o l'Italia era parte terza (neutrale) rispetto a quel conflitto, o era parte del conflitto in quanto occupante⁹². Nel primo caso, alla luce delle citate convenzioni di Ginevra e di quelle dell'Aja, l'Italia era legittimata pienamente ad "internare" i combattenti (o aspiranti tali) che agivano sul suolo italiano per raccogliere fondi per la guerra in Iraq; nel secondo caso, in quanto parte attiva del conflitto, i medesimi "combattenti" andavano trattati correttamente come prigionieri di guerra. In entrambi i casi, non come terroristi o delinquenti comuni, penalmente perseguibili e punibili dalla giurisdizione italiana, per il solo fatto di avere organizzato o "complotato" per azioni di guerra all'estero, al limite, benché ridicolo, per spionaggio! In Italia, invece, piuttosto (meno male!) di inventare categorie astruse come quella dell'*unlawful enemy combatant* (una contraddizione in termini completamente assurda e insensata), si è semplice-

⁹⁰ Definibile tale dalla Comunità internazionale, come spiegato nei miei ctt. lavori, GUARINO G., *Autodeterminazione dei popoli*, cit. alla nt. 110 e G. GUARINO, *Autodétermination*, cit. alla nt. 88.

⁹¹ *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 8.6.1977 (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/470?OpenDocument>) art. 1.4: «The situations referred to in the preceding paragraph include armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist regimes in the exercise of their right of self-determination, as enshrined in the Charter of the United Nations and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations».

⁹² Che, alla luce dell'art. 4 della IV Convenzione ha l'obbligo di considerare protette dalla Convenzione tutte le persone che «find themselves ... in the hands» della parte occupante.

mente trattato chi, legittimamente si dava da fare per combattere una occupazione straniera (verosimilmente illegittima, almeno nella prima fase del conflitto in Iraq), come un delinquente comune, per di più con l'aggravante del terrorismo⁹³.

Ma, a stretto rigore, si dovrebbe anche dire di più, dato che la distinzione tra atto di guerra e crimine di diritto penale interno può essere fondamentale (e in un certo senso, questa volta, a parti invertite secondo qualcuno⁹⁴) anche per definire la legittimità o meno, ad esempio, degli "assassini mirati" sempre più diffusi nella prassi di alcuni stati⁹⁵.

6.1 Un'ipotesi di definizione della fattispecie "terrorismo"

E dunque, posto che definire un atto terroristico in quanto tale è estremamente difficile per quanto detto fin qui e che dunque si tratta di volta in volta di valutare se ogni specifico comportamento ricada o meno sotto detta categoria, si può ritenere, in linea di massima, che una definizione corretta del fenomeno è quella proposta dalla S/RES/1566 (2004)⁹⁶ o dalla UE con la De-

⁹³ Va rilevato, in proposito come il tema sia tutt'altro che marginale, a giudicare dal fatto che proprio gli stessi studiosi del cd. diritto penale del nemico, qualificano come autori di crimini da trattare diversamente da quelli comuni, accanto a quelli del traffico di droga e della cd. "criminalità organizzata", anche, ad es., i membri dell'ETA (organismo politico terrorista?) infatti v. M. CANCIO MELIÀ, "Diritto, cit. p. 91 s.: « ... infine l'ETA non solo uccide, distrugge, realizza sequestri, ma destabilizza una legittimazione costituzionale molto fragile e delicata per quanto concerne l'organizzazione territoriale della Spagna». Ma è proprio questo il punto di cui nel testo, perché è almeno lecito domandarsi se, posto che l'ETA persegua un fine legittimo dal punto di vista del diritto internazionale, abbia la 'legittima aspettativa' a vedersi riconoscere la qualifica di combattenti ai propri aderenti, e dunque di "godere" delle disposizioni coerenti delle citate Convenzioni di Ginevra, dell'Aja, ecc. Diversamente, il diritto stesso diviene un meccanismo di inclusione o di esclusione di singole persone o categorie di persone. Con la ulteriore conseguenza (molto significativa) per cui il diritto penale divenga sempre meno distinguibile dalla guerra civile o dalla guerra *tout court*, come rileva anche C. FRITZWITZ, *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI - M. PAPA, *Diritto penale*, cit., 144.

⁹⁴ Nel senso che un atto di guerra potrebbe legittimare atti repressivi particolarmente violenti, non utilizzabili di fronte ad atti criminosi. È questo il dubbio espresso da G. FLETCHER, *I fondamenti filosofico-giuridici della repressione del terrorismo*, in M. DONINI - M. PAPA, *Diritto penale*, cit., 366, che giustamente, a mio avviso, sottolinea che non può essere la figura soggettiva dell'autore dell'atto a definirne la natura.

⁹⁵ Per tutti v. D. KRETZMER, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, in *Eur. JIL*, 2005, 204 ss., che elabora una sorta di *tertium genus*, una miscela tra diritti dell'uomo e diritto umanitario, non del tutto perspicuo.

⁹⁶ Che recita, in termini sufficientemente generici da lasciare spazio all'interpretazione: «3. *Recalls that criminal acts, including against civilians, committed with the intent to cause death or serious bodily injury, or taking of hostages, with the purpose to provoke a state of terror in the general public or in a group of persons or particular persons, intimidate a population or compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act, which constitute offences within the scope of and as defined in the international conventions*

cisione Quadro del Consiglio 2002/475/GAI, che ne forniscono una definizione, fondata essenzialmente sulla descrizione di atti o comportamenti specifici, ma qualificati, del resto già analiticamente descritti, per lo più senza qualificazione, nelle convenzioni in materia di terrorismo.

In particolare, come noto, mentre la risoluzione del CdS delle NU si limita ad una elencazione di atti commessi "allo scopo di creare terrore", ecc., la Decisione UE è più analitica nella descrizione dei fatti, considerandoli suscettibili di essere qualificati terroristici solo quando abbiano per scopo quello di destabilizzare le istituzioni di uno stato o di indurre lo stato o una Organizzazione internazionale ad agire in maniera diversa da quanto da essi desiderabile⁹⁷.

Senza volermi addentrare in una discussione lunga e impervia, che ci porterebbe molto lontano, non posso sottrarmi all'obbligo di sottolineare le profonde differenze (a mio parere, principalmente di natura culturale) tra le due definizioni.

Quella delle NU, infatti, nel descrivere gli atti da perseguire (analoghi nella sostanza a quelli della UE) li qualifica con una motivazione *sogettiva* riferita all'autore: l'atto messo in opera per *motivazioni* (si badi, non *scopi*) politiche, religiose, ecc. Ciò, è del tutto assente nel, se mi si consente l'ironia, molto più "laico" documento UE.

È perciò difficile sottrarsi all'impressione che la definizione delle NU sia pericolosamente imbevuta di ideologia: appunto, il nemico terribile e misterioso, preconetto, ecc. cui alludevo sopra al § 3.

Che ciò (è da ciò che è motivata questa digressione) possa aiutare a giustificare certe improvide teorie recenti in materia di nemici da perseguire in maniera particolarmente severa, su cui mi soffermo poco più avanti al § 7.1, è troppo evidente per richiedere ulteriori specificazioni.

Diversa, dunque, e assai più attendibile, penso, quella della UE (cui cerca di associarsi di nostro sciatto art. 270 *sexies* c.p.) che elenca comportamenti da perseguire, senza qualificarli ideologicamente, né in termini oggettivi, né, specialmente, in termini soggettivi.

Ma non solo, perché va aggiunto che, molto opportunamente, questa stessa decisione, mentre invita esplicitamente al rigoroso rispetto delle norme in materia di diritti fondamentali *espressi nell'art. 6* del Trattato di Lisbona⁹⁸,

and protocols relating to terrorism, are under no circumstances justifiable by considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or other similar nature, and *calls upon* all States to prevent such acts and, if not prevented, to ensure that such acts are punished by penalties consistent with their grave nature».

⁹⁷ Cfr. *Decisione quadro del Consiglio* 2002/475/GAI, 13.6.2002, art. 1 che impegna gli stati membri a considerare come reati terroristici quelli «che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno a un paese o a un'organizzazione internazionale, quando sono commessi al fine di: – intimidire gravemente la popolazione, o – costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto, o – destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un paese o un'organizzazione internazionale».

⁹⁸ V. *Decisione* cit., art. 1.2: «L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamentali quali sono sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea non può

non manca di precisare cosa debba intendersi per organizzazione terroristica⁹⁹, dove l'elemento rilevante è lo scopo, appunto terroristico, dell'associazione: il che, mentre permette di qualificare come tale anche un organismo che abbia uno scopo ufficiale diverso, in particolare religioso, esclude di potervi ricomprendere una organizzazione di tipo militare.

E ciò non a caso, dato che, come noto, nelle stesse convenzioni in materia di terrorismo, oggi portate a "sistema" grazie alla inclusione di tutte per rinvio nella Convenzione di New York sul finanziamento al terrorismo, si esclude sempre che sia da considerare terroristico un atto commesso in occasione di un conflitto armato, come ho già avuto occasione di rilevare altrove¹⁰⁰. Da ciò la necessità ripetutamente segnalata di distinguere le situazioni e di agire in conseguenza.

La legislazione italiana, a sua volta, pur con una norma di difficile applicabilità, usa una tecnica simile, limitandosi ad indicare una serie di comportamenti che, in quanto tali, sono da considerare terroristici (art. 270 *sexies*), posto che le associazioni con finalità di terrorismo sono definite all'art. 270 *bis*. A voler essere precisi non si può non rilevare come nella prima disposizione manchi il riferimento alla seconda (con tutte le ovvie conseguenze interpretative) ma specialmente come la formulazione di essa sia tale da rendere l'interpretazione della norma a dir poco complessa data l'ambiguità del testo¹⁰¹, mentre, al contrario, può essere molto interessante il riferimento alla normativa internazionale in materia. Quest'ultima infatti, mentre introduce alquanto surrettiziamente, un nuovo meccanismo di adattamento del diritto interno al diritto internazionale nella materia specifica, consente ed obbliga a tener conto della normativa internazionale vigente e della sua interpretazione: almeno in questo settore la legislazione italiana deve essere perfettamente coe-

essere modificato per effetto della presente decisione quadro».

⁹⁹ V. *Decisione* cit., art. 2: «1. Ai fini della presente decisione quadro, per "organizzazione terroristica" s'intende l'associazione strutturata di più di due persone, stabilita nel tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere dei reati terroristici. Il termine "associazione strutturata" designa un'associazione che non si è costituita fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata».

¹⁰⁰ Cfr. G. GUARINO, *Terrorismo conflitti interni*, cit. particolarmente 270 ss.

¹⁰¹ Il testo, infatti, corre così: «Sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia». In particolare la congiunzione "e" (riportata in corsivo) potrebbe creare non pochi problemi interpretativi.

rente a quella internazionale, verosimilmente senza possibilità di dubbi di natura costituzionale.

Come, peraltro, già sottolineato, il meccanismo di adattamento che definisco scherzosamente *surrettizio*, si amplia e si approfondisce, per la prassi, sembrerebbe ormai consolidata, del riferimento nella parte preliminare, ma anche nel corpo delle disposizioni in materia di un riferimento esplicito alle risoluzioni del CdS delle NU, oltre che, ovviamente della UE, come base giuridica del provvedimento. Che da ciò debba conseguire che il contenuto del documento internazionale, e la sua interpretazione, siano determinanti al fine della interpretazione della norma italiana, mi sembra abbastanza ovvio.

7. Stranieri, migranti, terroristi

Premesso che fino a non molti anni fa il nostro paese era terra di emigrazione, verso molti dei paesi europei più ricchi oltre che verso i paesi d'oltre oceano – ma non sembra che questa esperienza abbia determinato una considerazione più matura del tema da parte nostra ora che siamo considerati noi terra di immigrazione – e a parte anche il fatto ulteriore, che stiamo di nuovo diventando terra di emigrazione, questa volta a sfondo principalmente culturale, a parte tutto ciò, la distinzione preliminare da fare, ai fini della ricostruzione delle relazioni tra migrazioni e terrorismo, è quella, del resto già accennata in precedenza, sulle motivazioni, le origini e quindi le logiche della migrazione: ovviamente nei limiti e ai soli fini di queste note.

Immaginare, infatti, che una persona lasci il proprio paese al solo scopo di commettere atti di terrorismo, posto che si sia in grado di provarlo, è possibile solo se si sia definito il terrorismo e quello specifico terrorismo e, in altre parole, le sue motivazioni. Insomma, non avrebbe senso affermare che il solo fatto di essere migrante, implichi, tornando così all'inizio di questo lavoro, una particolare tendenza al terrorismo, così come che la sola volontà terroristica induca alla migrazione¹⁰². Men che mai avrebbe senso, come lasciano trasparire tra le righe anche gli scritti di cui sopra, affermare che di per sé la migrazione è motivata o comunque porta il terrorismo, specie quando il migrante sia, o sia considerato, persona bisognosa di aiuto, "povera", di ceto sociale modesto.

Anzi, a dire il vero, e in qualche modo l'attentato negli USA del 2001 lo attesta e lo conferma, si ha spesso l'impressione, che la gran parte delle azioni terroristiche siano organizzate e dirette da persone di un elevato livello cultu-

¹⁰² Basterebbe solo fare cenno ai tanti italiani migrati o riparati all'estero per fuggire e combattere il regime politico fascista italiano, senza che ciò abbia indotto i paesi in cui erano migrati a considerarli terroristi, ma, appunto, combattenti legittimi, magari come spesso accaduto da "neutralizzare" in vario modo.

rale e perfino sociale, tali da potersi abbastanza agevolmente confondere con la popolazione locale¹⁰³, anche se, magari, in molti casi l'operazione in quanto tale venga messa in opera da persone di ceto disagiato¹⁰⁴.

In altre parole, fatta eccezione per taluni episodi (magari numerosi, ma relativamente poco pericolosi per l'equilibrio politico ed economico di uno stato) particolarmente clamorosi, molto spesso gli atti terroristici sono determinati da fattori piuttosto individuali o di piccoli gruppi, piuttosto che risalire ad una strategia universale. Mentre, se esiste (o si suppone che esista) una "strategia globale", il fenomeno delle migrazioni può essere lo strumento per facilitare la messa in opera degli atti, ma non la loro causa. Ed è dunque a ciò che va fatto riferimento, per valutare quali fattori (principalmente, come ovvio, di politica internazionale) determinino la spinta alla commissione di atti di terrorismo, fuori dalle zone in cui fattori politici, sociali ed economici possono direttamente determinarli o averli determinati.

7.1 Il diritto penale del nemico e le migrazioni

In mancanza di una valutazione in questo senso e di questa prospettiva, il rischio inevitabile è di partire dal presupposto che straniero equivalga, tendenzialmente almeno, a possibile terrorista: "straniero", ma, come si accennava, non "ogni" straniero. Lo straniero, così determinato, diventa nemico¹⁰⁵ e,

¹⁰³ Anche qui è difficile sottrarsi alla necessità di rilevare come il fatto che sempre più migranti rivestono nei paesi in cui migrano posizioni del ceto medio alto, induce sempre più spesso ad assumere atteggiamenti di diffidenza verso lo straniero (sempre che proveniente da certi paesi) in quanto tale.

¹⁰⁴ Quella che, del resto, anche giornalmisticamente viene spesso definita la "manovalanza" del terrorismo, che non è significativamente diversa da quella della criminalità organizzata e non. Non è certo un caso che il fenomeno del finanziamento al terrorismo (spesso male interpretato, come nel caso cit. *supra* nt. 22) viene sempre più frequentemente associato a quello del riciclaggio di denaro di provenienza illecita (v. sul punto, ad esempio con riferimento all'Italia il D. lgs. 2007/231 e 109, sui quali v. anche A. GUARINO jr., *Instruments for the Fight against Terrorism: Preventive Sanctions of the so-called Black List*, in G. GUARINO - I. D'ANNA (Eds.), *International*, cit., 573 ss.). Cfr. sul punto, anche, R. BARBERINI, *Il giudice e il terrorista: il diritto e le sfide del terrorismo globale*, Torino, 2008 e anche le osservazioni critiche e "auto-critiche" in B. BARBER, *Fear's Empire: War, Terrorism and Democracy*, New York, 2003.

¹⁰⁵ È questa, in fondo, la radice logica di quella corrente giuridica, di cui nel testo, che va sotto il nome di «diritto penale del nemico», dove il "nemico" è spesso sistematicamente semplicemente lo straniero, non più cittadino, ma *persona* nemica. La tesi, come noto, è in qualche modo riconducibile ad uno studioso tedesco, che la teorizzò in particolare in uno scritto G. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRR-Strafrecht: Online Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, 2004, n. 3, 88 ss. <http://www.hrr-strafrecht.de/hrrarchiv/04-03/index.php3?sz=6>, che afferma, p. 90: «Bei Kant wird, wie soeben zitiert, nicht als Person behandelt, wer mich "ständig ... bedroht", wer sich nicht in einen bürgerlichen Zustand zwingen läßt. Durchaus vergleichbar entpersonalisiert Hobbes den Hochverräter; auch dieser leugnet ja die gegebene Verfassung dem Prinzip nach. Hobbes und Kant kennen also ein Bürgerstrafrecht –

si pretende che sia trattato, *giuridicamente* in maniera differente¹⁰⁶, insomma meno garantista, dal *cittadino*¹⁰⁷. Lo straniero in quanto persona che, sia pure solo presuntivamente, si comporta, agisce, pensa, veste in maniera diversa dal "locale"¹⁰⁸: non a caso questa linea dottrinarica pretende di fare capo a Kant,

gegen nicht beharrlich, nicht prinzipiell delinquierende Personen – und ein Feindstrafrecht gegen prinzipielle Abweichler; dieses exkludiert, jenes beläßt den Personenstatus. Recht ist jenes, das Bürgerstrafrecht, auch am Verbrecher; *dieser bleibt Person. Aber dieses, das Feindstrafrecht, ist Recht in einem anderen Sinn.* Gewiß hat der Staat ein Recht, sich vor Individuen, die immer wieder delinquieren, zu sichern; Sicherungsverwahrung ist schließlich ein Rechtsinstitut. Mehr noch, die Bürger haben ein Recht, von ihm, dem Staat, geeignete Maßnahmen zu verlangen, eben ihr Recht auf Sicherheit, durch das *Hobbes* den Staat begründet und begrenzt: *Finis obediendiae est protectio.* Aber in diesem Recht ist der Feind, bei *Hobbes* der Hochverräter, bei *Kant* der ständig Bedrohende, nicht enthalten; es ist das Recht der anderen. *Bürgerstrafrecht ist das Recht aller, Feindstrafrecht das Recht derjenigen, die gegen den Feind stehen; dem Feind gegenüber ist es nur physischer Zwang, bis hin zum Krieg.* Dieser Zwang mag in zweifacher Hinsicht beschränkt sein. Erstens muß der Staat den Feind nicht von allen Rechten ausschließen. So bleibt etwa der Sicherungsverwahrte in seiner Rolle als Sacheigentümer unangetastet. Und zweitens muß der Staat nicht alles tun, wozu er frei ist, sondern er kann sich zurücknehmen, insbesondere um die Möglichkeit eines späteren Friedensschlusses nicht zu verbauen. Aber das ändert nichts daran, daß die Maßnahme gegen den Feind nichts bedeutet, sondern nur zwingt. *Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht* (im weiteren Sinn: das Maßregelrecht eingeschlossen) *bekämpft Gefahren; – gewiß gibt es massenweise Zwischenformen».*

¹⁰⁶ Non si può non sottolineare, a proposito, la disposizione dell'art. 61.11 *bis* del c.p. italiano, dove si disponeva l'aggravante di: «... avere il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale», che trasforma una situazione di fatto soggettiva, in un fatto di reato, secondo le menzionate logiche del diritto penale del nemico, nella fattispecie del diritto penale d'autore. La norma, come noto, è stata dichiarata incostituzionale con sentenza 249/2010, che così abroga di fatto anche l'art. 1 della L. 15/07/2009, n. 94, a sua volta, non priva di altre disposizioni del genere come quella dell'art. 1 n. 16, che introduce nel testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (noto come «pacchetto sicurezza») la norma specifica della contravvenzione a carico di uno straniero in quanto tale: «Art. 10-bis. – (Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato). – 1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale».

¹⁰⁷ Cfr. G. JAKOBS, *op. cit.*, 91: «Deshalb sieht der moderne Staat im Täter einer – erneut wähle ich das ungenaue Wort – *Normaltat*, anders als es bei den strengen Vertragstheoretikern *Rousseau* und *Fichte* der Fall ist, nicht einen *Feind*, den es zu vernichten gilt, sondern einen *Bürger*, eine *Person*, die durch ihr Verhalten die Normgeltung ramponiert hat und deshalb zwangsweise, aber als Bürger (und nicht als Feind) herangezogen wird, um den Normgeltungsschaden wieder auszugleichen. Dies geschieht, indem durch die Strafe, also durch die Wegnahme der Entfaltungsmittel des Täters, verdeutlicht wird, man halte an der vom Täter enttäuschten Erwartung fest, behandle also diese als gültig und die Handlungsmaxime des Täters als unmaßgeblich» e dunque questo "nemico" non è cittadino, anzi (a leggere letteralmente) nemmeno "persona".

¹⁰⁸ Anche con qualche ingenuità, come ad es.: C. GRAHAM, *Defeating an Invisible Enemy*:

Hobbes e Rousseau, in una, mi permetto di osservare, alquanto distorta interpretazione¹⁰⁹, che finisce poi inevitabilmente per collegarsi alle posizioni ben note, ma assai più sofisticate, di C. Schmitt.

Tanto più che, come mostrato sopra, è difficile sottrarsi all'impressione (probabilmente realistica) per cui è in particolare da alcune zone della terra (non sempre e non necessariamente disagiate) che si manifesta un flusso di emigrazione di natura, genericamente "terroristica", rispetto alla quale non può essere negato un legame a fenomeni altrettanto genericamente da collegare al problema dell'autodeterminazione dei popoli, specialmente con riferimento a talune zone del Nord Africa e del cd. Medio Oriente¹¹⁰. Il rischio, però, è di creare una sorta di associazione mentale e giuridica tra lo "straniero" in quanto tale e il terrorista, fino a costruire una vera e propria presunzione di pericolosità a danno dello straniero. In questo senso, a titolo esemplificativo, è molto significativa la scelta statunitense, espressa nel *Patriot Act*¹¹¹, di associare la condizione di straniero ad una attività terroristica per il solo fatto di avere partecipato ad una organizzazione definita, dall'autorità amministrativa statunitense, terroristica, *anche senza che sia stato commesso un qualunque atto ostile o criminoso*¹¹². Si determina così, una relazione diretta nemmeno tra *causa* ed *effetto*, ma, per dir così, statica: lo straniero è per definizione un possibile terrorista, e dunque va, *in quanto tale in quanto straniero*, non solo "guardato con sospetto", ma trattato in maniera diversa (e quindi dal punto di vista dei diritti dell'uomo, discriminatoria) dagli altri.

Ma appunto: quali fenomeni siano effettivamente, dal punto di vista del diritto interno (e dunque del diritto penale), ma specialmente dal punto di vista del diritto internazionale definibili come fenomeni tecnicamente terroristici è un tema tutto da approfondire, o almeno da chiarire programmaticamente in questa sede, proprio alla luce di quanto si è detto prima. Molto spesso, in-

The Western Superpowers' Efforts to Combat Terrorism by Fighting Illegal Immigration, in *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, 2004-2005, 281ss.

¹⁰⁹ V. ad es. nel senso critico di cui nel testo L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in www.panoptica.org/novfev08v2/A2 VO Ni 1 A5. Pdf; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.* 2006, n. 2, 735 ss.

¹¹⁰ In questo senso il riferimento è al mio contributo G. GUARINO, *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli, 1984.

¹¹¹ V. *Public Law 107-56*-, 26.10. 2001 115 STAT. 345 (*Patriot Act*), *Section 411*, che modifica l'*Immigration and Nationality Act*, Sec. 212 (8 U.S.C. 1182), definendo la relazione descritta nel testo, e sorvolo sul punto di vista della *American Library Association*, in www.ala.org/advocacy/advleg/federallegislation/theusapatriotact

¹¹² Cfr. D. COLE, *Enemy Aliens*, in M. DONINI - M. PAPA, *Diritto*, cit., 257, che appunto sottolinea come: «gli stranieri possano essere espulsi solo per aver preso parte ad un'organizzazione terroristica [la cui natura, come afferma la legislazione statunitense, è definita dal Segretario di Stato con suo atto unilaterale] mediante il compimento di attività lecite, prescindendo dalla prova di una connessione tra la condotta associativa dello straniero ed un qualunque atto di violenza, tanto meno terroristico» (corsivo mio).

fatti, i fenomeni genericamente definiti terroristici, vanno meglio collocati sotto diverse definizioni, a cominciare da quella di atti di guerra, che (salvo a valutarne la legittimità interna e internazionale) sono regolati sia dal diritto internazionale che *per conseguenza*¹¹³ dal diritto interno in maniera profondamente diversa.

Da ciò, e solo dopo ciò, sarà necessario tentare una, sia pure approssimativa e strettamente strumentale, definizione del terrorismo e delle sue relazioni con i fenomeni migratori, troppo spesso evocato senza specificazioni, e per di più definito del tutto superficialmente «terrorismo internazionale» o «globale», termine tanto ambiguo quanto giornalmisticamente efficace. Se, infatti, e nella misura in cui, le migrazioni dell'era moderna sono legate al terrorismo, ciò va bene qualificato, alla luce delle norme generali di diritto internazionale, con riferimento, in particolare al comportamento dovuto dagli stati in relazione ai partecipanti ad un conflitto armato internazionale.

Ciò è tanto più importante perché è difficile sottrarsi all'impressione che, in materia, la confusione sia notevole. Non è ad esempio senza rilievo il fatto che in un documento sulle migrazioni la stessa UE non riesca a sfuggire a questa assimilazione preconcepita, quando afferma¹¹⁴: «Nella nozione di sicurezza nazionale e di ordine pubblico rientrano pure i casi in cui un cittadino di un paese terzo faccia parte di un'organizzazione che sostiene il terrorismo internazionale o sostenga una siffatta organizzazione», dove, appunto, l'apoditticità della affermazione lascia del tutto impregiudicata la questione di sapere se effettivamente *quella specifica* organizzazione "sostenga" il terrorismo internazionale, mentre instaura surrettiziamente una sorta di presunzione di attività terroristica per chi partecipi di un organismo che, chi ne giudica, ritenga essere terroristico. Indipendentemente, ecco il punto, dal fatto che le mene terroristiche dell'organizzazione possano essere puramente teoriche, velleitarie, non effettivamente "operative", ecc., ma anche del fatto che l'individuo in questione sia solo infatuato da certe idee.

Anzi, ad essere molto chiari, si determina addirittura l'impressione, che il timore del terrorismo, rischi di diventare (o sia diventato) una ottima scusa per effettuare quella discriminazione cui abbiamo più volte accennato, che va sotto il nome di diritto penale del nemico.

L'idea di fondo che sottende al concetto, come già osservato, sia detto

¹¹³ Per conseguenza e dunque obbligatoriamente. È appena il caso di fare riferimento alla nostra normativa costituzionale, che sembra rendere obbligatoria, quando non automatica, la applicazione puntuale delle norme di diritto internazionale in norme diritto interno. Mi riferisco al funzionamento, in particolare, delle norme di cui all'art. 10.1 e 117.1 Cost. Per tutti e in grande sintesi, v. G. GUARINO, *Some recent perspectives in Italian Constitutional Law, on the relations between Internatinal Law and Italian Law*, in <http://www.giurcost.org/studi/guarino4.pdf>, ora anche in L. PANELLA – E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, Torino, 2011, 263 ss. e ulteriori riferimenti *ivi*.

¹¹⁴ Punto 28 della Direttiva 2004/83.

sommessamente e in conclusione, non ha più alcuna relazione (ammesso e non concesso che l'abbia mai avuta) con il terrorismo o con i pericoli ad esso collegati, ma appare con tutti i connotati di un vero e proprio razzismo di ritorno, che vede nello straniero, nell'altro da sé, un nemico vero e proprio. Con la conseguenza di associare in qualche maniera, e di chiudere il circolo, con l'idea, spesso ricorrente, della "guerra" al terrorismo: la guerra così diventa il riferimento che autorizza l'uso indiscriminato della forza e la violazione delle garanzie, indipendentemente anche dai limiti processuali interni, ma anche delle stesse norme internazionali in materia di guerra, che certi trattamenti (come quelli statunitensi a Guantanamo) li esclude, come noto e osservato sopra.

Questa logica "bellica" induce a qualificare talune persone in quanto tali e presuntivamente come "nemici", cui non offrire, preventivamente e in linea generale, il medesimo trattamento e, specialmente, le medesime garanzie offerte ai cittadini "normali": e queste persone, puntualmente, sono gli "stranieri". Ma, in questa logica, sembrerebbe che vi sia qualcosa di molto più sottile e pericoloso dal punto di vista dei diritti dell'uomo: l'idea per cui tra esseri umani si debba e si possa distinguere tra i cittadini, dotati di garanzie e di diritti, e "gli altri" cui non si riconoscono le stesse garanzie dei cittadini. La distinzione, però secondo queste teorie, non attraversa solo la popolazione di uno stato per così dire formalmente: i cittadini e gli altri, che già sarebbe grave. Ma li attraversa soggettivamente, in ragione della qualità soggettiva della persona in quanto non cittadino, magari, anche nella terminologia europea, che distingue i cittadini europei e quelli "extracomunitari", o (e la cosa è in un certo senso meno grave, ma non meno contraria ai diritti dell'uomo) in quanto autore o partecipe di "certi" determinati reati.

Che la distinzione tra persone autrici di reati diversi si manifesti nella pena è perfettamente comprensibile. Molto meno, credo, lo è se tra le persone *in quanto* autrici o sospette autrici di *certi* reati si discrimini ad esempio nelle modalità processuali, nella qualità e quantità delle misure di prevenzione e, infine, nelle modalità di svolgimento della pena. Questo tipo di atteggiamento, appunto, trasforma una persona in un soggetto diverso e meno garantito di un cittadino normale, in un nemico della società, trattato diversamente dal cittadino comune.

A questa logica si collega sempre più spesso il trattamento degli stranieri in quanto tali, assoggettati ad una sorta di presunzione legale di colpevolezza, con la conseguenza di una sostanziale inversione dell'onere della prova: non è la pubblica autorità a dover dimostrare la "pericolosità" o la "delinquenzialità" della persona, ma è quest'ultima che deve dimostrare di non essere pericolosa o delinquente.

In questo senso, per concludere, l'episodio che ha condotto all'ennesima infamante condanna del nostro paese è emblematico di una mentalità, che ormai ha trasceso la pubblicistica più o meno spazzatura e la demenzialità po-

liticante, per essersi trasformata in legislazione formale platealmente indifferente ai principi della nostra Costituzione e dei diritti dell'uomo cui, come ricordato, la nostra Costituzione esplicitamente si ispira.

8. 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 fondamentali¹¹⁵, indipendentemente dal luogo in cui questi diritti vadano esercitati e, specialmente, dalla qualità dei soggetti cui si applicano¹¹⁶, 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 fondamenti 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.

¹¹⁵ 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"».

¹¹⁶ 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.

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 aggettivi¹¹⁷ mentre ne afferma la loro limitazione per esigenze non meglio definite della sovranità statale, e mentre, altresì 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 quella 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* o 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 garanzie¹¹⁸.

¹¹⁷ V. *supra* § 2, ntt. 4 e 6.

¹¹⁸ 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 Lanza*, Napoli, 2008, 279 ss.